

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**<sup>®</sup>  
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX

IPSOA

# Diritto penale e processo

Mensile di giurisprudenza, legislazione e dottrina

ISSN 1591-5611 - ANNO XXXI - Direzione e redazione Via Bisceglie, n. 66 - 20152 Milano

1/2025

 [edicolaprofessionale.com/DPP](http://edicolaprofessionale.com/DPP)

## Reati di opinione e costituzionalismo

La fattispecie di violenza sessuale “come strumento di guerra”

Il complicato innesto del paradigma riparativo nel sistema processuale penale

Intercettazioni e tutela dei terzi non indagati: la normativa italiana non rispetta la C.E.D.U.

### DIREZIONE SCIENTIFICA

Giorgio Spangher  
Paolo Pisa (condirettore)

### COMITATO SCIENTIFICO

Roberto Bartoli  
Carlotta Conti  
Luigi Kalb  
Antonella Marandola  
Francesco Palazzo  
Marco Pelissero  
Sergio Seminarà  
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



Wolters Kluwer

# SPECIALE DIRITTO PENALE - LE ULTIME NOVITÀ



Breviaria Iuris

## Commentario breve al Codice penale

**Gabrio Forti, Silvio Riondato, Sergio Seminara**

Il codice commentato contiene gli articoli vigenti del codice penale, comprese alcune leggi speciali. Fornisce il quadro di riferimento sugli istituti generali del diritto penale, i singoli reati e le contravvenzioni, con il supporto di dottrina e giurisprudenza.

Breviaria Iuris

## Commentario Breve al Codice Antimafia e alle altre Procedure di Prevenzione

**Giorgio Spangher, Antonella Marandola**

Il codice commenta le misure di prevenzione dei reati, fornendo una lettura teorico-pratica delle norme, corredata dai riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, anche sovranazionali. Il codice raccoglie anche le disposizioni sulla documentazione antimafia.

## Ricorso penale per cassazione

**Domenico Chindemi, Mattia Arleo, Alessio Gaudieri**

La guida supporta nell'individuazione dei vizi rilevabili nei provvedimenti del giudice di merito ai fini di un possibile ricorso penale per Cassazione. Focus sulle principali modifiche e novità che hanno interessato il sistema processual-penalistico.

Y5900CL

## Ricordo di Paolo Pisa

Paolo Pisa ci ha lasciato il 19 dicembre 2024: aveva 76 anni, essendo nato a Sanremo nel 1948. Fin dalla fondazione di *Diritto penale e processo*, nel 1995, fece parte del Comitato scientifico della rivista, divenendone ben presto condirettore, nel 2001. Alla rivista Paolo dedicò un contributo assiduo, generoso ed intenso, marcando con la sua felice penna il tratto caratterizzante del nostro periodico, che vuole instaurare un rapporto stretto tra teoria e prassi del diritto penale, recando un supporto scientifico all'esperienza applicativa. Dalla fine degli anni '90 sino a quando le condizioni di salute glielo permisero, i suoi editoriali e le sue note a sentenza si susseguono nei fascicoli della rivista fino all'ultimo contributo del 2023 sul tema modernissimo della pedopornografia telematica. Ogni suo scritto impreziosisce la nostra rivista, recando nell'attualità legislativa e giurisprudenziale vieppiù magmatica e confusa una chiave di lettura sempre chiarificatrice ed ispirata ad una saggezza alimentata da scienza, razionalità, concretezza e buon senso.

La carriera accademica di Paolo Pisa si snoda in rapida sequenza di tappe tutta nella sua Genova, ove diventerà ben presto il punto di riferimento per generazioni di giovani penalisti. Laureatosi nel 1970 con Carlo Federico Grosso, indiscusso Maestro dal quale assimilerà una concezione del diritto come strumento di razionalità ordinante della realtà contro ogni barocchismo o fumisteria arzigogolante, Paolo è già professore ordinario nel 1980. Raggiunti i limiti d'età del suo servizio attivo, l'Università di Genova renderà il dovuto riconoscimento ai suoi meriti di studioso e al suo straordinario impegno e dedizione all'istituzione accademica proponendolo per la nomina a professore emerito conseguita nel 2019. Nel corso della sua carriera è stato Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza per due mandati e complessivi sei anni e, ancor prima, Direttore della Scuola di specializzazione per le professioni legali, ove esprime al massimo la sua predilezione per il diritto visto nel crogiuolo vivo dell'esperienza applicativa. A questi incarichi si aggiungono poi quelli di Direttore del Dottorato di ricerca in diritto e procedura penale e di responsabile per il settore penale della locale Scuola Forense. E così, durante gli anni di questa sua inesausta dedizione all'insegnamento di vario livello, matura e si accresce il debito di gratitudine che tanti giovani contraggono verso quel Professore che aveva il dono di rendere accessibili i concetti e gli istituti più complessi del diritto penale, con la sua ineguagliabile capacità di delinearli nitidamente senza orpelli e senza nessuna indulgenza retorica. Davvero si deve dire che quella per l'insegnamento era per Paolo un'autentica vocazione, quasi una ragione di vita, che lo rendeva instancabile nel sopportare carichi didattici enormi anche quando le forze cominciarono a diminuire.

Anche nell'attività scientifica si rifletteva naturalmente la personalità di uno studioso che, sensibilissimo alla dimensione tecnico-giuridica della nostra scienza, era nel contempo capace di estrarre dalle norme la loro funzione di pratica regolazione della realtà, dissipando quasi magicamente nebbie concettualistiche e confusi aloni spesso pseudo-culturali: e in quest'opera di "ripulitura" dei nostri armamentari concettuali il suo discorso era inesorabile e convinto, quasi puntiglioso, ma mai aggressivo o vanamente polemico; anzi, c'era sempre un tratto di signorilità nelle sue scarnificazioni critiche che le rendevano ancora più inoppugnabili. Dopo le tre "canoniche" monografie con le quali percorse il classico iter per il conseguimento e la conferma della cattedra (*La previsione bilaterale del fatto nell'estradizione*, 1973; *Il segreto di Stato. Profili penali*, 1977; *Le pene accessorie. Problemi e prospettive*, 1984), Paolo Pisa si dedica ad intraprendere un fitto dialogo con la giurisprudenza, dando alla luce plurime edizioni di fortunatissimi e fondamentali volumi in materie particolarmente "sensibili" della parte speciale: delitti contro la persona e contro il patrimonio; delitti contro la pubblica amministrazione e contro la giustizia. Su talune di tali tematiche, e altre ancora, Paolo inanella poi una cospicua quantità di "voci" enciclopediche, che pure contribuiscono a rendere un prezioso servizio culturalmente assai significativo alla prassi del diritto penale: quello, cioè, di educare gli operatori e indirizzare l'attività applicativa verso l'uso di un metodo di razionalità e sistematicità argomentativa di cui egli era realmente maestro.

Chi scrive non può sottrarsi all'urgenza di ricordi più personali, poiché le nostre vite accademiche s'incrociarono in almeno tre occasioni in cui una più intensa nostra frequentazione mi consentì di

apprezzare più compiutamente le qualità umane di Paolo. Fummo, infatti, commissari in un complesso concorso universitario nazionale, che si protrasse per molti mesi; fummo componenti della Commissione ministeriale presieduta dal prof. Grosso per la riforma del codice penale; partecipammo insieme a numerosi progetti di ricerca nazionali, alternandoci di volta in volta nel ruolo di coordinatore centrale. In queste occasioni maturò e si consolidò quell'amicizia fondata sì su una nostra consonanza di fondo ma anche, e forse ancor più, sulla capacità di Paolo di sostenere il proprio punto di vista con convinzione certamente, ma anche con garbatezza argomentativa e profondo rispetto per l'interlocutore, con lealtà e senza mai coltivare secondi fini o arroganti personalismi.

Paolo Pisa ora non è più tra noi e noi, soprattutto noi di *Diritto penale e processo* – editore, redazione, direttori – che per trent'anni abbiamo lavorato con lui, avvertiamo un grande senso di vuoto. Ma Paolo ci lascia non solo le sue opere, ma anche un'eredità altrettanto se non più preziosa: quella costituita, prima di tutto dai suoi allievi più diretti, e poi dalle schiere di magistrati e avvocati che dal suo insegnamento hanno potuto trarre una concezione ed una pratica del diritto penale ispirata a rigore tecnico, razionalità ed equilibrio delle soluzioni, senso della concretezza e, in fondo, di giustizia: sì, perché Paolo, refrattario a qualunque inclinazione retorica e ai toni altisonanti, perseguiva soluzioni appaganti, capaci di sciogliere o comunque di allentare, quasi con naturalezza, gli eterni nodi della giustizia penale.

Francesco Palazzo

**EDITORIALE**

REATI DI OPINIONE E COSTITUZIONALISMO  
di *Roberto Bartoli*

7

**LEGISLAZIONE**

NOVITÀ NORMATIVE  
a cura di *Luigi Kalb*

13

**OSSERVATORI**

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

20

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

25

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

30

OSSERVATORIO CONTRASTI GIURISPRUDENZIALI  
a cura di *Sabrina Passafiume*

34

**GIURISPRUDENZA****Rapina**

Corte costituzionale 13 maggio 2024, n. 86  
LA "VALVOLA DI SICUREZZA". IL *MINIMO OMBRA* NEL COMPASSO EDITTALE  
DEL DELITTO DI RAPINA  
di *Gianluca Ruggiero*

39

**Patteggiamento**

Cassazione Penale, SS.UU., 19 aprile 2024 (ud. 30 novembre 202), n. 16403  
LA *LEGITIMATIO AD CAUSAM* DELLA PARTE CIVILE IN PENDENZA DELL'ACCORDO  
SULLA PENA: ISTANZE RISARCITORIE E PROSPETTIVE LIQUIDATORIE  
di *Wanda Nocerino*

51

**Messa alla prova**

Cassazione Penale, Sez. III, 22 aprile 2024 (ud. 26 marzo 2024), n. 16703  
LA MESSA ALLA PROVA COME "PRECEDENTE" FAVOREVOLE AI FINI DELLA SOSPENSIONE  
CONDIZIONALE. IL METODO LOGICO A SOSTEGNO DELL'INTERPRETAZIONE *IN BONAM  
PARTEM*  
di *Alessandro Catania*

63

64

**Minorile**

Tribunale per i Minorenni di Trento, 6 marzo 2024  
IL PERCORSO DI RIEDUCAZIONE DEL MINORE *EX ART. 27-BIS*, D.P.R. N. 448/1988: DUBBI  
DI COSTITUZIONALITÀ, NODI INTERPRETATIVI ED OCCASIONE DI RIFLESSIONE  
SUL PROCESSO PENALE MINORILE  
di *Andrea Conti*

72

78

**OPINIONI**

**Violenza sessuale** DALLA TENTATA CODIFICAZIONE DEI CRIMINI INTERNAZIONALI ALLA PROGETTATA  
FATTISPECIE DI VIOLENZA SESSUALE "COME STRUMENTO DI GUERRA"  
di *Maria Crippa*

95

**Giustizia  
riparativa**

IL COMPLICATO INNESTO DEL PARADIGMA RIPARATIVO NEL SISTEMA PROCESSUALE  
PENALE TRA RITARDI ORGANIZZATIVI, NODI INTERPRETATIVI E RESISTENZE CULTURALI  
di *Girolamo Daraio*

103

### GIUSTIZIA SOVRANAZIONALE

<b>Intercettazioni</b>	Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. I, 23 maggio 2024, n. 2507/19 INTERCETTAZIONI E TUTELA DEI TERZI NON INDAGATI: LA NORMATIVA ITALIANA NON RISPETTA L'ART. 8 DELLA C.E.D.U. di <i>Marco Torre</i>	<b>129</b>
	OSSERVATORIO CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO a cura di <i>Marco Cecchi</i>	<b>140</b>

### INDICI

INDICI	<b>144</b>
--------	------------

#### 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. Mannozi; F. Mantovani; A. M. Maugeri; A. Melchionda, E. Mezzetti; V. Militello; A. Pagliaro; C. E. Paliero; M. Papa; A. Peccioli, L. Picotti; L. Riscato; M. Romano; A. Rossi; A. Vallini; F. Viganò.

Processo penale: E. Amodio; A. Bargi; G. Bellantoni; T. Bene; A. Bernasconi; C. Bonzano, D. Cimadomo, 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; E. Marzaduri; M. Menna; P. Moscarini; C. Pansini; V. Patané; A. Pennisi; G. Pierro; A. Presutti; S. Sau; A. Scaglione; M. Scaparone; A. Scella; F. Vergine.

Per i contributi che documentano i risultati di ricerca finanziata con fondi pubblici (art. 4, L. n. 112/2013), l'Editore si riserva di valutare le richieste di pubblicazione in Open access (O.A.) entro il limite massimo del 5% degli articoli annualmente pubblicati sulla Rivista.

La richiesta di pubblicazione in O.A. deve essere contestuale all'invio dell'articolo alla redazione e corredata dall'apposita scheda di progetto fornita dall'Editore.

Una volta ottenuta l'autorizzazione, è consentito esclusivamente il caricamento in archivi elettronici istituzionali o disciplinari aperti (es. Iris-Cineca, repository di Ateneo, repository del MiUR) della sola versione post-print\* dopo un periodo di embargo di 6 mesi.

\* *Post-print* (= *Authors' Accepted Manuscript*) è la versione definitiva del contributo inviata dall'Autore all'Editore, post-referaggio, e deliberata dall'Autore in bozza word prima dell'impaginazione definitiva in pdf per la stampa.

# Reati di opinione e costituzionalismo

di Roberto Bartoli

Nonostante la libertà del pensiero sia pietra angolare di un ordinamento democratico costituzionalmente orientato, essa si trova sotto un costante attacco nella società e nella legislazione penale. Anzi, a ben vedere, si potrebbe dire che quella costante tendenza a limitare la libertà del pensiero particolarmente presente nella società odierna altro non è che il frutto di una legislazione penale che conserva una vera e propria continuità tra il regime fascista e quello repubblicano nella incriminazione dei reati di opinione. Da qui l'auspicio che la democrazia si faccia autenticamente aperta, punendo le manifestazioni del pensiero solo quando la parola diviene in concreto pericolosa per beni riconducibili alla persona in carne ed ossa (personalismo), nella consapevolezza/speranza che in democrazia i limiti al potere politico si possono far valere non tanto a monte, ma soprattutto "a valle" mediante il costituzionalismo e il suo assetto di poteri.

*Despite the fact that freedom of thought is the cornerstone of a constitutionally oriented democratic order, it is under constant attack in society and in criminal legislation. Indeed, on closer inspection, it could be said that that constant tendency to restrict freedom of thought in society is nothing but the result of criminal legislation that preserves a real continuity between the fascist and republican regimes in the criminalization of opinions. Hence the hope that democracy will become authentically open by punishing expressions of thought only when speech becomes dangerous to goods that can be traced back to the person in the flesh (personalism), in the awareness/hope that limits to political power can be enforced above all 'downstream' through constitutionalism and its system of powers.*

## La libertà di manifestazione del pensiero

In un ordinamento democratico e costituzionale la libertà di manifestazione del pensiero costituisce un'autentica pietra angolare. Anzitutto, non è soltanto strettamente connessa alle altre libertà politiche di riunione e di associazione, formando un trittico indissolubile, ma, a ben vedere, ne costituisce anche il fondamento, perché, se la manifestazione del pensiero è atto individuale, quelle di riunione e di associazione sono libertà che assumono carattere collettivo, l'esercizio delle quali, attraverso la partecipazione del singolo, rappresenta di per sé anche espressione di pensiero.

In secondo luogo, la libertà di parola in cui si concretizza la manifestazione del pensiero consente il pieno sviluppo della persona: senza la parola, infatti, non c'è pensiero, sia nel senso che, a livello interiore, senza l'impiego di parole non è possibile pensare, sia nel senso che un pensiero che non può essere comunicato all'esterno, proprio perché non condiviso con la comunità, alla fin fine non esiste: insomma, là dove si vieta la parola nella sostanza si pongono limiti anche allo stesso pensiero, dovendosi fare molta

attenzione ogni qualvolta si auspicano "rifondazioni" semantiche dello stesso linguaggio.

Ed ancora, la libertà di manifestare il pensiero è l'essenza della democrazia, in quanto, oltre a comportare pluralismo e dialettica, diversità di opinioni e confronto pacifico, prima ancora consente di definire mezzi e scopi dell'agire e su di essi di raccogliere il consenso e quindi di adoperarsi per divenire quella maggioranza alla quale legittimamente si ambisce.

Ma la libertà di manifestazione del pensiero è anche essenza del costituzionalismo, da intendersi come limite al potere politico. Da un lato, infatti, consente di esprimere la critica e il dissenso e quindi di opporsi al potere. Certo, la critica si gioca su un piano meramente verbale e argomentativo e non ha efficacia vincolante, ma di una forma di limite pur sempre si tratta. Dall'altro lato, e soprattutto, le stesse questioni di legittimità costituzionale non possono che nascere da un pensiero che nella sostanza contesta il potere costituito.

Insomma, potremmo dire che una democrazia costituzionale, proprio perché si fonda sul dissenso, non può che tutelarla.

### Una libertà sotto attacco nella società

Nonostante questa centralità, la libertà di manifestazione del pensiero è sempre stata avversata, contrastata, se non addirittura illegittimamente limitata. E oggi, più di ieri, si trova senz'altro sotto attacco. Certo, costituisce un aspetto della dialettica democratica discutere e confrontarsi anche sull'estensione e i limiti della libertà del pensiero, ma quando dal dibattere sul "quando, dove, come e perché si può dire", si passa al "se e cosa si può dire", che poi equivale a "cosa si deve dire o altrimenti tacere", non può non accendersi un campanello di allarme. E, oggi, vicende nella società dove si sono poste problematiche di "legittimità" del contenuto di certi pensieri si sono abbondantemente verificate.

Così, si è diffusa ormai una mentalità "perbenista" per cui determinati argomenti particolarmente sensibili devono essere affrontati in conformità a determinati canoni, poiché altrimenti si va incontro a conseguenze secondo una vera e propria logica sanzionatoria (censure, esclusioni, messa alla berlina): non è da escludere che esprimere apprezzamenti a una donna sol perché donna possa essere considerato discriminatorio.

Al netto dei potenti della politica, che, a quanto pare, possono dire di tutto, fino a istigare in mondo visione una vera e propria sovversione violenta per poi essere rieletti, oppure dei *massmedia* che nei *talkshow* possono rappresentare qualsiasi accusato come colpevole in barba a qualsiasi presunzione d'innocenza (quanti ospiti di trasmissioni televisive concretizzano gli estremi di vere e proprie diffamazioni meritevoli di una tutela del diffamato quanto meno in sede civile), la grande massa, complici i social, deve stare molto accorta a come si esprime su certi temi, soprattutto perché può divenire improvvisamente oggetto di controllo istituzionale o bersaglio del potere, capace di attivare censure, se non vere e proprie macchine del fango.

Notizie di cronaca ci raccontano di persone alle quali è impedito di parlare ad eventi pubblici, come ad esempio la presentazione di un libro: a volte perché toccate dalla giustizia penale (non solo persone in esecuzione di pena, ma anche chi ha già scontato la pena o è solo indagato), altre volte semplicemente perché, proprio per le opinioni espresse, sono messe all'indice sociale.

Si pensi ancora alla questione dell'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero al di fuori dello svolgimento delle proprie funzioni, destinata a produrre conseguenze sulla stessa funzione, nonostante l'assenza di connessioni, sol perché un

determinato pensiero non si ritiene gradito, allineato, condiviso. In quest'ambito, peculiare attenzione merita oggi la libertà di manifestazione del pensiero dei magistrati, che addirittura non potrebbero criticare le leggi, dimenticandosi che in una democrazia costituzionale non solo tutti possono criticare le leggi, anche coloro che le applicano, ma soprattutto dimenticandosi che a volte le leggi risultano addirittura costituzionalmente illegittime, e rispetto a queste leggi, oltre alla critica, si potrebbe anche sollevare questione di legittimità costituzionale o disapplicarle: insomma, davvero non si può criticare una legge quando soprattutto vi sono ragioni per ritenerla in contrasto con la Costituzione?

Ed ancora, non solo si comunica, con espressione del tutto inesatta, che una determinata manifestazione di persone non sarebbe stata autorizzata, ma addirittura si apprende che alla base del divieto non vi sarebbero motivi di sicurezza, ma la presunzione che in quel frangente si "esalteranno" determinati fatti, la cui eventuale celebrazione, senz'altro spregevole, non può tuttavia costituire motivo per impedire una espressione del pensiero.

Infine, mi si permetta di ricordare la vicenda di Alfredo Cospito, che continua a professarsi anarchico, e più in generale quella di coloro che in esecuzione della pena si professano innocenti: per opinioni espresse si finisce per ritenere la persona pericolosa o non ravveduta. Sia che si leghi alla pericolosità sociale oppure alla mancata rieducazione oppure addirittura a una pericolosità sociale automaticamente desunta dalla ritenuta mancata rieducazione, questo modo di ragionare impone un vaglio alla luce della libertà di manifestazione del pensiero, configurandosi oltretutto pene che, più che "tendere alla rieducazione", devono necessariamente conseguirla, andando a concretizzare il rischio di strumentalizzazione insito nella prevenzione speciale.

### Reati di opinione: la continuità tra regimi autoritario e democratico

Ma la libertà di manifestazione del pensiero è da sempre sotto attacco anche dalla prospettiva della legislazione penale. Da decenni ormai si denuncia un'imbarazzante continuità tra la legislazione autoritaria del regime fascista e quella democratica del regime repubblicano.

Il legislatore repubblicano ha eliminato soltanto alcune delle fattispecie liberticide. Nel 1999 sono stati abrogati i reati di pubblica istigazione e apologia (art. 303 c.p., i cui fatti però possono oggi rientrare nell'art. 414 c.p.), di eccitamento al dispregio e

vilipendio delle istituzioni, delle leggi e degli atti dell'autorità (art. 327 c.p.) e di grida o notizie atte a turbare la tranquillità pubblica o privata (art. 657 c.p.); mentre è stata depenalizzata la contravvenzione di grida e manifestazioni sediziose (art. 654 c.p.). Nel 2006 sono stati abrogati i delitti di attività antinazionale del cittadino all'estero (art. 269 c.p.) e di propaganda ed apologia sovversiva o antinazionale (art. 272 c.p.).

Restano tuttavia ancora in vigore fattispecie ereditate dal regime fascista altamente problematiche, come l'istigazione di militari a disobbedire alle leggi (art. 266 c.p., ma si v. anche l'art. 265 c.p.), l'istigazione a commettere delitti contro lo Stato (art. 302 c.p.), l'istigazione a disobbedire alle leggi e all'odio fra le classi sociali (art. 415 c.p.), l'apologia di delitto (art. 414.3 c.p.), i vilipendi (artt. 290, 291, 292, 299 c.p.), il boicottaggio mediante propaganda (art. 507 c.p.), la diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose, atte a turbare l'ordine pubblico (art. 656 c.p.).

Alla stessa stregua, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale soltanto di tre fattispecie: propaganda per distruggere o deprimere il sentimento nazionale (art. 272.2 c.p., come visto oggi abrogato), perché, tutelandosi un sentimento, la propaganda non è indirizzata a suscitare violente reazioni (Corte cost. n. 87/1966); propaganda ad emigrare (art. 5.1, L. n. 1278/1930), perché la *ratio* dell'incriminazione è incompatibile con le visioni ideologiche poste a fondamento della vigente Costituzione (Corte cost. n. 269/1986); propaganda a favore di pratiche contro la procreazione (art. 553 c.p.), perché non è ravvisabile alcuna offesa al buon costume (Corte cost. n. 49/1971, ma si v. anche Corte cost. n. 9/1965 per una precedente dichiarazione di non fondatezza basata proprio sulla legittimità della tutela del buon costume).

Al contrario, la Corte costituzionale ha sempre salvato gli altri reati di opinione. In particolare, l'apologia di delitto (art. 414.3) è stata trasformata in una forma di istigazione che per le sue modalità dovrebbe integrare un comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di un delitto (Corte cost. n. 65/1970); l'istigazione all'odio fra le classi sociali (art. 415) deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità (Corte cost. n. 108/1974); la propaganda sovversiva (art. 272.1, oggi abrogata) è stata ritenuta legittima perché la propaganda, essendo di per sé in rapporto diretto e immediato con un'azione, offende il regime democratico (Corte cost. n. 87/1966); rispetto alla propaganda di

boicottaggio (art. 507) è stata esclusa la rilevanza di quella effettuata da un singolo in condizioni di insignificante rilievo (Corte cost. n. 84/1969); la diffusione di notizie (art. 656) assume rilievo soltanto se fa sorgere un concreto ed effettivo turbamento per l'ordine pubblico (Corte cost. n. 19/1962); la condotta di istigazione a disobbedire alle leggi rivolta ai militari (art. 266) è stata considerata azione e diretto incitamento, venendo rimesso al giudice di verificare se l'atto concreto configuri la fattispecie, senza tuttavia richiamare il pericolo concreto (Corte cost. n. 16/1973 e n. 71/1978); il vilipendio della repubblica (art. 290) si è considerato a tutela del prestigio delle istituzioni (Corte cost. n. 20/1974).

Infine, lo stesso legislatore repubblicano, oltre a mantenere in vita precedenti reati di opinione, non ha esitato, a sua volta, a introdurne di nuovi, i quali si pongono in fortissima tensione con la libertà di manifestazione del pensiero: propaganda per la restaurazione violenta della monarchia (art. 8, L. n. 1546/1947), apologia di fascismo e manifestazioni fasciste (artt. 4 e 5, L. n. 645/1952), pubblica istigazione e apologia di genocidio (art. 8, L. n. 962/1967), propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale, etnica o religiosa (art. 3, L. n. 654/1975, oggi art. 604-bis.1 c.p.), negazionismo (art. 604-bis.3 c.p.), istigazione o apologia pubblica di delitti di terrorismo o crimini contro l'umanità (art. 414.4 c.p.), istigazione a pratiche di pedofilia e di pedopornografia (art. 414-bis c.p.), propaganda di viaggi in territorio estero finalizzati al compimento di atti con finalità di terrorismo (art. 270-*quater*1 c.p.).

Insomma, la sensazione finale che si ha è che la giustificazione di tutti i reati di opinione oggi vigenti avvenga attraverso una sorta di sostituzione dei beni che si consideravano offesi durante il regime fascista, divenuti ormai incompatibili con la nostra Costituzione, con beni che invece si considerano compatibili con la nostra Costituzione. Emblematica sul punto la sentenza Corte cost. n. 87 del 1966 nella parte relativa alla propaganda sovversiva (art. 272.1, oggi abrogato), per cui è stato sufficiente sostituire il regime fascista con il regime democratico per legittimare la fattispecie di propaganda sovversiva, senza tuttavia considerare che anche idee liberticide, intolleranti e antidemocratiche possono avere spazio all'interno di una democrazia, purché tali idee non vengano perseguite mediante il passaggio alla violenza. Così come risulta emblematica la recente sentenza della Cass. Pen., Sez. Un., n. 16153/2024 in tema di salute romano, secondo la quale il delitto previsto dall'art. 604-bis.2, che oltretutto incrimina

la partecipazione a una associazione e non la mera manifestazione di condivisione dei suoi fini, non sarebbe a tutela dell'ordine pubblico, ma della dignità e dell'eguaglianza dell'uomo inteso in termini del tutto astratti.

### Reati di opinioni e valutazione del contenuto del pensiero

Perché questo stato di cose? Quale la causa di questa continuità? A me pare che la difficoltà di individuare il confine tra manifestazione del pensiero lecita e manifestazione criminosa derivi dal modo di concepire i reati di opinione. In particolare, sul punto, si possono distinguere tre diversi paradigmi di reato di opinione che potremmo definire autoritario, statalista oppure personalista.

Nella prospettiva autoritaria, si distingue tra pensieri giusti o sbagliati, buoni o cattivi, graditi o sgraditi e la distinzione ha carattere meramente valoriale/valutativo, nel senso che rappresenta l'esito di un giudizio formulato sul contenuto del pensiero attraverso la conformità/difformità con una determinata visione valoriale, per cui il contenuto del pensiero che contrasta con tale visione si considera illegittimo. Detto in altri termini, premessa la distinzione tra la parola come mezzo e il pensiero come contenuto, si va a compiere una valutazione sulla legittimità/illegittimità del contenuto/pensiero che si riflette poi sulla liceità/illiceità del mezzo/parola: insomma il contenuto del pensiero, come anche lo scopo politico, può risultare di per sé illegittimo, con conseguente divieto del mezzo (la parola nei reati di opinione, l'organizzazione nei reati associativi).

Ecco che dalla prospettiva fascista un pensiero comunista non è ammissibile fino a giungere a punire la manifestazione dello stesso pensiero comunista, come accaduto ad es. attraverso la punizione dell'istigazione all'odio fra le classi sociali (art. 415). Alla stessa stregua, dalla prospettiva democratica, un pensiero autoritario che teorizza o è comunque basato su idee liberticide, di intolleranza e discriminatorie non è tollerabile, come accade ad es. attraverso la punizione della propaganda delle idee discriminatorie (art. 604-bis). E potremmo continuare per molto ancora.

Ebbene, questo paradigma è stato adottato dal regime fascista, ma alla fin fine non è estraneo alle stesse democrazie. Ed infatti, allo stesso modello si ispirano anche i "nuovi" reati di opinione d'epoca repubblicana, come ad es. le molteplici incriminazioni dell'apologia o l'incriminazione della propaganda di "idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o

etnico": parole e idee tanto aberranti e in contrasto con la nostra Costituzione, quanto mere manifestazioni del pensiero.

Ma si consideri anche tutto il dibattito che ruota attorno ai discorsi di odio: nel documento finale redatto dalla Commissione straordinaria del Senato della Repubblica per il contrasto dei fenomeni di intolleranza, razzismo, antisemitismo, viene scolpita una differenziazione tra il modo di concepire la libertà del pensiero negli Stati Uniti d'America, basata sul passaggio all'azione, e quella europea, che invece si baserebbe su eventuali limiti a tutela della dignità della persona e del principio di non discriminazione, con la conseguenza che "nel costituzionalismo europeo non è legittimo abusare di una libertà".

Ebbene, questo paradigma, che, come abbiamo visto, dalla legislazione penale è travalicato anche nella società, deve ritenersi estraneo al costituzionalismo moderno sorto in reazione agli autoritarismi, perché la nostra Carta fondamentale ha sancito che la dimensione valoriale/disvaloriale che sta alla base di idee e scopi politici (art. 18 Cost.) non può mai essere di per sé illegittima e costituire quindi reato, essendo piuttosto non soltanto sempre lecita, ma anche costituzionalmente garantita. Illeciti sono invece i mezzi impiegati per affermare siffatti valori e perseguire gli scopi politici, allorquando si caratterizzano per un passaggio dal pensiero all'azione, dalle parole alla violenza ovvero laddove lo scopo politico si persegua mediante reati materialmente offensivi. Tema delicato è quando si compiono teorizzazioni della violenza, risultando determinante il contesto in cui sono realizzate. Altro discorso ancora, poi, la circostanza che il nostro costituzionalismo ponga limiti a siffatti pensieri nel momento in cui si istituzionalizzano. Torneremo a breve su questo punto delicato.

### Reati di opinione e bilanciamento di interessi

Al modello "autoritario" di reato di opinione la Corte costituzionale ha aggiunto una sorta di correttivo, nel momento in cui ha affermato che la libertà di manifestazione del pensiero può essere limitata mediante un bilanciamento, e cioè allorquando si pone l'esigenza di tutelare altri beni e interessi di rilevanza costituzionale anche implicita a carattere nella sostanza pubblicistico, forgiandosi così un nuovo modello che potremmo definire statalista.

Mi si consenta di evidenziare per inciso come in questo modo di concepire i limiti alla libertà di manifestazione del pensiero risuoni l'eco della teoria

dei beni giuridici costituzionalmente rilevanti elaborata da Franco Bricola. Non è del tutto esatto quindi affermare che quella teoria è stata ignorata dalla giurisprudenza costituzionale, piuttosto è vero che essa è stata adottata nella versione più flessibile, allargata ai beni di rilevanza costituzionale implicita, e che, a ben vedere, non è stata capace di porre autentici limiti al legislatore.

Ebbene, ciò che non convince del paradigma basato sul bilanciamento non è tanto l'idea del bilanciamento tra interessi contrapposti, ma la circostanza che basta il rilievo costituzionale di un bene per porre limiti alla libertà di manifestazione del pensiero ovvero la circostanza che il bilanciamento venga compiuto tra una libertà riferibile alla persona e beni giuridici meramente astratti e ideali, se non addirittura artificiali, e quindi altamente manipolabili, beni che assumono carattere pubblicistico e che quindi divengono espressione della potestà e dell'autorità che governa e più in generale di un potere costituito: buon costume, ordine pubblico, religione maggioritaria, prestigio delle istituzioni, fino addirittura alla dignità dell'uomo (non della persona in carne ed ossa) o all'eguaglianza tra gli uomini in termini meramente ideali. In una prospettiva costituzionalmente orientata si deve muovere da una sorta di presunzione di legittimità della libertà, mentre sono i limiti che devono avere una fortissima giustificazione.

### **Reati di opinione e personalismo costituzionale**

Ecco emergere quindi il terzo paradigma del reato di opinione, alla fin fine estensibile a tutti i reati che incrociano le libertà politiche come i reati associativi, e basato sempre sull'idea del bilanciamento, il quale tuttavia viene ristretto alla tutela di beni riconducibili alla persona, ma non idealizzata, bensì in carne ed ossa, con la conseguenza che ciò che segna il confine tra manifestazione del pensiero lecita o illecita non è il contenuto del pensiero in quanto tale o il bene che si ritiene offeso, ma piuttosto quella manifestazione che può portare all'offesa di beni concreti riferibili alla persona e che quindi si sta traducendo nel passaggio dalle parole ai fatti, dalle parole alla violenza.

Ciò che emerge al fondo di questa prospettiva è quindi la centralità di ciascuna persona in carne ed ossa ovvero il personalismo costituzionalmente orientato che svolge una duplice funzione di garanzia: da un lato, garantisce la tutela non dei detentori del potere, ma dei beni personali dell'individuo da

aggressioni lesive o che mettono in pericolo; dall'altro lato, e conseguentemente, garantisce la persona autore del reato sul fronte della libertà di manifestazione del pensiero da prevaricazioni statali. Insomma, attraverso la tutela effettiva della persona come vittima, si finisce per tutelare anche la persona come autore dagli eccessi punitivi dello Stato.

In questa prospettiva, si deve ritenere che le tipologie di condotte come la propaganda, il vilipendio, l'incitamento e l'apologia finiscano per collocarsi fuori dal penalmente rilevante, dovendo essere sostituite con quella di istigazione. Anche perché risulta del tutto distonico caricare di un pericolo concreto tali condotte per due ragioni fondamentali: da un lato, essendo l'oggetto del pensiero privo di un'orientazione verso futuri reati (nel caso della propaganda v'è tutt'al più un'orientazione verso generiche azioni), il pericolo gira per così dire a vuoto, risultando inevitabilmente presunto; dall'altro lato, i beni giuridici sono ricostruiti in termini così ideali e astratti, se non addirittura artificiali, che un pericolo concreto per siffatti beni coincide con la realizzazione del comportamento e quindi con la mera manifestazione del pensiero. Detto diversamente, il pericolo concreto acquista un senso solo se riferito a beni concreti e viceversa.

Non solo, ma anche l'istigazione deve essere ben vagliata, dovendosi distinguere tra l'istigazione orientata alla commissione di un reato (ad es. istigazione a commettere un preciso delitto), comunque bisognosa di maggiore tipizzazione sull'esempio di quanto accaduto per l'oltraggio a pubblico ufficiale, e quella che invece non è orientata alla commissione di un reato (ad es. l'istigazione a disobbedire alle leggi), la quale torna a incriminare la mera manifestazione del pensiero.

E in questa direzione, a ben vedere, si muove anche la Corte EDU, perché da una lettura attenta della sua giurisprudenza emerge che l'incriminazione dei discorsi di odio in assenza di un pericolo di violenza si giustifica per la presenza di contenuti a carattere diffamatorio lesivi della reputazione di una vittima, giungendo ad estendere la tutela anche contro la mera falsità delle affermazioni.

### **Dalla democrazia aperta al costituzionalismo**

Siamo ben consapevoli di come questa ricostruzione possa disorientare risultando fortemente "sbilanciata" nel senso delle libertà, ma siamo altrettanto convinti che sia del tutto in linea con una democrazia costituzionalmente orientata.

Ed infatti, nell'alternativa tra una democrazia aperta, che non pone limiti alla libertà del pensiero, e una democrazia chiusa, che invece pone limiti alla libertà del pensiero allorquando si tratta di idee liberticide, discriminatorie e antidemocratiche, la scelta non può che essere nel senso della democrazia aperta, visto che la democrazia chiusa in verità altro non è che la negazione della democrazia stessa, la quale, proprio in quanto democrazia, non può che essere svincolata da una predeterminazione valoriale che altrimenti sarebbe imposta limitando così le libertà.

Piuttosto per una democrazia costituisce un problema non tanto la presenza di forze politiche che sostengono idee liberticide, discriminatorie o antidemocratiche, quanto l'eventualità che tali forze divengano maggioranza, potendo quindi concretizzare siffatte idee.

Ecco allora emergere il costituzionalismo, che, se, da un lato, consente alla democrazia di essere aperta, dall'altro lato, sul piano dell'assetto istituzionale e costituzionale dell'esercizio dei poteri determina una chiusura, nel senso che l'eventuale maggioranza illiberale e discriminatoria non può che trovare i limiti posti dal costituzionalismo. Insomma, la politica è libera di dire tutto ciò che vuole (democrazia aperta), ma quando si istituzionalizza non è libera di fare tutto ciò che vuole (democrazia costituzionalmente orientata).

Altro tema ancora è se una democrazia aperta costituzionalmente orientata che non pone limiti

- per così dire - a monte (al momento del confronto e del dibattito), ma a valle (al momento dell'esercizio del potere), sia poi in grado di reggere e limitare la maggioranza che, conquistato il potere attraverso idee liberticide, si fa poi effettivamente liberticida. Fino ad ora, quanto meno in Italia, non è mai accaduto che abbiano preso il potere forze deliberatamente liberticide. Ma là dove ciò accadesse, si deve ritenere che il costituzionalismo fatto di separazione dei poteri e controllo di legittimità costituzionale sulle leggi sia in grado di porre limiti.

Problemi seri si porrebbero se l'eventuale maggioranza liberticida, nel momento in cui si scontra con i limiti istituzionali/costituzionali, dovesse iniziare a scalfire ed erodere l'assetto dei poteri che consente di attivare i limiti in termini effettivi, come avvenuto ad esempio nello Stato di Israele con il Governo Netanyahu attraverso la proposta di riforma della giustizia orientata a debellare il controllo di legittimità costituzionale della Corte Suprema.

In conclusione, la democrazia è per definizione una democrazia aperta, che non si può difendere a monte chiudendola, poiché l'incriminazione di meri pensieri - anche liberticidi o discriminatori - altro non è che la negazione della democrazia stessa, divenendo autoritarismo. La democrazia si difende piuttosto a valle attraverso il costituzionalismo, vale a dire attraverso il suo assetto dei poteri che consente di rendere effettivi i limiti alla politica e il primato della persona sullo Stato.

# Novità normative

a cura di Luigi Kalb

## Scambio di informazioni

### D.Lgs. 10 dicembre 2024, n. 211

Adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del Reg. UE 2018/1672 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2018, relativo ai controlli sul denaro contante in entrata nell'Unione o in uscita dall'Unione e che abroga il Reg. CE n. 1889/2005, nonché alle disposizioni del Reg. di esecuzione UE 2021/776, che stabilisce i modelli per determinati moduli nonché le norme tecniche per l'efficace scambio di informazioni a norma del Reg. UE 2018/1672 - *G.U. Serie generale 2 gennaio 2025, n. 1.*

Per quanto concerne le **modifiche apportate al D.Lgs. n. 195 del 2008**, si segnala l'aggiunta **dell'art. 3-bis (trattenimento temporaneo del denaro contante)** ove si specifica che a cura della Guardia di finanza spetta "l'individuazione degli elementi richiesti per l'applicazione della legge penale, anche ricorrendo alle valutazioni tecniche di organi o enti appositi, di cui all'articolo 8, comma 4" (comma 4). Il comma 7 dell'art. 4 è invece così modificato: "Qualora nel corso degli accertamenti previsti dal presente articolo **emergano indizi** che denotano che il denaro contante, accompagnato o non accompagnato, di importo inferiore a 10.000 euro, potrebbe essere correlato ad attività criminose, l'Agenzia delle dogane e dei monopoli e la Guardia di finanza registrano tale informazione unitamente alle informazioni di cui all'articolo 3, paragrafo 2, o di cui all'articolo 4, paragrafo 2, del regolamento (UE) 2018/1672. L'Agenzia delle dogane e dei monopoli e la Guardia di finanza forniscono tali informazioni, **fermo restando quanto disposto dall'articolo 329 del codice di procedura penale**, all'Unità di informazione finanziaria per l'Italia".

Sempre a proposito dello scambio di informazioni, il nuovo comma **3-bis** dell'art. 5 ora così prevede: "La Guardia di finanza procede allo scambio delle informazioni di cui al comma 3, con riferimento alle dichiarazioni di cui all'articolo 3, anche quando vi siano indizi che denotano la **correlazione tra il denaro contante e attività di riciclaggio o finanziamento del terrorismo**, fermo restando quanto previsto dall'articolo 329 del codice di procedura penale".

## Bilancio di previsione dello Stato

### L. 30 dicembre 2024, n. 207

Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2025 e bilancio pluriennale per il triennio 2025-2027 - *G.U. Serie generale 31 dicembre 2024, n. 305.*

Per quanto concerne le disposizioni **in materia di personale della giustizia** (art. 1, comma 135), alcune disposizioni prevedono che, al fine di dare attuazione alla riforma relativa all'efficientamento dei procedimenti civili e penali, a decorrere dal 1° luglio 2026, il Ministero della giustizia sia autorizzato a stabilizzare nei propri ruoli i dipendenti assunti a tempo determinato **nell'ufficio per il processo** e per il supporto alle linee progettuali per la giustizia del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).

Si prevede, altresì, di incrementare il numero di **incarichi dirigenziali non generali** conferibili ai sensi dell'art. 19, comma 6, D.Lgs. n. 165 del 2001, al fine di consentire di munire l'amministrazione della giustizia di tutte le professionalità necessarie per garantire il pieno conseguimento degli obiettivi Piano nazionale di ripresa e resilienza, dare attuazione agli interventi di riforma e di riorganizzazione del dipartimento per l'innovazione tecnologica (digitalizzazione e processo telematico) e del dipartimento della giustizia minorile (pieno avvio della giustizia riparativa) e, più in generale, il **buon andamento del sistema giudiziario, penitenziario e minorile** (art. 1, comma 136). Il Ministero della giustizia è, infine, autorizzato ad assumere, nell'anno 2025, nei limiti delle facoltà assunzionali previste dalla normativa vigente e nei limiti della vigente dotazione organica, **200 magistrati ordinari** vincitori di concorsi già indetti alla data di entrata in vigore della presente legge (art. 1, comma 137).

Si segnala pure un intervento in materia di **spese di giustizia**, previo inserimento del **nuovo art. 269-bis, d.P.R. n. 115 del 2002**. La nuova disposizione, nel prevedere il pagamento di un diritto "forfettizzato" in caso di trasmissione dati da parte della cancelleria o della segreteria (da riferirsi sia ad atti e documenti nativi digitali sia ad atti e documenti nativi analogici la cui copia informatica è riversata nel fascicolo informatico), garantisce: da un lato, l'efficienza del processo penale telematico, anche nelle implicazioni concernenti la maggiore rapidità di accesso agli atti (ovviamente nei casi consentiti dalla legge), e, dall'altro, la piena tutela del diritto di difesa: "Art. 269-bis (Diritto per la trasmissione con modalità telematica di duplicati e copie informatiche nel procedimento penale) - 1. Per la trasmissione da parte della segreteria o della cancelleria del duplicato o della copia informatica di atti e documenti del procedimento penale, dovuto il diritto forfettizzato nella misura stabilita dalla tabella contenuta nell'allegato n. 8 del presente testo unico" (art. 1, comma 815).

Un altro intervento riguarda **l'assegnazione agli organi dell'amministrazione finanziaria dei beni confiscati** per uno dei delitti di cui al D.Lgs. n. 74 del 2000. In tale decreto si è aggiunto il comma **1-bis** all'art. 18-bis, volto a chiarire che i beni sottoposti a confisca nell'ambito dei procedimenti penal-tributari, diversi dal denaro e dalle disponibilità finanziarie, possono essere assegnati agli organi dell'amministrazione finanziaria che ne facciano richiesta. La disposizione

permette, in tal modo, agli organi che già ne abbiano avuto l'uso in costanza di sequestro, di acquisire i predetti beni, allineando la disciplina dei procedimenti relativi ai reati tributari a quella prevista dal Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, nonché a quella in materia di contrabbando doganale, di cui all'articolo 301-*bis*, comma 6, del Testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al d.P.R. n. 43 del 1973, che già contemplano l'assegnazione dei beni sottoposti a provvedimento definitivo di confisca (art. 1, comma 868).

**Si è pure intervenuti sul d.P.R. n. 309 del 1990.** In particolare, nell'art. 87, comma 5, relativo alla **destinazione delle sostanze sequestrate dall'autorità giudiziaria**, ove si prevede che, per la distruzione di sostanze stupefacenti e psicotrope, ed ove possibile delle sostanze classificate di cui all'art. 70 del medesimo decreto, l'autorità giudiziaria si avvalga di idonea struttura pubblica locale, ove esistente, o statale ed incarica la polizia giudiziaria del regolare svolgimento delle relative operazioni. La modifica riguarda l'ultimo periodo del comma 5 in questione, atteso che ora - con l'eliminazione del riferimento al Ministero della sanità - si prevede che il verbale delle operazioni sia trasmesso alla sola autorità giudiziaria procedente (art. 1, comma 242).

Si è poi aggiunto l'art. 14-*bis*, riguardante il **nuovo sistema nazionale di allerta rapida per le droghe** (NEWS-D): "Al fine di dare piena attuazione operativa all'art. 13 del regolamento (UE) 2023/ 1322 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 giugno 2023, a decorrere dal 1° gennaio 2025, è istituito, presso il Dipartimento per le politiche antidroga della Presidenza del Consiglio dei ministri, il Sistema nazionale di allerta rapida per le droghe (NEWS-D), quale strumento di coordinamento operativo delle informazioni di allerta che opera anche attraverso un dispositivo informatico dedicato, finalizzato alla prevenzione e alla tutela della salute pubblica, per individuare tempestivamente e prevenire fenomeni potenzialmente pericolosi correlati alla comparsa di nuove sostanze psicoattive o al consumo di sostanze stupefacenti già vietate" (art. 1, comma 243).

**Per quanto concerne i minori**, si è prevista l'istituzione di un fondo presso il Ministero dell'interno con uno stanziamento di 100 milioni di euro, per ciascuno degli anni dal 2025 al 2027, per contribuire alle spese sostenute dai comuni per l'assistenza ai minori per i quali sia stato disposto **l'allontanamento dalla casa familiare** con provvedimento dell'autorità giudiziaria (art. 1, comma 759).

Infine, va segnalato un intervento a sostegno della **presenza negli istituti penitenziari di professionalità psicologiche esperte per la prevenzione e il contrasto di specifici reati**: al fine di assicurare l'intervento di professionisti per la prevenzione e il contrasto dei reati sessuali, maltrattamenti su familiari e conviventi e degli atti persecutori, nonché per il trattamento intensificato cognitivo-comportamentale nei confronti degli autori di reati contro le donne, è autorizzata la spesa di 3 milioni di euro annui a decorrere dal 2025 (art. 1, comma 343).

## Processo penale telematico

### D.M. 27 dicembre 2024, n. 206

Regolamento concernente modifiche al decreto 29 dicembre 2023, n. 217 in materia di processo penale telematico - *G.U. Serie generale 30 dicembre 2024, n. 304.*

È stato sostituito l'art. 3 del decreto 29 dicembre 2023, n. 217, che ora così dispone: "**Disposizioni in materia di individuazione degli uffici giudiziari penali e delle tipologie di atti del procedimento penale per cui possono essere adottate anche modalità non telematiche di deposito. Termini di transizione al nuovo regime.** - 1. Salvo quanto disposto dai commi 2, 3 e 4, **a decorrere dal 1° gennaio 2025**, il deposito di atti, documenti, richieste e memorie da parte dei soggetti abilitati interni ed esterni ha luogo esclusivamente con modalità telematiche, ai sensi dell'articolo 111-*bis* del codice di procedura penale, nei seguenti uffici giudiziari penali: a) procura della Repubblica presso il tribunale ordinario; b) Procura europea; c) sezione del giudice per le indagini preliminari del tribunale ordinario; d) tribunale ordinario; e) procura generale presso la corte di appello, limitatamente al procedimento di avocazione. - 2. **Sino al 31 dicembre 2025**, negli uffici giudiziari penali indicati dal comma 1, lettere a), b) e c), il deposito da parte dei soggetti abilitati interni di atti, documenti, richieste e memorie, diversi da quelli relativi ai procedimenti di cui al libro V, titolo IX, e di cui al libro VI, titoli II, V e V-*bis* del codice di procedura penale, a quelli di archiviazione di cui agli articoli 408, 409, 410, 411 e 415 del codice di procedura penale, nonché alla riapertura delle indagini di cui all'articolo 414 del codice di procedura penale, può avere luogo anche con modalità non telematiche. - 3. **Sino al 31 dicembre 2025**, negli uffici giudiziari penali indicati dal comma 1, lettere c) e d), il deposito da parte dei soggetti abilitati interni ed esterni di atti, documenti, richieste e memorie, nei procedimenti regolati dal libro IV del codice di procedura penale e in quelli relativi alle impugnazioni in materia di sequestro probatorio, può avere luogo anche con modalità non telematiche. - 4. Fermo quanto previsto dai commi 1, 2 e 3, **sino al 31 marzo 2025** può avere, altresì, luogo anche con modalità non telematiche l'iscrizione da parte dei soggetti abilitati interni delle notizie di reato di cui all'articolo 335 del codice di procedura penale nonché il deposito di atti, documenti, richieste e memorie da parte dei soggetti abilitati interni ed esterni relativi al procedimento di cui al libro VI, titoli I, III e IV del codice di procedura penale. - 5. **A decorrere dal 1° gennaio 2027**, il deposito di atti, documenti, richieste e memorie da parte dei soggetti abilitati interni ed esterni ha luogo esclusivamente con modalità telematiche, ai sensi dell'articolo 111-*bis* del codice di procedura penale, anche nei seguenti uffici giudiziari penali: a) Ufficio del giudice di pace; b) procura della Repubblica presso il tribunale per i minorenni; c) tribunale per i minorenni; d) tribunale di sorveglianza; e) corte di appello; f) procura generale presso la corte di appello; g) Corte di cassazione; h) Procura generale presso la Corte di cassazione. - 6. **Sino al 31 dicembre 2026**, negli uffici indicati dal comma 5, lettere a), e) ed f) il deposito da parte dei soggetti abilitati esterni di atti, documenti, richieste e memorie può avere luogo anche con modalità telematiche. - 7. **Sino alla medesima data di cui al comma 6**, negli uffici giudiziari penali indicati dal comma 5 il deposito da parte dei soggetti abilitati interni ed esterni di atti, documenti, richieste e memorie può avere luogo anche

con modalità telematiche, previo provvedimento che attesti la funzionalità dei sistemi informatici adottato dal Capo del Dipartimento dell'innovazione tecnologica della giustizia del Ministero della giustizia e pubblicato sul suo Portale dei servizi telematici. - 8. Le disposizioni di cui al comma 5 si applicano anche ai procedimenti in materia di misure di prevenzione ed alle fasi disciplinate dai libri X e XI del codice di procedura penale. - 9. Rimane consentito ai difensori il deposito mediante posta elettronica certificata come disciplinato dall'articolo 87-bis del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150 per tutti i casi in cui il deposito può avere luogo anche con modalità non telematiche”.

## Proroga dei termini normativi

### D.L. 27 dicembre 2024, n. 202

Disposizioni urgenti in materia di termini normativi - *G.U. Serie generale 27 dicembre 2024, n. 302.*

L'art. 10 della decretazione di urgenza è dedicato alla proroga dei termini **in materie di competenza del Ministero della giustizia.**

A questo proposito, va segnalata la modifica all'art. 8, comma 2, D.L. n. 105 del 2023, a seguito della quale **l'utilizzo delle infrastrutture digitali interdistrettuali** è ora previsto per le **intercettazioni** relative ai procedimenti penali iscritti successivamente alla data del **31 dicembre 2025.**

Si è pure previsto che le disposizioni dell'art. 1, comma 381, L. 29 dicembre 2022, n. 197, concernenti il tirocinio dei magistrati ordinari, si applicano anche per il **tirocinio dei magistrati ordinari** dichiarati idonei all'esito dei concorsi banditi fino al **31 dicembre 2024.**

Infine, in merito all'art. 4, comma 2, D.L. 31 agosto 2016, n. 168, conv., con modif., in L. 25 ottobre 2016, n. 197, in materia di **divieto di assegnazione del personale dell'amministrazione della giustizia** ad altre amministrazioni, le parole: 31 dicembre 2024 sono state sostituite dalle seguenti: **31 dicembre 2025.**

Altra modifica ha riguardato l'art. 4, comma 8-septies, D.L. n. 215 del 2023, per cui ora la **limitazione della punibilità ai soli casi di colpa grave** prevista, per la durata dello stato di emergenza epidemiologica da Covid-19, dall'art. 3-bis, D.L. 1° aprile 2021, n. 44, conv., con modif., in L. 28 maggio 2021, n. 76, si applica ai fatti di cui agli **artt. 589 e 590 c.p.** commessi fino al 31 dicembre 2025 nell'esercizio di una professione sanitaria in situazioni di grave carenza di personale sanitario.

Infine, l'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 75, comma 3, D.L. 25 maggio 2021, n. 73, conv., con modif., in L. 23 luglio 2021, n. 106, concernenti le modalità di deposito di **atti, documenti e istanze nei procedimenti penali militari**, è prorogata fino al **31 dicembre 2025.**

## Commissione di inchiesta

### Delibera Senato 17 dicembre 2024

Istituzione di una Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema bancario, finanziario e assicurativo - *G.U. Serie generale 24 dicembre 2024, n. 301.*

Il Senato della Repubblica ha istituito, per la durata della XIX legislatura, ai sensi dell'art. 82 Cost., una Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema bancario, finanziario e assicurativo, con particolare riguardo alla tutela dei risparmiatori, all'accesso al credito di giovani, famiglie e imprese, incluse le microimprese e le piccole e medie imprese, e ai rapporti con la clientela, considerando l'utilizzo delle nuove tecnologie, *ivi* compresa l'intelligenza artificiale.

Tra i compiti, si segnala quello di “analizzare la disciplina legislativa e regolamentare **in materia di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo** nonché di adeguata verifica della clientela in relazione agli effetti e alle limitazioni che producono nel rapporto tra il soggetto segnalato e il sistema bancario, finanziario e assicurativo”.

Alla Commissione sono stati attribuiti gli **stessi poteri e le medesime limitazioni dell'autorità giudiziaria.** Pertanto, “ferme restando le competenze dell'autorità giudiziaria, alla Commissione, limitatamente all'oggetto delle indagini di sua competenza, **non può essere opposto il segreto d'ufficio né il segreto professionale o quello bancario**, fatta eccezione per il segreto tra difensore e parte processuale nell'ambito del mandato. Per il segreto di Stato si applica quanto previsto dalla legge 3 agosto 2007, n. 124. La Commissione non può adottare provvedimenti che restringano la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione nonché la libertà personale, **fatto salvo l'accompagnamento coattivo di cui all'art. 133 del codice di procedura penale**”.

La Commissione può ottenere, **anche in deroga a quanto stabilito dall'art. 329 c.p.p.,** nelle materie attinenti all'oggetto dell'inchiesta, copie di atti o documenti relativi a procedimenti o inchieste in corso presso l'autorità giudiziaria o altri organi inquirenti, nonché copie di atti e documenti relativi a indagini e a inchieste parlamentari in corso. L'autorità giudiziaria provvede tempestivamente e può ritardare, con decreto motivato solo per ragioni di natura istruttoria, la trasmissione di copie degli atti e documenti richiesti. Il decreto ha efficacia per trenta giorni e può essere rinnovato. Quando tali ragioni vengono meno, l'autorità giudiziaria provvede senza ritardo a trasmettere quanto richiesto. L'autorità giudiziaria può trasmettere copie di atti e documenti anche di propria iniziativa.

La stessa Commissione ha il potere di stabilire **quali atti e documenti non devono essere divulgati**, anche in relazione ad esigenze attinenti ad altre istruttorie o inchieste in corso. Devono comunque essere coperti dal segreto i nomi, gli atti e i documenti attinenti a procedimenti giudiziari nella fase delle indagini preliminari.

## Presunzione di innocenza

### D.Lgs. 10 dicembre 2024, n. 198

Disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni della Dir. UE 016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali - *G.U. Serie generale 23 dicembre 2024, n. 300*.

Il presente decreto reca disposizioni integrative per il rafforzamento di alcuni aspetti della **presunzione di innocenza** delle persone fisiche sottoposte a indagini o imputate in un procedimento penale.

In particolare, **le modifiche riguardano l'art. 114 c.p.p.**

Nel comma 2 sono state soppresse le parole "fatta eccezione per l'ordinanza indicata dall'articolo 292". Si è poi aggiunto il comma 6-*ter* che ora così dispone: "Fermo quanto disposto dal comma 7, è vietata la pubblicazione delle ordinanze che applicano misure cautelari personali fino a che non siano concluse le indagini preliminari ovvero fino al termine dell'udienza preliminare".

## Trasferimento dei procedimenti penali

### Reg. UE 2024/3011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2024

sul trasferimento dei procedimenti penali - *G.U.U.E. 18 dicembre 2024, L.*

Al fine di sviluppare ulteriormente la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri per potenziare l'efficiente e corretta amministrazione della giustizia penale all'interno dello spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia e per assicurare che l'indagine o il perseguimento di reati siano svolti dallo Stato membro più adatto, il presente Regolamento promuove l'esistenza **di norme comuni per gli Stati membri sul trasferimento dei procedimenti penali** al fine di "contribuire a prevenire inutili procedimenti penali paralleli in diversi Stati membri riguardanti gli stessi fatti e la stessa persona, da cui potrebbe derivare una violazione del principio del *ne bis in idem*. Tali norme comuni potrebbero inoltre ridurre il numero di procedimenti penali multipli per gli stessi fatti o la stessa persona condotti in diversi Stati membri. Il presente decreto reca disposizioni integrative per il rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza delle persone fisiche sottoposte a indagini o imputate in un procedimento penale" (*considerando* n. 4).

Premesso che l'esistenza di norme comuni sul trasferimento dei procedimenti penali è essenziale anche per combattere efficacemente **i reati transfrontalieri** (*considerando* n. 5), si specifica che con particolare riguardo agli Stati membri il cui ordinamento giuridico si basa sull'obbligatorietà dell'azione penale e a quelli in cui vige l'obbligatorietà dell'azione penale solo per determinati reati, "lo Stato richiedente, nel chiedere il trasferimento del procedimento penale, **dovrebbe poter rinunciare all'avvio del procedimento** inteso a perseguire la persona interessata per il reato per il quale si richiede il trasferimento. Il presente regolamento dovrebbe pertanto consentire alle autorità competenti dello Stato richiedente di rinunciare all'avvio del procedimento penale, sospendere o interrompere il procedimento penale avviato dinanzi a loro a favore dello Stato membro ritenuto più adatto a esercitare l'azione penale, anche quando, in conformità del diritto nazionale, tali autorità avrebbero l'obbligo di esercitare l'azione penale. Ciò dovrebbe lasciare impregiudicate le disposizioni sugli effetti del trasferimento del procedimento penale nello Stato richiedente stabilite nel presente regolamento" (*considerando* n. 19).

L'art. 1 precisa che il presente Regolamento stabilisce norme sul trasferimento dei procedimenti penali tra Stati membri ai fini di una **più efficiente e corretta amministrazione** della giustizia nello spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia. Le previsioni in esso contenute si applicano in tutti i casi di trasferimento di procedimenti penali condotti negli Stati membri. Non sono pregiudicati l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i principi giuridici fondamentali sanciti dall'articolo 6 del trattato sull'Unione europea (TUE).

Qualsiasi Stato membro che, in forza del diritto nazionale, è competente a esercitare l'azione penale per un reato può, ai fini dell'applicazione del presente Regolamento, **rinunciare all'avvio del procedimento penale, sospenderlo o interromperlo** al fine di consentire il trasferimento del procedimento penale per tale reato allo Stato richiesto (art. 2). L'art. 5, dopo aver ribadito che la richiesta di trasferimento del procedimento penale può essere emessa solo se l'autorità richiedente ritiene che l'obiettivo di un'efficiente e corretta amministrazione della giustizia, compresa la proporzionalità, possa essere conseguito meglio conducendo il procedimento penale in un altro Stato membro, specifica **i criteri che legittimano l'invio della richiesta**.

È opportuno sottolineare che prima di emettere una richiesta di trasferimento del procedimento penale, l'autorità richiedente, in conformità del diritto nazionale applicabile, **prende in debita considerazione i legittimi interessi dell'indagato o dell'imputato**, compresi gli aspetti connessi alla giustizia riparativa (art. 6); così come l'autorità richiedente, conformemente al diritto nazionale applicabile, prende in debita considerazione i legittimi interessi della vittima, compresi gli aspetti connessi alla giustizia riparativa (art. 7).

**La richiesta di trasferimento** del procedimento penale è redatta dall'autorità richiedente utilizzando il modulo di richiesta di cui all'allegato I del Regolamento. L'autorità richiedente firma il modulo di richiesta e certifica che le informazioni in esso contenute sono esatte e corrette. La richiesta di trasferimento del procedimento penale è **debitamente motivata** e contiene, in particolare, le seguenti informazioni (art. 8).

Ai sensi dell'art. 9, l'autorità richiedente **informa senza indebito ritardo l'autorità richiesta** degli eventuali atti o misure procedurali attinenti al procedimento penale intrapresi nello Stato richiedente dopo la trasmissione della richiesta di trasferimento del procedimento penale e fornisce tutti i documenti pertinenti.

In applicazione dell'art. 10, l'autorità richiedente **può ritirare la richiesta di trasferimento del procedimento penale** in qualsiasi momento prima di ricevere la decisione dell'autorità richiedente di accettazione o di rifiuto del trasferimento del procedimento penale in conformità dell'articolo 11, paragrafo 1. In tali casi, l'autorità richiedente ne informa immediatamente l'autorità richiesta.

**L'autorità richiesta adotta una decisione quanto all'accettazione o al rifiuto** del trasferimento del procedimento penale, in tutto o in parte, e decide, in conformità del proprio diritto nazionale, in merito alle misure da prendere. La decisione di accettare il trasferimento del procedimento penale è debitamente motivata (art. 11).

Sono altresì indicati **i motivi del rifiuto** (art. 11): l'autorità richiesta rifiuta, in tutto o in parte, il trasferimento del procedimento penale qualora, a norma del diritto nazionale dello Stato richiesto, non sia possibile avviare o portare avanti un procedimento penale per i fatti alla base della richiesta di trasferimento del procedimento penale se sussistono uno o più motivi espressamente indicati.

L'autorità richiesta comunica all'autorità richiedente la propria decisione quanto all'accettazione o al rifiuto del trasferimento del procedimento penale **senza indebito ritardo e in ogni caso entro 60 giorni dal ricevimento della richiesta** di trasferimento del procedimento penale da parte dell'autorità richiesta competente (art. 13).

**Sono pure garantite consultazioni** tra l'autorità richiedente e l'autorità richiesta si consultano senza indebito ritardo per garantire l'efficace applicazione del presente Regolamento (art. 14).

**Gli indagati, gli imputati e le vittime hanno diritto a un ricorso giurisdizionale** effettivo nello Stato richiesto contro la decisione di accettazione del trasferimento del procedimento penale. Tale diritto è esercitato dinanzi a un organo giurisdizionale nello Stato richiesto in conformità del relativo diritto nazionale (art. 17).

L'autorità richiedente e l'autorità richiesta possono, in qualsiasi fase della procedura per il trasferimento di un procedimento penale, **chiedere l'assistenza di Eurojust o della Rete giudiziaria europea** conformemente alle rispettive competenze di queste ultime (art. 18).

Al ricevimento della decisione motivata di accettazione del trasferimento del procedimento penale in conformità dell'art. 11, par. 1, o della decisione definitiva sul ricorso giurisdizionale a norma dell'art. 17, il procedimento penale è **sospeso o interrotto nello Stato richiedente** conformemente al diritto nazionale, a meno che il ricorso giurisdizionale non termini con il rinvio nello Stato richiedente o l'autorità richiedente abbia già sospeso o interrotto tale procedimento penale ai sensi dell'art. 4 (art. 21).

Il procedimento penale trasferito è disciplinato dal diritto nazionale dello Stato richiesto. A condizione che non sia in contrasto con i principi fondamentali del diritto dello Stato richiesto, **qualsiasi atto compiuto ai fini del procedimento penale o dell'istruzione della causa** dalle autorità competenti dello Stato richiedente ha la stessa validità nello Stato richiesto come se fosse stato validamente compiuto dalle autorità competenti dello Stato richiesto (art. 22).

L'autorità richiesta o, se del caso, un'altra autorità **competente fornisce all'autorità richiedente informazioni in merito all'interruzione del procedimento penale** o a qualsiasi decisione presa al termine del procedimento penale, ivi compreso se tale decisione, ai sensi del diritto nazionale dello Stato richiesto, precluda definitivamente l'ulteriore esercizio dell'azione penale e sia stata presa a seguito di una decisione nel merito del caso, impedendo pertanto ulteriori procedimenti penali per gli stessi fatti in tale Stato. Tale autorità fornisce altresì informazioni relative all'esecuzione definitiva della pena irrogata ovvero altre informazioni di valore sostanziale. Essa trasmette all'autorità richiedente copia della decisione scritta definitiva presa al termine del procedimento penale (art. 23).

È bene precisare che sono effettuate, conformemente all'art. 3, Reg. UE 2023/2844, **comunicazioni trasmesse attraverso il sistema informatico decentrato**. Si applicano l'art. 7, parr. 1 e 2, e gli artt. 8 e 14, Reg. UE 2023/2844 che stabiliscono norme riguardanti le firme elettroniche e i sigilli elettronici, gli effetti giuridici dei documenti elettronici e la protezione delle informazioni trasmesse (art. 24).

A questo proposito, l'art. 25 del Regolamento prevede l'istituzione, entro l'8 gennaio 2027, del sistema informatico decentrato ai fini del presente regolamento, stabilendo quanto segue. Entro il 1° febbraio 2027 ciascuno Stato membro notifica alla Commissione: le autorità che, conformemente al diritto nazionale, sono competenti ai sensi dell'art. 2, punto 3), **a emettere o convalidare richieste di trasferimento dei procedimenti penali** e quelle che sono competenti ai sensi dell'art. 2, punto 4), a prendere decisioni in merito a tali richieste (art. 32).

Ai sensi dell'art. 36, il presente Regolamento entra in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea e trova **applicazione a decorrere dal 1° febbraio 2027**.

## Flussi migratori

### D.L. 11 ottobre 2024, n. 145, conv., con modif., in L. 9 dicembre 2024, n. 187

Disposizioni urgenti in materia di ingresso in Italia di lavoratori stranieri, di tutela e assistenza alle vittime di caporalato, di gestione dei flussi migratori e di protezione internazionale, nonché dei relativi procedimenti giurisdizionali - *G.U. Serie generale 9 dicembre 2024, n. 289*.

Come già sottolineato nel n. 11 di questa *Rivista*, la decretazione di urgenza è stata motivata dalla straordinaria necessità e urgenza di **prevedere misure volte alla tutela dei lavoratori stranieri vittime dei reati di cui agli artt. 600, 601, 602, 603 e 603-bis c.p. e al contrasto del lavoro sommerso** nonché da quella di adottare norme in materia di ingresso in Italia di lavoratori stranieri.

Dopo la conversione, si rileva che nel complesso le modifiche hanno riguardato, in particolare, il D.Lgs. n. **286/1998**: si tratta degli artt. 4, 4-bis, 5-bis, 9-bis, 22 (ove si specifica che è "irricevibile la domanda presentata dal datore di lavoro nei cui confronti, al momento della presentazione della stessa, risulti emesso decreto che dispone il giudizio per il reato di

cui agli articoli 600, 601, 602 e 603-*bis* del codice penale o emessa sentenza di condanna, anche non definitiva, per i predetti reati”), 24, 24-*bis*, 27, 27-*quater*.

Nel capo II della decretazione di urgenza - riguardante le disposizioni in materia di tutela dei lavoratori stranieri vittime dei reati di cui agli artt. 600, 601, 602, 603-*bis* c.p. e altre disposizioni di contrasto al lavoro sommerso - tra le novità al D.Lgs. n. 286/1998 introdotte dall'art. 5 si segnala, in particolare, la nuova previsione **dell'art. 18-*ter* (Permesso di soggiorno per gli stranieri vittime di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro)**: “1. Quando nel corso di operazioni di polizia, di indagini o di un procedimento per il delitto previsto dall'articolo 603-*bis* del codice penale commesso in danno di un lavoratore straniero nel territorio nazionale siano accertate situazioni di violenza o abuso o comunque di sfruttamento del lavoro nei confronti di un lavoratore straniero nel territorio nazionale e questi contribuisca utilmente all'emersione dei fatti e all'individuazione dei responsabili, il questore, su proposta dell'autorità giudiziaria procedente, rilascia con immediatezza un permesso di soggiorno per consentire alla vittima e ai membri del suo nucleo familiare di sottrarsi alla violenza, all'abuso o allo sfruttamento. 2. Quando le situazioni di violenza o abuso o comunque di sfruttamento del lavoro nei confronti dello straniero sono segnalate all'autorità giudiziaria o al questore dall'Ispettorato nazionale del lavoro, quest'ultimo contestualmente esprime un parere anche in merito all'eventuale rilascio di un permesso di soggiorno. 3. Il permesso di soggiorno rilasciato ai sensi del presente articolo reca la dicitura 'casi speciali', ha la durata di sei mesi e può essere rinnovato per un anno, o per il maggior periodo occorrente per motivi di giustizia. Il permesso consente l'accesso ai servizi assistenziali e allo studio, nonché l'iscrizione nell'elenco anagrafico previsto dall'articolo 4 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 7 luglio 2000, n. 442, o lo svolgimento di lavoro subordinato e autonomo, fatti salvi i requisiti minimi di età. Del rilascio del permesso di soggiorno di cui al comma 1 è data comunicazione, anche in via telematica, al Ministero del lavoro e delle politiche sociali. 4. Alla scadenza, il permesso di cui al comma 3 può essere convertito in permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato o autonomo, secondo le modalità stabilite per tale permesso di soggiorno e al di fuori delle quote di cui all'articolo 3, comma 4, ovvero in permesso di soggiorno per motivi di studio qualora il titolare sia iscritto a un regolare corso di studi. Esso è revocato in caso di condotta incompatibile con le finalità dello stesso, segnalata dal procuratore della Repubblica o, per quanto di competenza, dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali, o comunque accertata dal questore, o quando vengono meno le condizioni che ne hanno giustificato il rilascio. 5. Nei confronti dello straniero condannato, anche con sentenza non definitiva, compresa quella adottata a seguito di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per il delitto di cui all'articolo 603-*bis* del codice penale, possono essere disposte la revoca del permesso di soggiorno e l'espulsione ai sensi dell'articolo 13 del presente testo unico. 6. In attesa del rilascio del permesso di soggiorno, il lavoratore straniero, cui è stata rilasciata dal competente ufficio la ricevuta attestante l'avvenuta presentazione della richiesta, può legittimamente soggiornare nel territorio dello Stato e svolgere temporaneamente l'attività lavorativa fino a eventuale comunicazione da parte dell'autorità di pubblica sicurezza, che attesta l'esistenza dei motivi ostativi al rilascio del permesso di soggiorno”.

Altre modifiche **riguardano l'art. 10-*ter*, D.Lgs. n. 286 del 1998, con l'inserimento dei seguenti commi**: “2-*bis*. Nei casi di cui al comma 1, lo straniero ha l'obbligo di cooperare ai fini dell'accertamento dell'identità e di esibire o produrre gli elementi in suo possesso relativi all'età, all'identità e alla cittadinanza, nonché ai Paesi in cui ha soggiornato o è transitato, consentendo, quando è necessario per acquisire i predetti elementi, l'accesso ai dispositivi o supporti elettronici o digitali in suo possesso. 2-*ter*. Senza pregiudizio per le operazioni di perquisizione e ispezione condotte per ragioni di sicurezza, il questore, in caso di inosservanza dell'obbligo di cooperazione di cui al comma 2-*bis*, può disporre, al solo fine di acquisire gli elementi indicati nel medesimo comma 2-*bis*, che gli ufficiali o agenti di pubblica sicurezza procedano all'accesso immediato ai dati identificativi dei dispositivi elettronici e delle eventuali schede elettroniche (S.I.M.) o digitali (eS.I.M.) in possesso dello straniero, nonché ai documenti, anche video o fotografici, contenuti nei medesimi dispositivi o supporti elettronici o digitali. È in ogni caso vietato l'accesso alla corrispondenza e a qualunque altra forma di comunicazione. Prima che si proceda alle operazioni di accesso, l'interessato è avvisato del diritto di assistere alle operazioni alla presenza di un mediatore culturale. Il verbale delle operazioni compiute, che dà atto anche delle disposizioni del questore, indica le finalità, i criteri e le modalità dell'accesso, i dati controllati e l'esito delle operazioni, riporta le eventuali dichiarazioni rese dall'interessato e, unitamente alla eventuale documentazione fotografica allegata, è trasmesso per la convalida, entro il termine di quarantotto ore dall'avvio delle operazioni, al giudice di pace territorialmente competente che, entro le successive quarantotto ore, decide sulla convalida con provvedimento motivato. Il provvedimento è comunicato all'autorità di pubblica sicurezza, che consegna allo straniero copia del medesimo provvedimento e del verbale delle operazioni compiute. In caso di non convalida o di convalida parziale, i dati illegittimamente controllati sono inutilizzabili e il giudice dispone la cancellazione della documentazione ad essi relativa”. **Un altro intervento concerne l'art. 14, D.Lgs. n. 286/1998, con l'aggiunta del comma 1.2**: “Lo straniero che è trattenuto ha l'obbligo di cooperare ai fini dell'accertamento dell'identità e di esibire o produrre gli elementi in suo possesso, relativi all'età, all'identità e alla cittadinanza, nonché ai Paesi in cui ha soggiornato o è transitato, consentendo, quando è necessario per acquisire i predetti elementi, l'accesso ai dispositivi o supporti elettronici o digitali in suo possesso. Si applicano le disposizioni di cui all'articolo 10-*ter*, comma 2-*ter*”.

In sede di conversione della presente decretazione di urgenza si è pure aggiunto **l'art. 12-*bis*, destinato a modificare l'art. 2-*bis*, D.Lgs. n. 28/2005 (in materia di Paesi di origine sicuri)**, che ora al comma 1 prevede: “In applicazione dei criteri di qualificazione stabiliti dalla normativa dell'Unione europea e dei riscontri rinvenuti dalle fonti di informazione fornite dalle organizzazioni internazionali competenti, sono considerati Paesi di origine sicuri i seguenti: Albania, Algeria, Bangladesh, Bosnia-Erzegovina, Capo Verde, Costa d'Avorio, Egitto, Gambia, Georgia, Ghana, Kosovo, Macedonia del Nord, Marocco, Montenegro, Perù, Senegal, Serbia, Sri Lanka e Tunisia”. Premesso che al comma 2 di tale articolo sono state soppresse le parole “di parti del territorio”, si segnala anche l'aggiunta del comma **4-*bis***, secondo il quale “L'elenco dei Paesi di origine sicuri di cui al comma 1 è aggiornato periodicamente con atto avente forza di legge ed è

notificato alla Commissione europea. Ai fini dell'aggiornamento dell'elenco, il Consiglio dei ministri, entro il 15 gennaio di ciascun anno, delibera una relazione, nella quale, compatibilmente con le preminenti esigenze di sicurezza e di continuità delle relazioni internazionali e tenuto conto delle informazioni di cui al comma 4, riferisce sulla situazione dei Paesi inclusi nell'elenco vigente e di quelli dei quali intende promuovere l'inclusione. Il Governo trasmette la relazione alle competenti Commissioni Parlamentari".

Al testo del D.L. n. **13/2017**, poi, **è stato introdotto l'art. 5-bis: "(Competenza della corte d'appello)**. - 1. Per i procedimenti aventi ad oggetto la convalida del provvedimento con il quale il questore dispone il trattenimento o la proroga del trattenimento del richiedente protezione internazionale, adottato a norma degli articoli 6, 6-bis e 6-ter del decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142, e dell'articolo 10-ter, comma 3, quarto periodo, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, nonché per la convalida delle misure adottate ai sensi dell'articolo 14, comma 6, del decreto legislativo n. 142 del 2015 è competente la corte d'appello di cui all'articolo 5, comma 2, della legge 22 aprile 2005, n. 69, nel cui distretto ha sede il questore che ha adottato il provvedimento oggetto di convalida. 2. Nei procedimenti di cui al comma 1, la corte d'appello giudica in composizione monocratica".

Resta invariata la modifica apportata al D.Lgs. **30 maggio 2002, n. 115**. All'art. 76, comma 4-ter, dopo il primo periodo è stato aggiunto il seguente: "Il lavoratore straniero, persona offesa del delitto previsto dall'articolo 603-bis del codice penale, che contribuisce utilmente all'emersione del reato e all'individuazione dei responsabili, è ammesso al patrocinio alle medesime condizioni di cui al primo periodo".

# Osservatorio della Corte Costituzionale

a cura di Valerio Aiuti e Emmanuele Penco

## PROPORZIONALITÀ

NON MANIFESTAMENTE SPROPORZIONATO IL MINIMO EDITTALE DELLA FATTISPECIE DI OLTRAGGIO A PUBBLICO UFFICIALE

Corte costituzionale 22 ottobre 2024, n. 166 - Pres. Barbera - Est. Buscema

**Sono dichiarate non fondate le questioni di legittimità costituzionale, sollevate dal Tribunale di Trieste, Sez. penale, in composizione monocratica, in riferimento agli artt. 3 e 27, comma 3, Cost., dell'art. 341-bis c.p., come modificato dall'art. 7, comma 1, lett. b-bis), D.L. n. 53/2019, come conv., nella parte in cui punisce il delitto di oltraggio a pubblico ufficiale con la pena minima della reclusione di sei mesi.**

### La questione

Il Tribunale ordinario di Trieste, chiamato a giudicare una vicenda nella quale, in un medesimo contesto temporale, un soggetto aveva tenuto comportamenti ascrivibili entro le fattispecie di resistenza a pubblico ufficiale, oltraggio e rifiuto di fornire indicazioni sulla propria identità, dubitava della legittimità costituzionale del minimo edittale di pena di cui alla fattispecie ex art. 341-bis c.p., normativamente fissato in sei mesi di reclusione. Ad avviso del rimettente un siffatto trattamento sanzionatorio, re-introdotto dal D.L. n. 53/2019, presenterebbe le medesime criticità già rilevate con riferimento alla previgente fattispecie di oltraggio di cui all'art. 341 c.p. dalla sentenza della Corte cost. 19 luglio 1994, n. 341. Diversi sarebbero, in questo senso, i profili di irragionevolezza della norma censurata: *in primis*, verrebbe in rilievo la preclusione rispetto all'operatività dell'art. 131-bis c.p. prevista per i casi in cui il fatto sia commesso "nei confronti di un pubblico ufficiale o agente di pubblica sicurezza o di un ufficiale o agente di polizia giudiziaria nell'esercizio delle proprie funzioni"; ancora, richiamando quale *tertium comparationis* il più grave reato di resistenza a pubblico ufficiale, risulterebbe irragionevole la previsione di un analogo minimo edittale per la meno grave fattispecie di oltraggio; infine, l'irragionevolezza del trattamento *de minimis* si evincerebbe anche dall'ipotesi estintiva di cui all'ultimo comma dell'art. 341-bis c.p., la quale sarebbe emblematica della non particolare gravità del reato *de quo*. Interveniva in giudizio l'Avvocatura generale dello Stato, eccependo - da un lato - l'inammissibilità della questione alla luce della carente motivazione in ordine alla natura lieve del fatto contestato, nonché - dall'altro - l'infondatezza della stessa in ragione della diversità strutturale tra il previgente art. 341 c.p. e l'attuale fattispecie di cui all'art. 341-bis c.p.

### La decisione

La Corte, respinta l'eccezione di inammissibilità sollevata dall'Avvocatura generale, ritiene la questione non fondata nel

merito. Dopo una "breve ricostruzione dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale del delitto di oltraggio a pubblico ufficiale" (par. 4.2. del *Considerato in diritto*), la Consulta evidenzia come la fattispecie di cui all'art. 341-bis c.p. presenti taluni elementi specializzanti rispetto al previgente delitto di oltraggio, consistenti in particolare nella commissione dell'offesa in luogo pubblico o aperto al pubblico, nella presenza di più persone, nel contestuale compimento di un atto d'ufficio da parte del pubblico ufficiale, nell'offesa (anche) al prestigio di quest'ultimo. Siffatti elementi - argomenta la Corte - "restringono significativamente l'ambito applicativo della nuova fattispecie di oltraggio rispetto alla precedente (...), arricchendone la dimensione offensiva e selezionando condotte di apprezzabile gravità", sicché il censurato minimo edittale di sei mesi di reclusione non appare intrinsecamente sproporzionato né contrario al finalismo rieducativo della pena (par. 5 del *Considerato in diritto*). La conclusione cui giunge la Consulta risulta rafforzata dal fatto che la fattispecie in parola rientri tra quelle per le quali è prevista un'udienza predibattimentale volta a favorire il ricorso a strumenti di giustizia riparativa, di modo da "responsabilizzare l'autore dell'offesa e recuperare le relazioni interpersonali danneggiate dal reato, contribuendo a restituire un'immagine positiva all'azione della pubblica amministrazione" (par. 6 del *Considerato in diritto*).

### I precedenti

Con riferimento alla natura manifestamente sproporzionata dal minimo edittale di sei mesi di reclusione contemplato nel previgente art. 341 c.p., v. Corte cost. 19 luglio 1994, n. 341, in *Giur. cost.*, 1994, 2573 ss., con nota di A. Pagliaro, *Manifesta irragionevolezza dei livelli di pena e delitti di oltraggio*. Di contro, ha escluso l'irragionevolezza del trattamento sanzionatorio della nuova fattispecie di cui all'art. 341-bis c.p., Corte cost. 20 dicembre 2019, n. 284, in *Cass. pen.*, 2020, 1934 ss., con nota di E. Aprile, *Per la Corte costituzionale non sono irragionevoli i limiti edittali di pena previsti per il reato di oltraggio a pubblico ufficiale di cui all'art. 341-bis c.p.* Sempre con riferimento fattispecie re-introdotta nel 2009, v. anche Corte cost. 5 marzo 2021, n. 30, in *Giur. cost.*, 2021, 266 ss., con nota di L. Bin, *Il dissolubile legale tra resistenza a pubblico ufficiale e beni personalistici*.

### La dottrina

Con riferimento alla re-introduzione nel sistema penale della fattispecie di oltraggio a pubblico ufficiale ad opera della L. n. 95/2009, v. G. Flora, *Il redivivo oltraggio a pubblico ufficiale: tra nostalgie autoritarie e diritto penale simbolico*, in questa *Rivista*, 2009, 1449 ss.; G. Scandone, *Il nuovo e diverso reato di oltraggio a un pubblico ufficiale*, in F. Ramacci - G. Spangher (a cura di), *Il sistema di sicurezza pubblica*, Milano, 2010, 466; T. Padovani, *Commento all'art. 1 co. 8-10*, in G. De Francesco - A. Gargani - D. Manzione - A. Pertici (a cura di), *Commento al "Pacchetto sicurezza" l. 15 luglio 2009, n. 94*, Milano, 2011, 22 ss. Sulla fattispecie vigente, *ex multis*, L. Arato, *Delitti di*

oltraggio, in C.F. Grosso - M. Pelissero (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione. Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da C.F. Grosso - T. Padovani - A. Pagliaro, Milano, 2015, 577 ss.; G. Cirillo, *I delitti di oltraggio contro l'autorità*, in M. Catenacci (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia. Trattato teorico pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo - C.E. Paliero - M. Pelissero, Torino, 2022, 247 ss.; S. Seminara, sub art. 341-bis c.p., in G. Forti - S. Riondato - S. Seminara, *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2024, 1280. Di recente, per un quadro di sintesi delle vicende normative e giurisprudenziali che hanno interessato la fattispecie, S. Prandi, *Il delitto di oltraggio tra evoluzione normativa e pronunce della Corte costituzionale*, in *Studium Iuris*, 2020, 999 ss.

E.P.

## MISURE CAUTELARI

DIVIETO DI AVVICINAMENTO AI LUOGHI FREQUENTATI DALLA PERSONA OFFESA, LIMITI SPAZIALI, E CONTROLLO ELETTRONICO

Corte costituzionale, 4 novembre 2024, n. 173 - Pres. Barbera - Est. Petitti

**Sono infondate, nei sensi di cui in motivazione, le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 282-ter, commi 1 e 2, del codice di procedura penale, come modificato dall'art. 12, comma 1, lett. d), numeri 1) e 2), della L. 24 novembre 2023, n. 168, sollevate in riferimento agli artt. 3 e 13 della Costituzione, dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale ordinario di Modena.**

### La questione

Il Tribunale ordinario di Modena riteneva che l'art. 282-ter, commi 1 e 2, c.p.p. fosse costituzionalmente illegittimo per contrasto con gli artt. 3 e 13 Cost. nella parte in cui non consente al giudice, nel disporre il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, di tenere conto di tutte le circostanze del caso concreto e - motivando - di stabilire una distanza inferiore a quella legalmente prevista (500 metri), prevedendo inoltre che, in caso di infattibilità tecnica delle modalità del controllo, il giudice sia tenuto ad imporre l'applicazione anche congiunta di ulteriori misure cautelari anche più gravi, anziché - sempre motivando, in rapporto alle esigenze cautelari del caso concreto - la non applicazione del dispositivo elettronico di controllo.

Nel caso di specie, infatti, un'indagata sarebbe stata costretta a patire un divieto di avvicinamento eccessivamente ampio, in relazione al piccolo centro abitato in cui la medesima e la persona offesa risiedono e svolgono le proprie attività, e l'assenza di una rete mobile sufficientemente stabile avrebbe impedito di controllare adeguatamente il rispetto del divieto: l'indagata sarebbe quindi di fatto costretta a tollerare una restrizione della libertà personale inevitabilmente più grave per via di contingenze tecniche e per via dell'impossibilità di gradare l'ampiezza del divieto in relazione alle circostanze in cui lo stesso dovrebbe essere applicato.

Secondo l'Avvocatura, la questione sarebbe infondata atteso che le normali valutazioni di adeguatezza e proporzionalità sarebbero già sufficientemente in grado di aprire ad una applicazione graduale delle prescrizioni cautelari in ogni caso concreto.

### La decisione

Secondo la Corte, le questioni non sono fondate.

Il rimettente puntava in sostanza a denunciare la rigidità della distanza minima che la legge impone in caso di divieto di avvicinamento, l'obbligatorietà del controllo elettronico, e l'applicabilità anche congiunta di misure più gravi in caso di indisponibilità tecnica del controllo, secondo la stessa logica che ha portato la Corte a censurare i c.d. automatismi nelle misure cautelari personali previsti dall'art. 275 c.p.p. (Corte cost. 21 luglio 2010, n. 265).

Se quella giurisprudenza aveva avuto riguardo a fattispecie di eccezionale pericolosità, fondate sulla persistenza di un vincolo associativo di carattere mafioso o terroristico, la casistica presente - proponendo un diverso bilanciamento tra libertà di movimento dell'indagato e incolumità fisica e psicologica della persona minacciata - si rivolge a fattispecie di pericolosità minore, e prende di mira non una misura cautelare (come nel caso degli automatismi in materia di custodia), bensì una modalità applicativa di una misura cautelare (il c.d. braccialetto elettronico).

Da questo punto di vista, poiché il braccialetto elettronico è un dispositivo di scarso peso e ingombro, che non impedisce alla persona ad esso soggetta di uscire di casa e soddisfare le proprie necessità di vita, e poiché la distanza dei cinquecento metri è strettamente funzionale a dare uno spazio sufficiente alla vittima per trovare riparo e alle forze dell'ordine per intervenire in soccorso di questa, non si tratta di una modalità applicativa in sé sproporzionata di una misura cautelare. È senz'altro vero che, nei piccoli centri abitati, la distanza è stringente, ma ciò implica al più la necessità per l'indagato di trasferire le proprie necessità e i propri servizi in altro luogo senza invadere la zona di rispetto della persona offesa, e costringendolo al più a tollerare una restrizione della sua libertà di movimento che tuttavia appare del tutto sopportabile. Nel caso in cui siano presenti particolari motivi di lavoro o esigenze abitative, individuate dal giudice che dispone la misura, il giudice inoltre può già oggi stabilire modalità particolari di esecuzione che restituiscano alla medesima misura un margine più ampio di flessibilità.

Così reinterpretata la modalità applicativa della misura, concede la Corte, viene introdotta una priorità, sui valori in bilanciamento, delle esigenze della persona offesa e della sua incolumità, ma ciò sarebbe coerente con l'art. 52 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica fatta a Istanbul l'11 maggio 2011 e ratificata con L. 27 giugno 2013, n. 77, che tale priorità valoriale esplicitamente presuppone.

L'unica interpretazione costituzionalmente orientata che spetta al giudice della misura è dunque quella della locuzione "anche congiunta", che regola l'imposizione di misure cautelari diverse e anche più gravi in caso di indisponibilità tecnica del controllo: se nel caso di diniego del consenso dell'indagato al controllo elettronico l'applicazione incondizionata di una misura più grave è automatica, infatti (art. 282-ter, comma 1, penultimo periodo, c.p.p.), nel caso di impossibilità tecnica del controllo le esigenze cautelari concrete dovranno essere semplicemente rivalutate da capo. Il giudice, insomma, potrà disporre non "solo" una misura più grave, ma "anche" una misura più lieve. Come già sostiene la Cassazione in caso di indisponibilità di braccialetti elettronici negli arresti domiciliari, l'assenza di controllo elettronico non implicherebbe quindi alcun automatismo, né favorevole, né contrario al soggetto sottoposto a misura: le esigenze cautelari andranno rivalutate secondo i comuni criteri di adeguatezza e proporzionalità,

# Osservatori

consentendo al giudice di spaziare tra le diverse misure - più gravi, ma anche più lievi - disponibili.

## I precedenti

La giurisprudenza di cui l'ordinanza di rimessione tentava un'estensione analogica è quella avviata con Corte cost. 21 luglio 2010, n. 265, in *Giur. cost.*, 2010, 3169 ss. in materia di c.d. "presunzioni cautelari". La giurisprudenza di cui invece la Corte ha esteso, per analogia, la disciplina, è quella della Cassazione in materia di indisponibilità del braccialetto elettronico nel caso di imposizione degli arresti domiciliari, v. Cass., SS.UU., 28 aprile 2016, n. 20769, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 175 ss., con nota di F. Cassibba, *L'indisponibilità del "braccialetto elettronico": le Sezioni Unite escludono automatismi decisori ma residuano dubbi* in questa *Rivista*, 2017, 198 ss., con nota di G. Quagliano, *Il ragionevole compromesso delle Sezioni Unite sull'indisponibilità del c.d. "braccialetto elettronico"*.

## La dottrina

Sul divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, v. - in ordine cronologico - A. Marandola, *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in questa *Rivista*, 2009, 947 ss.; P. Pittaro, *Introdotta la disciplina penale dello stalking dalle misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, in *Fam. Dir.*, 2009, 659 ss.; G. Bellantoni, *Divieto di avvicinamento alla persona offesa ex art. 282-ter c.p.p. e determinazione di luoghi e distanze*, in questa *Rivista*, 2013, 1290 ss.; D. Negri, *Le misure cautelari a tutela della vittima: dietro il paradigma flessibile, il rischio di un'incontrollata prevenzione*, in *Giur. it.*, 2012, 470 ss.; P. Bronzo, *Profili critici delle misure cautelari "a tutela dell'offeso"*, in *Cass. pen.*, 2012, 3471 ss.; R.A. Ruggiero, *La tutela processuale della violenza di genere*, in *Cass. pen.*, 2014, 2356 ss.; F. Zacché, *Le cautele fra prerogative dell'imputato e tutela della vittima di reati violenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 646 ss.; V. Bonini, *Il sistema di protezione della vittima e i suoi riflessi sulla libertà personale*, Padova, 2018, 349 ss.; M. Thelma Vita, *L'intervento delle Sezioni Unite sull'incerto ambito applicativo del divieto di avvicinamento alla vittima*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, 707 ss.; P. Maggio, *Rapporti familiari e tutela processuale penale*, ivi, 1595 ss.; A. Barone, *Le misure cautelari dell'allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa*, in *Riv. pen.*, 2024, 347 ss.; P. Spagnolo, *Le nuove disposizioni processuali in materia di contrasto alla violenza sulle donne e alla violenza domestica*, in *Leg. pen. online*, 2024, 357 ss.; A. Marandola, *I nuovi presidi a tutela della vittima: rimedi precautelari, cautelari e obblighi informativi*, in questa *Rivista*, 2024, 186 ss.

V.A.

## DETEZIONE DOMICILIARE

RETROATTIVITÀ DELLA *LEX MITIOR* E ACCESSO ALLA NUOVA DETEZIONE DOMICILIARE "SOSTITUTIVA": INFONDATE LE QUESTIONI DI LEGITTIMITÀ SOLLEVATE DAL TRIBUNALE DI TRIESTE

Corte costituzionale 7 novembre 2024, n. 176 - Pres. Barbera - Est. Buscema

Sono dichiarate non fondate le questioni di legittimità costituzionale, dell'art. 47-ter, comma 1-bis, della L. 26

luglio 1975, n. 354, sollevate, in riferimento agli artt. 3 e 27, terzo comma, della Costituzione, dal Tribunale di Sorveglianza di Trieste.

## La questione

Il Tribunale di sorveglianza di Trieste dubitava della legittimità costituzionale dell'art. 47-ter, comma 1-bis, ordin. penit., nella parte in cui "non prevede a favore dei condannati c.d. liberi sospesi, anteriormente all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 150/2022, la detenzione domiciliare per espiazione una pena detentiva inflitta non superiore a quattro anni, indipendentemente dalle condizioni di cui al comma 1, quando non ricorrono i presupposti per l'affidamento in prova al servizio sociale e sempre che la misura sia idonea ad evitare il pericolo che il condannato commetta altri reati, avuto riguardo a comprovate esigenze familiari, di studio, di formazione professionale, di lavoro, o di salute del condannato, così come previste dall'art. 56 L. 689/81, sostituito dall'art. 71, comma 1, lett. c), D.Lvo 10/10/2022, n. 150, alle condizioni previste dall'art. 59 L. 689/81 come sostituito dall'art. 71, comma 1, lett. g) del D.Lvo 10.10.2022 n. 150, con le prescrizioni disciplinate all'art. 56-ter L. 689/81, introdotto dall'art. 71, comma 1, lett. d) del D.Lvo 10.10.2022 n. 150".

Ad avviso del rimettente la disposizione censurata determinerebbe una irragionevole disparità di trattamento - contraria all'art. 3 Cost. - fra i condannati definitivi "liberi sospesi" anteriormente al D.Lgs. n. 150/2022 e i condannati non definitivi che abbiano la disponibilità di un'abitazione; questi ultimi, infatti, a seguito della riforma operata dallo stesso D.Lgs. n. 150/2022, possono essere ammessi alla detenzione domiciliare quale pena sostitutiva ai sensi dell'art. 56, L. n. 689/1981, laddove il giudice della cognizione ritenga di dover determinare la durata della pena detentiva entro il limite di quattro anni. Analoga discriminazione *in peius* dei condannati definitivi di cui sopra sarebbe inoltre ravvisabile anche in relazione alla disciplina delle condizioni soggettive per la sostituzione della pena detentiva, posto che l'art. 59, comma 1, lett. a), L. n. 689/1981, come sostituito, non preclude l'accesso alla pena sostitutiva a chi ha commesso un delitto non colposo durante l'esecuzione dell'affidamento in prova al servizio sociale.

La disciplina censurata, ad avviso del rimettente, violerebbe anche l'art. 27, comma 3, Cost., giacché l'ingresso in carcere del condannato nei casi che vengono in rilievo si porrebbe in evidente contrasto con il finalismo rieducativo della pena.

## La decisione

La Corte, rilevata la complessa articolazione del *petitum* delineato dal Tribunale di Trieste, evidenzia come nella sostanza le questioni avanzate dal rimettente riguardino il fatto che "i condannati con sentenza irrevocabile prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 150/2022, per i quali l'esecuzione della pena sia stata sospesa ai sensi dell'art. 656, comma 5, c.p.p. (c.d. liberi sospesi), non possano beneficiare della detenzione domiciliare introdotta dal citato decreto legislativo quale pena sostitutiva della detenzione breve: istituto la cui disciplina risulta sotto vari aspetti più favorevole al reo di quella dell'omonima misura alternativa alla detenzione prevista dalla legge di ordinamento penitenziario" (par. 2 del *Considerato in diritto*).

Richiamati in questo senso i tratti essenziali - tanto sul piano della *ratio* quanto su quello della disciplina - del nuovo sistema di pene sostitutive delineato dal D.Lgs. n. 150/2022, la Consulta evidenzia come la "nuova" detenzione domiciliare sostitutiva si presenti più favorevole rispetto all'omonima misura

alternativa, sia in relazione all'ambito di applicazione che rispetto ai contenuti (par. 3 del *Considerato in diritto*); anche alla luce di tale diversità - prosegue la Consulta - la riforma del 2022 si occupava espressamente dei problemi di diritto transitorio connessi all'introduzione della nuova regolamentazione delle pene sostitutive, stabilendo sostanzialmente che "le disposizioni più favorevoli in tema di pene sostitutive si applicano ai fatti anteriormente commessi, anche se oggetto di giudizio, con l'unico limite rappresentato dalla formazione del giudicato di condanna a pena detentiva, non sostituita, in data antecedente all'entrata in vigore della riforma" (par. 4 del *Considerato in diritto*).

Proprio il limite costituito dall'intervenuto giudicato-evidenzia la Corte - viene censurato dal rimettente con le questioni *de quibus*; questioni che, tuttavia, i Giudici costituzionali reputano non fondate, evidenziando come tale deroga al principio di retroattività della *lex mitior* risulti giustificato nella misura in cui, innanzitutto, si rivela del tutto coerente rispetto alle regole generali di successione delle leggi penali nel tempo di cui all'art. 2 c.p. e alla relativa esigenza di salvaguardare la stabilità della *res iudicata* (par. 5.1. del *Considerato in diritto*). Conclusione che risulta ulteriormente avvalorata dal fatto che l'introduzione ad opera del D.Lgs. n. 150/2022 di una disciplina "più elastica" di detenzione domiciliare sostitutiva mirava a compensare l'assenza di una figura di pena sostitutiva corrispondente alla più favorevole misura dell'affidamento in prova al servizio sociale, sicché "sarebbe del tutto ingiustificato estendere tale disciplina più favorevole a soggetti che, al momento dell'entrata in vigore della riforma, siano già stati raggiunti da una sentenza di condanna irrevocabile e si trovino nella condizione - quella di liberi sospesi - che la riforma stessa mira a prevenire, ma che, proprio per questo, hanno la possibilità di fruire, quando ne ricorrano i presupposti, della misura dell'affidamento in prova al servizio sociale" (par. 5.2. del *Considerato in diritto*).

### I precedenti

Con riferimento alle discrepanze di disciplina fra detenzione domiciliare misura alternativa e detenzione domiciliare sostitutiva, di recente, Corte cost. 10 maggio 2024, n. 84, in *Sist. pen.*, 17 maggio 2024. Rispetto invece allo statuto costituzionale del principio di retroattività della legge penale favorevole, oltre a Corte cost. 23 novembre 2006, n. 394, in *Giur. cost.*, 2006, 4160 ss., più di recente v. Corte cost. 21 marzo 2019, n. 63, in *Giur. cost.*, 2019, 819 ss. e Corte cost. 13 novembre 2020, n. 238, *ivi*, 2020, 2804 ss.

### La dottrina

Sulla nuova figura di detenzione domiciliare sostitutiva introdotta dal D.Lgs. n. 150/2022 v. D. Bianchi, *Le modifiche in materia di sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi*, in D. Castronuovo - M. Donini - E. M. Mancuso - G. Varraso (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Milano, 2023, 88 ss.; A. Costantini, *Prospettive di riforma della detenzione domiciliare tra pena principale e sanzione sostitutiva: verso un reale superamento del paradigma carcerocentrico?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 1, 310; G. Mentasti, *Semilibertà sostitutiva, detenzione domiciliare sostitutiva e lavoro di pubblica utilità sostitutivo*, in *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale*, dir. da G.L. Gatta - M. Gialuz, II - *Le modifiche al sistema sanzionatorio penale*, a cura di R. Bartoli - G.L. Gatta - V. Manes, Torino, 2024, 9 ss. A livello monografico, da ultimo, D. Bianchi, *Le pene sostitutive. Sistematica, disciplina e prospettive di riforma*, Torino, 2024, 152 ss.

E.P.

## INCOMPATIBILITÀ

### UDIENZA PREDIBATTIMENTALE E INCOMPATIBILITÀ DEL GIUDICE

Corte costituzionale 14 novembre 2024, n. 179 - Pres. Barbera - Est. Amoroso

**È costituzionalmente illegittimo l'art. 34, comma 2, c.p.p., nella parte in cui non prevede che non può partecipare al giudizio il giudice dell'udienza di comparizione predibattimentale nel caso previsto dall'art. 554-ter, comma 3, c.p.p.**

**È costituzionalmente illegittimo, in via consequenziale, l'art. 34, comma 2, c.p.p., nella parte in cui non prevede che non può partecipare al giudizio il giudice dell'udienza di comparizione predibattimentale nel caso previsto dall'art. 554-quater, comma 3, c.p.p.**

### La questione

Secondo il Tribunale ordinario di Siena, l'art. 34, comma 2, c.p.p. sarebbe in contrasto con gli artt. 111, comma 2, 3, 24, comma 2, 101, 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 6, par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e all'art. 14, par. 1, del Patto internazionale sui diritti civili e politici, dato che non prevede l'incompatibilità a partecipare al dibattimento successivo del giudice dell'udienza di comparizione predibattimentale che ha fissato la data dell'udienza dibattimentale per la prosecuzione del giudizio.

Nell'udienza di comparizione predibattimentale, infatti, il giudice valuta già una prima volta il contenuto dell'ipotesi accusatoria, anche se sulla base di atti compiuti anteriormente: se fosse il medesimo giudice persona fisica a poter deliberare sul merito, la "forza della prevenzione" lo collocherebbe automaticamente in una posizione di non-imparzialità. Le condizioni di incompatibilità costituzionalmente necessaria, individuate dalla giurisprudenza della Corte, sarebbero pertanto tutte presenti: il giudice che ha operato una valutazione di atti compiuti anteriormente, strumentali ad assumere una decisione di merito sull'ipotesi accusatoria, è il medesimo che, in fase dibattimentale, dovrà decidere sul *thema probandum*.

Il giudice dell'udienza di comparizione predibattimentale introdotta dagli artt. 553 e 554-ter c.p.p. modificati dal D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, valuta infatti la consistenza dell'ipotesi accusatoria per decidere se sussistono le condizioni necessarie affinché il processo prosegua davanti "ad un giudice diverso" (art. 554-ter, comma 3, c.p.p.), che curerà la fase dibattimentale, giacché non sussistono le condizioni per pronunciare una sentenza di non luogo a procedere o per definire in via alternativa il giudizio (art. 554-ter, comma 3, c.p.p.). La decisione sulla scelta tra prosecuzione del giudizio e arresto del procedimento è dunque frutto di una valutazione dei dati probatori raccolti in sede di indagine e della loro capacità di offrire conferme coerenti all'ipotesi accusatoria, proprio come accade al giudice dell'udienza preliminare, il quale è tuttavia incompatibile a svolgere le funzioni di giudice dell'udienza dibattimentale (art. 34, comma 2, c.p.p.).

Secondo l'Avvocatura, le questioni sarebbero inammissibili o non fondate: inammissibili perché il giudice non avrebbe valutato la possibilità di applicare al caso di specie le "gravi ragioni di convenienza" che giustificano l'obbligo di astensione (artt. 34 e 36 c.p.p.), impedendo così al presidente del Tribunale di pronunciarsi sul punto; infondate perché, a ben vedere, la locuzione di cui all'art. 554-ter, comma 3, c.p.p., "davanti ad

un giudice diverso”, è la stessa prevista dall’art. 623, comma 1, lett. d), c.p.p., e può essere intesa come una causa di incompatibilità speciale. La violazione della causa di incompatibilità avrebbe insomma dovuto imporre al giudice l’interpello del presidente del Tribunale per rilevare l’erroneità dell’assegnazione e ottenerne la revoca.

### La decisione

Secondo la Corte, le questioni sono fondate in riferimento agli artt. 24, comma 2, e 111, comma 2, Cost.

Scartate le eccezioni dell’avvocatura, la Corte ha infatti ricostruito il quadro normativo contemporaneo sottolineando, in particolare, i tratti di schiacciante somiglianza tra udienza predibattimentale e udienza preliminare: quanto ai materiali cognitivi sottoposti ai due giudici, ai poteri emendativi in materia di formulazione dell’accusa, ai doveri di verifica della regolarità della costituzione delle parti, e ai criteri di giudizio per il passaggio tra questa e la fase successiva.

Dal momento che i casi di incompatibilità previsti dall’art. 34 c.p.p. sono di natura eccezionale, e dato il bisogno di salvaguardare la terzietà e l’imparzialità del giudice che potrebbe pronunciarsi sull’accusa condizionato dalla “forza della prevenzione” (valori, questi, protetti sia a livello costituzionale, sia a livello convenzionale), occorre impedire che un giudice che abbia già valutato la *res iudicanda* in una fase preliminare possa emettere nuove valutazioni sulla medesima *res iudicanda* al fine di assumere una decisione di merito, in una diversa fase del procedimento (v. Corte cost. n. 64/2022): a tale scopo, lo strumento di tutela non può essere affidato solo alla possibilità di astensione in caso di gravi ragioni di convenienza (art. 36 c.p.p.), trattandosi di una norma di chiusura rilevante per situazioni non tipizzate né tipizzabili *ex ante* dalla legge, in cui terzietà e imparzialità sono compromesse in concreto, e non in generale e in astratto.

Il giudice dell’udienza predibattimentale, valutando in modo approfondito il merito dell’accusa sulla base degli atti delle indagini preliminari e di tutti quelli che confluiscono nel fascicolo per il dibattimento ai sensi dell’art. 431 c.p.p., e disponendo di poteri in tutto sovrapponibili a quelli già in dotazione del giudice per l’udienza preliminare, esercita un vaglio rispetto al quale la mancata previsione di una incompatibilità *ad hoc* vulnera l’art. 111, comma 2, Cost., e - di riflesso - l’art. 24, comma 2, Cost. Tale incompatibilità, inoltre, vulnera anche l’art. 3 Cost., data la disparità di trattamento ingiustificata tra giudice dell’udienza preliminare e giudice dell’udienza predibattimentale.

Nessuna di queste violazioni dei parametri costituzionali è suscettibile di essere riparata da un’interpretazione convenzionalmente conforme dell’inciso “giudice diverso”, intendendo come tale un “giudice non incompatibile”: l’elencazione contenuta nell’art. 34, comma 2, c.p.p. è infatti tassativa; una sua correzione, pertanto, è possibile - nel quadro di un giudizio di legittimità costituzionale - solo attraverso una pronuncia additiva.

Naturalmente, ampliati i casi di incompatibilità nel senso disposto, occorre intervenire anche con riferimento al giudizio d’impugnazione della sentenza di non luogo a procedere (art. 554-*quater*, comma 3, c.p.p.): in caso di impugnazione della sentenza di non luogo a procedere da parte del P.M., infatti, la Corte d’Appello che riforma la sentenza fissa altresì la data per l’udienza dibattimentale davanti ad “un giudice

diverso”; anche in questo caso, quindi, tale giudice non potrà essere quello dell’udienza di comparizione dibattimentale.

### I precedenti

Sugli indici attraverso i quali la giurisprudenza costituzionale ormai consolidata definisce le condizioni di incompatibilità del giudice si v. da ultimo Corte cost. 10 marzo 2022, n. 64, in *Giur. cost.*, 2022, 802 ss., con nota di G. Di Chiara, *Ancora in tema di incompatibilità endoprocedurale del giudice: l’icona dell’hortus conclusus*.

### La dottrina

Sulla incompatibilità endoprocedurale, a parte la classica indagine di G. Di Chiara, *L’incompatibilità endoprocedurale del giudice*, Torino, 2000, v. P.P. Rivello, *Un articolato intervento della Corte costituzionale in tema di incompatibilità del giudice*, in *Giur. cost.*, 1991, 3487 ss.; Id., *L’incompatibilità a partecipare al giudizio dibattimentale del g.i.p. che abbia respinto la richiesta di ammissione all’oblazione*, *ivi*, 1994, 3918 ss.; Id. *Esclusa dalla Corte costituzionale l’incompatibilità a celebrare il giudizio di appello dei magistrati che abbiano precedentemente respinto l’accordo formulato dalle parti ai sensi dell’art. 599 c.p.p.*, *ivi*, 3533 ss.; M.M. Margaritelli, *La doppia partecipazione al giudizio incidentale e al giudizio di cognizione: l’illusione dell’imparzialità del giudice penale*, *ivi*, 1996, 1152 ss.

La decisione della Corte è stata anticipata da diverse riflessioni in dottrina, in merito alla discussa introduzione della c.d. “udienza predibattimentale”, v. - *ex multis* - M. Daniele, *L’udienza predibattimentale: una sfida per i tribunali*, in *Sist. pen.*, 16 gennaio 2023, 1 ss.; F. Lombardi, *L’udienza predibattimentale nella Riforma “Cartabia”: uno schema operativo con alcuni spunti di riflessione*, in *Giur. pen. online*, 2022, 12, 1 ss.; E. Marzaduri, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali: effetti deflativi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale*, in *Leg. pen. online*, 25 gennaio 2022, 1 ss.; N. Triggiani, *L’udienza predibattimentale monocratica*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, f. 1, 151 ss.; C. Trabace, *L’udienza predibattimentale che verrà*, in *Arch. pen. web*, 2022, 2, 1 ss.; B. Piattoli, *Udienza predibattimentale nei procedimenti davanti al tribunale in composizione monografica tra l’obiettivo di una più ordinata sequenza procedimentale e la funzione di tutela delle garanzie*, in *Leg. pen. online*, 5 gennaio 2022, 1 ss.; F. D’Alessio, *La nuova udienza predibattimentale nel rito monocratico con citazione diretta a giudizio*, in *La riforma Cartabia. Codice penale - Codice di procedura penale - Giustizia riparativa*, a cura di G. Spangher, Pisa, 2022, 526 ss.; S. Quattrocchio, *Citazione diretta a giudizio: rivoluzioni che potrebbero portare frutto*, in *Giur. it.*, 2023, 1207 ss.; L. Forte, *L’udienza predibattimentale tra nuova regola di giudizio ed efficienza nel “sistema Cartabia”*, in questa *Rivista*, 2023, 456 ss.; N. Triggiani, *La nuova udienza predibattimentale nel procedimento penale monocratico: luci e ombre*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 23 ss.; A. Diddi, *L’udienza-filtro nei procedimenti davanti al tribunale in composizione monocratica*, in questa *Rivista*, 2023, 180 ss.; F. D’Arcangelo, *L’udienza di comparizione predibattimentale a seguito di citazione diretta*, in *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale*, dir. da G. L. Gatta - M. Gialuz, II - *Nuove dinamiche del procedimento penale*, a cura di T. Bene - M. Bontempelli - L. Lupária Donati, Milano, 2024, 325 ss.

V.A.

# Osservatorio Corte di cassazione - Diritto penale

a cura di Francesca Rocchi

## DELITTI CONTRO LA GIUSTIZIA

LA SOLA INTRODUZIONE IN CARCERE DI UNA SCHEDA S.I.M. NON INTEGRA L'ACCESSO INDEBITO A DISPOSITIVI IDONEI ALLA COMUNICAZIONE DA PARTE DI DETENUTI

**Cassazione Penale, Sez. VI, 25 novembre 2024 (ud. 11 settembre 2024), n. 42941 - Pres. De Amicis - Rel. Triplicione - P.M. Ceniccola (parz. diff.) - Ric. P.M.**

**L'introduzione della sola scheda s.i.m. in un Istituto penitenziario non integra il reato di cui all'art. 391-ter c.p., non potendo di per sé considerarsi un dispositivo idoneo ad effettuare comunicazioni.**

### Il caso

Il Tribunale di Campobasso assolveva A.A. dal reato di cui all'art. 391-ter c.p. L'imputata era stata accusata di aver introdotto in carcere, dove si era recata per effettuare un colloquio con il compagno ivi detenuto, una scheda S.I.M. a lei intestata, occultata nel reggisenò. Avverso la sentenza proponeva ricorso immediato per cassazione il Procuratore Generale presso la Corte di Appello di Campobasso deducendo, con un unico motivo, il vizio di violazione di legge in relazione alla erronea esclusione della configurabilità del reato, poiché, sulla base di una interpretazione teleologica e logica dell'art. 391-ter c.p., che è stato introdotto dal legislatore proprio al fine di arginare il fenomeno dell'introduzione in carcere di apparecchi cellulari, a parere del ricorrente, deve ritenersi che nella nozione di "dispositivo idoneo alla comunicazione" rientri anche la scheda S.I.M. senza la quale un dispositivo mobile non potrebbe funzionare. Il P.G. nella requisitoria scritta evidenziava, tra l'altro, come la norma incriminatrice si riferisce ad "apparecchi telefonici e altri dispositivi idonei a effettuare comunicazioni", senza precisare in alcun modo se tali strumenti debbano, di per sé soli, consentire la comunicazione o meno, nonché senza distinguere lo strumento, nella sua interezza, dalle sue parti. Il difensore dell'imputata, al contrario, nel chiedere l'inammissibilità del ricorso, ha, in particolare, dedotto che il ricorso proponeva una interpretazione della norma incriminatrice in aperta violazione del principio di tassatività e dei lavori preparatori.

### La decisione

La VI Sezione penale della Suprema Corte di cassazione ha ritenuto infondato il ricorso, non accogliendo l'interpretazione proposta dal Procuratore Generale dell'oggetto materiale delle condotte sanzionate dall'art. 391-ter c.p. e, in particolare, la possibilità di considerare la sola scheda S.I.M. (dall'acronimo inglese *Subscriber Identity Module*, modulo d'identità dell'abbonato) quale "apparecchio telefonico" o quale "dispositivo idoneo ad effettuare comunicazioni". Partendo, innanzitutto,

dall'analisi della funzione della scheda S.I.M., la Suprema Corte ha rilevato come tale scheda costituisca un mero accessorio, che può essere inserito all'interno sia di un telefono cellulare che di altri dispositivi quali, tra gli altri, il *tablet*, il *router* portatile, o, ancora, una scheda internet. A seconda delle tipologie attualmente commercializzate, la scheda S.I.M. consente di associare il dispositivo in cui è inserita al profilo del proprio cliente e di fornirgli i servizi acquistati, servizi che possono includere il c.d. "traffico voce" e, dunque, le telefonate e gli sms, ovvero, congiuntamente o alternativamente (c.d. S.I.M. dati), la sola navigazione su internet. La scheda S.I.M., dunque, costituisce un accessorio del telefono cellulare (incluso lo *smartphone*) o di uno dei dispositivi sopra esemplificativamente indicati, che consente di accedere al servizio fornito da un operatore di telefonia (comunicazione e/o navigazione tramite internet). Va, peraltro, considerato che tale scheda costituisce un accessorio non indispensabile per tale finalità, potendosi, ad esempio, accedere ad internet attraverso un telefono, un "tablet" o anche un "personal computer", condividendo la connessione alla rete con altro dispositivo munito di scheda SIM, attraverso la funzione di *hotspot* disponibile nelle impostazioni del singolo dispositivo mobile. Al contrario, la sola scheda S.I.M., senza il dispositivo in cui va inserita, non è, di per sé, idonea a consentire delle comunicazioni. I giudici di legittimità rilevano, d'altronde, che quando il legislatore ha inteso sanzionare condotte riferite a parti di determinati beni lo ha previsto espressamente, come, ad esempio, in tema di armi. In assenza di una tale esplicita previsione normativa, deve ritenersi che un ampliamento del significato delle due locuzioni impiegate dal legislatore ("apparecchio telefonico" e "altro dispositivo idoneo ad effettuare comunicazioni"), al fine di ricomprendervi anche la sola scheda SIM si risolverebbe non in una interpretazione estensiva di tali locuzioni, bensì in una operazione di estensione analogica della fattispecie incriminatrice in violazione dei principi di riserva di legge, di determinatezza della fattispecie e del divieto di analogia e dunque, conseguentemente, della correlata garanzia "soggettiva", riconosciuta ad ogni consociato, della prevedibilità delle conseguenze della propria condotta (cfr. sentenza Corte cost. n. 98 del 2021). La soluzione ermeneutica accolta appare ai giudici di legittimità, inoltre, coerente con la *ratio* della norma incriminatrice e con la natura istantanea del reato in questione. L'obiettivo perseguito dal legislatore, confermato anche nei lavori preparatori, è quello di impedire indebite comunicazioni da parte dei detenuti, sia tra loro, che all'esterno. Dalla formulazione della norma può, inoltre, evincersi che il reato si consuma nel momento e nel luogo in cui, alternativamente, viene procurato, introdotto o acconsentito l'uso del dispositivo da parte del detenuto. Qualunque sia la fattispecie che viene in rilievo, tra quelle contemplate dal primo comma, proprio in ragione del carattere istantaneo del reato è, dunque, necessario che l'apparecchio o il dispositivo oggetto della condotta incriminata sia completo e già di per sé idoneo a consentire la comunicazione.

Sulla base di una interpretazione letterale, teleologica e sistematica della norma incriminatrice, la Sezione VI della Suprema Corte conclude dunque che le condotte incriminate dall'art. 391-ter c.p. possono avere quale oggetto solo un apparecchio telefonico o "altro dispositivo", considerati nella loro unitarietà, con esclusione, dunque, sia delle loro parti, che degli eventuali accessori, quale, ad esempio, la sola scheda S.I.M.

### I precedenti

Non si rinvergono precedenti specifici.

### La dottrina

M. Pelissero, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, in R. Bartoli - M. Pelissero - S. Seminara, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino, 2024, 769 s.; G. Piffer, *Art. 391-ter*, in G. Forti - S. Riondato - S. Seminara, *Commentario breve al Codice Penale*, Milano, 2024, 1447; A. Della Bella, *Art. 391-ter*, in E. Dolcini - G.L. Gatta, *Codice penale commentato*, Milano, 2021, 1911; L. Monticelli, *Accesso indebito a dispositivi idonei alla comunicazione da parte di soggetti detenuti*, in A. Cadoppi - S. Canestrari - A. Manna - M. Papa (diretto da), *Diritto penale*, Milano, 2022, 2963; B. Romano, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, VII ed., Milano, 2022.

## DELITTI CONTRO L'ORDINE PUBBLICO

NON È NECESSARIO L'IMPIEGO DEL "METODO MAFIOSO" PER IL PROCACCIAMENTO DEI VOTI NEL DELITTO DI SCAMBIO ELETTORALE POLITICO-MAFIOSO

Cassazione Penale, Sez. VI, 27 novembre 2024 (ud. 11 settembre 2024), n. 43186 - Pres. De Amicis - Rel. Rosati - P.M. Ceniccola (conf.) - Ric. A.A.

**A seguito della novella del 2019 il procacciamento di voti, penalmente sanzionato dal delitto di scambio elettorale politico-mafioso, previsto dall'art. 416-ter c.p., non è soltanto quello ottenuto con l'impiego del "metodo mafioso", bensì anche quello, effettivo o promesso, che provenga "da parte di soggetti appartenenti alle associazioni di cui all'art. 416-bis cod. pen."**

### Il caso

Il Tribunale del riesame di Catania confermava nei confronti di A.A. l'applicazione degli arresti domiciliari, in relazione al delitto di scambio elettorale politico-mafioso, previsto e punito dall'art. 416-ter c.p., in quanto gli si addebitava, nella sua qualità di candidato alla carica di sindaco nelle elezioni comunali di Meli, di avere dato la somma di 500 euro ad esponenti di un clan mafioso della zona, nonché di aver promesso loro di attivarsi presso un magistrato di sua conoscenza, al fine di ottenere la scarcerazione anticipata del figlio di uno di questi, in cambio del loro impegno per il procacciamento di voti in suo favore in quella competizione elettorale. Attraverso il proprio difensore, A.A. impugnava l'ordinanza contestando, tra l'altro, la configurabilità della fattispecie incriminatrice. In particolare, si deduceva che il Tribunale fosse incorso in errore allorché ha ritenuto non necessaria la destinazione della dazione incriminata all'intero clan. Quest'ultima - si adduce - è stata intesa dal Tribunale come remunerazione per il procacciamento di voti, sebbene si sia trattato, piuttosto, di un mero rimborso di spese, elargito al singolo individuo per una legittima attività di sostegno

elettorale. Riguardo, poi, alla promessa del A.A. di attivarsi per ottenere la scarcerazione del giovane C.C., rileva la difesa che un siffatto impegno non risultava munito degli imprescindibili connotati della serietà e della realizzabilità, essendo rimasti ignoti l'identità del presunto magistrato da contattare, le sue funzioni ed il titolo di custodia in atto nei confronti e non v'era alcun elemento da cui poter inferire che l'auspicata scarcerazione interessasse l'intero gruppo criminale e non soltanto il detenuto e la sua famiglia. Infine, consistendo in un beneficio di natura soltanto ideale, la stessa non poteva integrare la "utilità" richiesta dall'art. 416-ter c.p., la quale deve consistere in un bene traducibile in un valore di scambio immediatamente quantificabile in termini economici.

### La decisione

La Sez. VI della Suprema Corte, nel ritenere il ricorso infondato, puntualizza gli elementi tipici del delitto di scambio elettorale politico-mafioso, così come novellato dalla L. n. 43/2019, che ha profondamente modificato la fattispecie incriminatrice dell'art. 416-ter c.p., applicabile alla vicenda in esame *ratione temporis*, rendendo ormai non più attuale un'ampia parte della giurisprudenza formatasi nella vigenza del precedente testo e richiamata dal ricorrente a sostegno delle proprie deduzioni. Secondo il previgente testo normativo, il procacciamento di voti doveva avvenire "mediante le modalità di cui al terzo comma dell'art. 416-bis in cambio dell'erogazione o della promessa di erogazione di denaro o di altra utilità". Il condizionamento del voto, dunque, doveva essere attuato attraverso l'impiego del c.d. "metodo mafioso": vale a dire, se non necessariamente mediante minacce o violenze fisiche, comunque sfruttando la capacità intimidatrice che promana dall'esistenza di tal genere di sodalizio, nella consapevolezza di questa capacità da parte della comunità sociale del territorio di riferimento. Questo implicava, in base alla giurisprudenza di legittimità, sedimentatasi negli anni, la necessità che il promittente fosse un intraneo alla cosca mafiosa ed agisse in rappresentanza e nell'interesse di questa, spendendone il nome presso il politico od i suoi rappresentanti: solo in questo caso, infatti, il ricorso alle modalità mafiose per l'acquisizione del consenso elettorale poteva dirsi immanente all'illecita pattuizione e la scelta di un simile interlocutore da parte del candidato poteva razionalmente ritenersi determinata dalla fama criminale dello stesso e dalle modalità che, di conseguenza, egli avrebbe adottato per il reclutamento elettorale, occorrendo altrimenti la prova della specifica pattuizione anche di tali metodi di procacciamento del consenso. Altrettanto consolidata, poi, era la lettura normativa in punto di prestazione erogata o promessa dal candidato o dai suoi emissari, la quale doveva consistere in denaro od in beni comunque traducibili in valori di scambio immediatamente quantificabili in termini economici, quali i mezzi di pagamento diversi dalla moneta, i preziosi, i titoli o i valori mobiliari, restando, invece, escluse dal contenuto precettivo della norma eventuali "utilità" suscettibili di monetizzazione solo in via mediata. A seguito della novella del 2019, invece, il procacciamento di voti penalmente sanzionato non è soltanto quello ottenuto con l'impiego del "metodo mafioso", bensì anche quello, effettivo o promesso, che provenga "da parte di soggetti appartenenti alle associazioni di cui all'art. 416-bis c.p.". Si coglie agevolmente, dunque, come la nuova disposizione ampli notevolmente lo spettro delle condotte penalmente rilevanti, spostando il fuoco dell'attenzione - o, meglio, estendendolo - dalle modalità del condizionamento del consenso al profilo soggettivo di chi tale operazione compia o s'impegni a compiere nell'interesse del candidato. Non

sfugge, precisa la Suprema Corte, l'esistenza di un precedente di legittimità secondo cui anche la nuova disposizione imporrebbe che, qualora l'intraneo ad una consorceria mafiosa operi *uti singulus*, l'accordo debba contemplare l'attuazione o la programmazione di un'attività di procacciamento di voti con metodo mafioso. Si tratta di un'opzione esegetica che non viene condivisa dai giudici nella sentenza in esame, poiché muove da una premessa non verificata, ovvero quella che la nuova formulazione normativa abbia inteso codificare la precedente giurisprudenza. Così, invece, non è, a loro avviso, poiché il nuovo testo ha lasciato intatto il riferimento al "metodo" e vi ha aggiunto quello ai "soggetti appartenenti alle associazioni di cui all'art. 416-bis, c.p.", senza altro specificare. D'altronde, è evidente che una tale interpolazione testuale, se non funzionale all'ampliamento dell'area di penale rilevanza, sarebbe stata del tutto inutile, potendo giungersi al risultato interpretativo della "sentenza Lombardo" già in base al testo normativo anteriore. Peraltro, l'interpretazione sostenuta dagli ermellini non solo si coniuga senza forzature con la maggiore ampiezza semantica del nuovo testo normativo, ma, anche in chiave assiologica, risulta coerente con la natura di reato di pericolo della fattispecie incriminatrice in esame, rendendola maggiormente idonea ad impedire ogni tipo di contatto in ambito elettorale con soggetti intranei a sodalizi mafiosi, nella ragionevole probabilità che costoro, se sollecitati od assecondati a farlo, svolgano l'attività di orientamento del voto con le modalità comportamentali tipiche del loro status, derivando essenzialmente da quest'ultimo la loro capacità di condizionamento dell'altrui volontà. La modifica normativa del 2019, inoltre, è intervenuta anche su altri aspetti qualificanti della fattispecie. Anzitutto per quel che attiene alla remunerazione del mafioso. Secondo il testo previgente, infatti, essa consisteva nella "erogazione o (...) promessa di erogazione di denaro o di altra utilità". Oggi, invece, rileva anche il procacciamento di voti realizzato o promesso, in alternativa, "in cambio della disponibilità a soddisfare gli interessi o le esigenze dell'associazione mafiosa" da parte del candidato. Se, dunque, neppure nella vigenza del testo normativo precedente era necessario che la dazione o la promessa fossero effettuate in favore del clan mafioso nel suo complesso e non soltanto del singolo agente per conto di esso, non contenendo la legge l'indicazione di uno specifico destinatario, tanto deve ritenersi a maggior ragione in base alla norma attuale, in cui nulla è stato aggiunto in ordine al destinatario della prestazione e la disponibilità in favore della consorceria mafiosa nel suo complesso è prevista quale forma di remunerazione alternativa rispetto all'erogazione di denaro od alla relativa promessa. Infine, l'ulteriore *novum* normativo immediatamente incidente sulla vicenda in esame è quello relativo all'utilità oggetto dell'erogazione o della promessa in alternativa al danaro. Se il vecchio testo, infatti, parlava di "altra utilità", per il nuovo rileva, invece, "qualunque altra utilità". Anche questa interpolazione, altrimenti inutile, non può spiegarsi se non con l'intento del legislatore - in coerenza, del resto, con la ragione di tutto l'intervento normativo nel suo complesso - di ampliare il novero delle condotte penalmente significative, ricomprendendovi qualsiasi effetto vantaggioso e superando, quindi, la precedente giurisprudenza per la quale potevano rilevare, sotto il profilo in esame, soltanto i beni traducibili in valori di scambio immediatamente quantificabili in termini economici. Nessuna rilevanza può attribuirsi, a parere dei giudici, al fatto che la situazione vantaggiosa promessa avesse o meno un'effettiva e concreta probabilità di realizzazione, essendo sufficiente, ai fini del perfezionamento del reato, la serietà dell'impegno assunto dal promittente per la sua realizzazione.

Da qui il rigetto del ricorso e la conseguente condanna per legge alle spese di giudizio.

### I precedenti

Non si rinvengono precedenti conformi.  
Difformi: Cass. Pen., Sez. VI, 3 marzo 2016, n. 16397; Cass. Pen., Sez. II, 17 novembre 2023, n. 51659; Cass. Pen., Sez. VI, 12 dicembre 2022, dep. 2023, n. 15425, Lombardo, Rv. 284583.

### La dottrina

M. Dellagiacoma, *Il delitto di scambio elettorale politico-mafioso post 2019: quale pena per il politico e per l'esponente mafioso?*, in *Sist. pen.*, 2021, 5 ss.; G. Amarelli, *Scambio elettorale politico-mafioso: diagnosi di una legge sbagliata*, in questa *Rivista*, 2019, 1224; Id., *La contiguità politico-mafiosa. Profili politico-criminali, dommatici ed applicativi*, Roma, 2016; G. Panebianco, *La nuova configurazione del delitto di scambio elettorale politico mafioso: un precario equilibrio tra esigenze di tutela e garanzie penali*, in *Leg. pen.*, 18 ottobre 2019, 12; A. Cavaliere, *Lo scambio elettorale politico-mafioso*, in *I delitti contro l'ordine pubblico*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di S. Moccia, Napoli, 2006; M.T. Collica, *Scambio elettorale politico-mafioso: deficit di coraggio o questione irrisolvibile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 878 ss.; G. Fiandaca, *Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa. Una espansione incontrollata del concorso criminioso*, in *Foro it.*, 1996, pt. V, 127 ss.; C.F. Grosso, *Le contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa ed irrilevanza penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993.

## DELITTI CONTRO LA PERSONA

LO SFRUTTAMENTO DEL LAVORO PUNITO DALL'ART. 603-BIS C.P.  
NON SI APPLICA AL LAVORO INTELLETTUALE

Cassazione Penale, Sez. II, 28 novembre 2024 (ud. 18 settembre 2024), n. 43662 - Pres. Pellegrino - Rel. Florit - P.M. Sturzo (diff.) - Ric. A.A.

**Non è possibile configurare il reato previsto e punito dall'art. 603-bis c.p. in relazione ai rapporti contrattuali e al tipo di attività lavorativa di tipo intellettuale in quanto il dato testuale della norma preclude la sua applicazione a categorie di lavoro che, avvalendosi di prestazioni intellettuali, esulano in radice dalla categoria dei lavori manuali, siano essi in ambito agricolo, artigianale o industriale.**

### Il caso

Il Tribunale di Palermo, sezione del riesame, rigettava la richiesta di riesame proposta da A.A., confermando l'ordinanza del G.I.P. di Termini Imerese con cui era stata applicata nei confronti dell'indagata la misura cautelare degli arresti domiciliari per i reati di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (art. 603-bis c.p.) ed estorsione aggravata (art. 629 c.p.). In particolare, l'indagata, quale presidente del consiglio di amministrazione di una società cooperativa, esercente attività di istruzione secondaria, (i) sottoponeva i lavoratori a condizioni di sfruttamento approfittando dello stato di bisogno nonché (ii) costringeva taluni dipendenti a restituire la retribuzione ricevuta ovvero a lavorare sottopagati con minaccia consistita nel

# Osservatori

prospettarne la mancata riassunzione in occasione di successivi rinnovi contrattuali. La difesa dell'imputata presentava ricorso per cassazione avverso l'ordinanza adducendo cinque motivi di gravame, ed in particolare, ai fini che qui specificamente interessa rilevare, con il secondo motivo, contestava l'analisi della struttura del reato di cui all'art. 603-bis c.p. sotto il profilo dell'elemento dello stato di bisogno e dello sfruttamento. Secondo la prospettazione del ricorrente la ricerca del punteggio scolastico non costituisce un elemento strutturale dello stato di bisogno, quanto l'obbiettivo principale della scelta di insegnamento nell'istituto privato da parte del lavoratore. Inoltre, la paventata crisi economica ed occupazionale del territorio costituiva un argomento spurio, atteso che la crisi occupazionale è situazione "tipica dell'intera società statale", a differenza dello stato di bisogno che, invece, deve riferirsi al singolo lavoratore. Da tale operazione ermeneutica è conseguito - sempre secondo la prospettazione difensiva - un'indebita estensione della fattispecie.

## La decisione

La II Sezione penale della Corte di cassazione, accogliendo parzialmente il ricorso, ha escluso la sussistenza del reato di cui all'art. 603-bis c.p., allorché le condotte sanzionate dalla disposizione incriminatrice incidano - come nel caso trattato in sede d'incidente cautelare - sul lavoro intellettuale, come nel caso di specie, trattandosi di insegnanti assunti presso una società cooperativa. L'approdo della Corte si fonda, in primo luogo, su un'esegesi teleologica e genetica dell'art. 603-bis c.p., che è stato introdotto con l'art. 12, D.L. 13 agosto 2011, n. 138, conv. dalla L. 14 settembre 2011, n. 148, quale risposta al sempre più allarmante fenomeno del caporalato agricolo soprattutto nelle campagne meridionali. Anche per tale ragione la fattispecie tipica confina la risposta penale al solo lavoro manuale. La fattispecie, infatti, è stata introdotta per rispondere alla necessità di reprimere "il fenomeno del caporalato nel mercato del lavoro dei braccianti agricoli", rilevando come anche il successivo ampliamento della fattispecie (volto a estendere la punibilità alle condotte d'impiego della manodopera e non solo quelle d'intermediazione) sia stato inserito in una legge dedicata sempre al settore agricolo. Valorizzando la *ratio legis* unitamente alla collocazione della norma in un "tessuto normativo costituito da reati come la riduzione in schiavitù, la tratta di persone, il traffico di organi prelevati da persone vive (oltre che prostituzione e pornografia minorile), vale a dire reati che colpiscono, su una scala elevatissima, la 'personalità' individuale, fino al punto di annullarla", la Corte giunge a ritenere che la disposizione incriminatrice non possa utilizzarsi per punire fattispecie originariamente non ipotizzate dal Legislatore, come sarebbe confermato anche dal dato testuale, che precluderebbe "l'applicazione della norma a categorie di lavoro che, avvalendosi di prestazioni intellettuali, esulano in radice dalla categoria dei lavori manuali". I giudici di legittimità fanno leva, in particolare, sulla nozione di "manodopera", categoria cui la norma correla lo sfruttamento e l'illecita intermediazione, che rappresenta, a loro parere, un termine semanticamente legato alla manualità e generalmente riferito alla prestazione di lavoro "privo di qualificazione" (tanto che, ove le qualità manuali e realizzative aumentino, si parla di "manodopera specializzata"). La Suprema Corte osserva che il termine manodopera descriverebbe un'attività collettiva all'interno della quale "l'individuo e le sue capacità perdono significato a fronte della potenzialità produttiva che il gruppo di lavoratori può esprimere". La Sez. II osserva come il lavoro intellettuale - tanto se esercitato nella forma subordinata quanto se svolto in regime libero

professionale - avrebbe caratteristiche tutt'affatto diverse, dal momento che "l'intelletto e il suo uso costituiscono elemento identitario ed individualizzante che non può essere svilito, disperdendolo nella categoria generica della manodopera". La Corte, dunque, esclude dall'ambito di operatività della fattispecie l'area del lavoro intellettuale. I giudici di legittimità, si soffermano però anche sugli elementi strutturali della fattispecie, rappresentati dallo "stato di bisogno" e dallo "sfruttamento dei lavoratori". Quanto al primo, la Corte stigmatizza la genericità che caratterizza la motivazione dell'ordinanza, declassando l'identificazione dello stato di bisogno nel "generale contesto di crisi occupazionale" ad una "mera condizione sociologica, inutilizzabile in questa sede per la sua vaghezza". Quanto, invece, al secondo elemento, la censura atiene non tanto al profilo definitorio, quanto piuttosto all'iter motivazionale impiegato per ritenere integrata l'ipotesi dello sfruttamento. La Corte, infatti, ritiene che, alla luce di alcuni indici evidenziati dalla difesa (un orario giornaliero estremamente ridotto e l'interesse dei lavoratori a "totalizzare" un numero elevato di giornate per ottenere una collocazione migliore in graduatoria), andasse verificato se la sottoscrizione dei contratti, lungi dall'essere indotta dallo stato di bisogno, "non corrispondesse ad una scelta di opportunità dei singoli docenti, attratti dalla prospettiva di acquisire punteggio a fronte di un impegno lavorativo minimale se non simulato". Da qui l'annullamento, senza rinvio, in relazione al reato di cui all'art. 603-bis c.p. perché il fatto non sussiste e con rinvio al Tribunale di Palermo, in relazione al reato di cui all'art. 629, commi 1 e 2, c.p. per nuovo giudizio sul punto.

## I precedenti

Non si rinvennero precedenti specifici.

## La dottrina

A. Lucifora, *Lo sfruttamento del lavoro. La costruzione del "tipo" tra istanze di determinatezza e obblighi sovranazionali di tutela*, Torino, 2024; A. di Martino, *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, Bologna, 2019; Id., *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi fra diritto nazionale e orizzonti internazionali*, in *Arch. pen.*, 1, 2019; Id., *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, in *Arch. pen.*, 3, 2018, 11 ss.; A. Merlo, *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro e del caporalato dai braccianti ai riders*, Torino, 2020; S. Seminara, *Nuove schiavitù e società "civile": il reato di sfruttamento del lavoro*, in questa *Rivista*, 2021, 142; G. Morgante, *Caporalato, schiavitù e crimine organizzato verso corrispondenze (quasi) biunivoche*, in *Giur. it.*, 2018, 1703 ss.

## DELITTI CONTRO IL PATRIMONIO

NEL FURTO LIEVE PER BISOGNO LA TENUITÀ DEL VALORE VA VALUTATA NON IN SENSO ASSOLUTO

**Cassazione Penale, Sez. IV, 15 novembre 2024 (ud. 24 ottobre 2024), n. 41977 - Pres. Dovere - Rel. Bruno - P.G. (diff.) - Ric. A.A.**

**In caso di furto lieve per bisogno la valutazione circa la tenuità del valore non deve essere effettuata in senso assoluto, ma relativo, tenendo conto dell'utilizzazione della cosa sottratta che l'agente si era preposto o ha realizzato.**

## Il caso

La Corte d'Appello di Milano confermava la pronuncia del Tribunale di Monza con cui la ricorrente era condannata, previa concessione delle circostanze attenuanti generiche equivalenti alla contestata recidiva, alla pena ritenuta di giustizia per il reato di tentato furto all'interno di un supermercato, avente ad oggetto 2 pezzi di formaggio, 2 salami, un gel per capelli ed una confezione di siringhe, merce del valore di euro 38,94. Avverso la decisione della Corte d'Appello proponeva ricorso per cassazione l'imputata, a mezzo del difensore, articolando i seguenti motivi di doglianza. L'imputata lamentava, oltre al mancato riconoscimento dell'attenuante dello stato di necessità, posto che la donna era da tempo in stato di grave condizione di debolezza e malnutrizione tali da configurare la sussistenza di un pericolo attuale, non altrimenti evitabile, di danno alla persona; anche la mancata riqualificazione del fatto come "furto minore", ex art. 626, comma 1, n. 2, c.p., nonché la mancata applicazione della circostanza attenuante di cui all'art. 62, n. 4, c.p., posto che la merce oggetto di furto venne subito restituita al proprietario; detta circostanza avrebbe carattere oggettivo e richiederebbe che sia considerato non solo il valore della cosa sottratta, ma anche il pregiudizio arrecato alla persona offesa.

## La decisione

La IV Sezione penale della Suprema Corte di cassazione ha ritenuto fondato il secondo motivo di doglianza, riguardante la qualificazione giuridica del fatto ascritto alla imputata. Preliminarmente gli ermellini rilevano come, in merito al mancato riconoscimento della scriminante dello stato di necessità, va escluso che la situazione di grave e conclamata indigenza sia di per sé idonea ad integrare la scriminante dello stato di necessità per difetto degli elementi dell'attualità e dell'inevitabilità del pericolo, in quanto alle esigenze delle persone che versano in tale stato è possibile provvedere per mezzo degli istituti di assistenza sociale. Analogamente, si è sottolineato che l'esistenza in oggetto postula il pericolo attuale di un danno grave alla persona, non scongiurabile se non attraverso l'atto penalmente illecito, e non può quindi applicarsi a reati provocati da uno stato di bisogno, qualora ad esso possa comunque avviarsi attraverso comportamenti non criminalmente rilevanti. Nella fattispecie, la ricorrente si era limitata a dedurre l'esistenza di un proprio stato di indigenza, che, sebbene grave, avrebbe potuto essere fronteggiato mediante la fruizione dei servizi di assistenza sociale. Per quanto attiene al mancato riconoscimento dell'attenuante ex art. 62, comma 1, n. 4, c.p., la valutazione del danno patrimoniale deve essere fatta attraverso una prognosi postuma *ex ante*, alla luce delle modalità della condotta e di ogni altra ulteriore acquisizione probatoria, verificando il valore della cosa che avrebbe formato oggetto della sottrazione se l'evento si fosse verificato. L'attenuante trova poi applicazione solo ove la cosa sottratta abbia un valore modestissimo, pressoché irrisorio. Nella specie i giudici di merito avevano rilevato come il valore della merce, di

circa 39 euro, non potesse essere considerato come irrisorio; è inoltre del tutto irrilevante il fatto che la merce fosse stata, in seguito, restituita al proprietario. Infatti, ai fini della configurabilità della circostanza attenuante del danno di particolare tenuità del delitto di furto, l'entità del pregiudizio deve essere commisurata al valore della cosa al momento della consumazione del reato, essendo irrilevanti le vicende successive alla integrazione della attenuante. I giudici di legittimità hanno invece ritenuto fondato il rilievo formulato in merito alla sussistenza del furto lieve per bisogno, in quanto, secondo consolidata giurisprudenza, detta fattispecie è configurabile nei casi in cui la cosa sottratta sia di tenue valore in senso oggettivo, avuto riguardo all'utilizzo che l'agente si era preposto o che ha realizzato con essa per soddisfare al minimo una grave ed urgente necessità. Il bisogno può essere definito "grave" quando dal suo mancato soddisfacimento potrebbe derivare un danno rilevante ed è urgente quando non può essere differito il soddisfacimento senza danno o pericolo. Con riferimento al caso in esame i giudici del merito hanno escluso la riconducibilità della condotta della ricorrente ad una ipotesi di furto minore (art. 625, comma 1, n. 2, c.p.), limitandosi a considerare il valore non tenue dei beni, il quale, secondo la motivazione, deve essere determinato senza avere riguardo al danno cagionato alla persona offesa o al valore effettivo, così discostandosi dall'insegnamento di cui sopra, alla luce del quale viene in rilievo anche la natura dei beni sottratti al fine di accertare l'utilizzo e l'eventuale loro finalizzazione al soddisfacimento di una grave ed urgente necessità. La Suprema Corte precisa che "il grave ed urgente bisogno" cui si riferisce il testo della norma di cui all'art. 626 c.p. ha riguardo a situazioni che ineriscono al soddisfacimento di esigenze primarie della persona, che non attengono solo alla sua sopravvivenza, come nel caso di furto di generi alimentari, ma anche all'igiene o alla salute. Ebbene, la motivazione della sentenza di merito è stata ritenuta dai giudici di legittimità *in parte qua* non sufficientemente argomentata alla luce dei criteri ermeneutici di cui si è detto, e, dunque, è stata annullata con rinvio ad altra sezione della Corte di appello di Milano per nuovo giudizio.

## I precedenti

Conformi: Cass. Pen., Sez. V, 24 novembre 2014, n. 48732, Santoro, Rv. 261231; Cass. Pen., Sez. II, 30 ottobre 2012, n. 42375.

Non si rinvencono precedenti difforni.

## La dottrina

R. Bartoli, *Delitti contro il patrimonio*, in *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, in R. Bartoli - M. Pelissero - S. Seminara, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino, 2024, 299 s.; G. Dodaro, *Furto*, in D. Pulitanò (a cura di), *Diritto penale. Parte Speciale*, II, *Tutela penale del patrimonio*, Torino, 2013, 79 ss.; F. Mantovani, voce *Furto*, in *Dig. pen.*, V, Torino, 1991; Id., *Patrimonio (delitti contro il)*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990.

# Osservatorio Corte di cassazione - Processo penale

a cura di Katia La Regina

## GIUDICE

### INTERCETTAZIONI E INCOMPATIBILITÀ

Cassazione Penale, Sez. VI, 17 novembre 2024 (ud. 10 ottobre 2024), n. 41485 - Pres. De Amicis - Rel. Pacilli - P.M. Cimmino (diff.) - Ric. L.R.A e altri

**Costituisce causa di incompatibilità con la funzione di giudice dell'udienza preliminare l'aver autorizzato l'intercettazione o la proroga dell'attività captativa, quale giudice delle indagini preliminari, trattandosi di attività che comporta una valutazione contenutistica dell'ipotesi accusatoria.**

### Il caso

Con ordinanza la Corte d'Appello ha accolto l'istanza di riconsuazione proposta dalla Direzione Distrettuale Antimafia nei confronti del Presidente del Collegio deputato alla trattazione del processo nel quale erano confluiti tre procedimenti in cui il medesimo Presidente, in qualità di Giudice per le indagini preliminari, aveva autorizzato intercettazioni.

Avverso l'ordinanza ha proposto ricorso per cassazione il difensore dei ricorrenti, deducendo la violazione degli artt. 17, 19, 34, comma 2-bis, c.p.p. e l'illogicità della motivazione. La Corte territoriale, nella valutazione dell'incompatibilità del Presidente del Collegio, avrebbe valutato in maniera erronea taluni provvedimenti asseritamente implicanti l'esame del merito della regiodicanda, emessi quale Giudice per le indagini preliminari.

### La decisione

La Corte di cassazione, ritenendo l'inammissibilità del ricorso, ha condannato i ricorrenti al pagamento delle spese processuali e di una somma in favore della Cassa delle Ammende. Il Supremo Collegio preliminarmente osserva che, per legittimare la compressione di un diritto di rilievo anche costituzionale, quale quello alla segretezza delle comunicazioni, il Giudice per le indagini preliminari è tenuto a verificare, tra l'altro alla luce degli elementi acquisiti e dedotti dal P.M. a sostegno della richiesta di intercettazione o di proroga, la sussistenza o la persistenza di gravi indizi di reato (art. 267 c.p.p.), ovvero, nelle ipotesi di cui all'art. 13, L. n. 203/1991, di sufficienti indizi di reato.

Trattasi, con ogni evidenza, di attività non assimilabile in alcun modo alle ipotesi di deroga all'incompatibilità, elencate ai commi 2-ter e 2-quater dell'art. 34 c.p.p., proprio perché caratterizzata da una valutazione contenutistica dell'ipotesi accusatoria, operata nel medesimo procedimento (pur se al solo fine di autorizzare le captazioni e pur se non necessariamente ancorata all'individuazione delle responsabilità di un determinato soggetto). Valutazione, questa, che, invece,

manca totalmente nelle fattispecie di cui ai commi 2-ter e 2-quater dell'art. 34 c.p.p.

Il Giudice per le indagini preliminari che autorizza l'intercettazione o la proroga dell'attività captativa non si limita ad un intervento di natura formale, o comunque estraneo all'oggetto dell'imputazione; né si limita a "conoscere" il contenuto degli atti procedurali acquisiti a sostegno di un'ipotesi accusatoria. Egli è, infatti, tenuto a una delibazione delle risultanze allegare a sostegno della richiesta, in funzione squisitamente valutativa della configurabilità, su quelle basi, di gravi (o sufficienti) indizi del reato ipotizzato dal P.M. richiedente.

Nel caso in esame, la Corte d'Appello ha evidenziato che i provvedimenti, analiticamente indicati nell'ordinanza impugnata, emessi in qualità di Giudice per le indagini preliminari nell'ambito di tre dei quattro procedimenti riuniti al momento della richiesta di rinvio a giudizio, erano connotati da valutazioni di merito convergenti o, comunque, direttamente collegate all'oggetto delle attuali imputazioni sottoposte al vaglio della medesimo giudice quale Presidente del Collegio giudicante, assumendo, pertanto, significato pregiudicante in rapporto non soltanto a specifiche contestazioni ma essenzialmente alla contestazione associativa di tipo mafioso.

Alla luce di quanto precede il Collegio, quindi, ritiene che non possa dubitarsi dell'esercizio da parte del Giudice per le indagini preliminari di attività comportanti valutazioni di merito delle questioni oggetto del giudizio, dovendosi aggiungere che, contrariamente a quanto dedotto dai ricorrenti, non ha rilievo la mera diversità del numero di ruolo del procedimento, in cui erano confluiti quelli in cui il Giudice per le indagini preliminari aveva esercitato le funzioni, così come la dedotta natura unitaria del procedimento, in assenza di ulteriori specifici elementi idonei a fare ritenere sussistente, in senso sostanziale, un nuovo e diverso procedimento.

### I precedenti

Nello stesso senso, Cass. Pen., Sez. II, 28 novembre 2018, n. 55231, in *CED*, n. 274300; isolatamente, in senso difforme, Cass. Pen., Sez. I, 8 aprile 2013, n. 27838, *ivi*, n. 256074, secondo cui non costituisce causa di incompatibilità a comporre il collegio del Tribunale del riesame l'aver autorizzato, quale giudice delle indagini preliminari, la proroga delle intercettazioni telefoniche, trattandosi di attività che non comporta valutazioni incidenti sul merito delle questioni oggetto del giudizio.

### La dottrina

D. Carcano, *L'incompatibilità del giudice penale, l'astensione e la riconsuazione*, in AA.VV., *Il giudice unico. Le nuove norme ordinamentali, civili, processuali e amministrative*, Milano, 2000, 299 ss.; G. Di Chiara, *L'impatto del "nuovo" art. 34 c. 2-ter c.p.p. sulle fisionomie dell'incompatibilità endoprocesuale*, in F. Peroni (a cura di), *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, Padova, 2000, 173 ss.; P.P. Rivello, *Incompatibilità, astensione e riconsuazione nel processo penale:*

*delimitazione delle fattispecie; nuove norme in tema di giudice unico; effetti processuali derivanti dalla violazione della disciplina, in Riv. it. dir. proc. pen., 1999, 1359 ss.*

## AVVISO DI CONCLUSIONE DELLE INDAGINI

PRESENTAZIONE DELLA RICHIESTA DI INTERROGATORIO: MODALITÀ E CONDIZIONI

**Cassazione Penale, Sez. II, 15 novembre 2024 (ud. 2 ottobre 2024), n. 41961 - Pres. Pellegrino - Rel. Calvisi - P.M. Gargiulo (diff.) - Ric. A.S.**

**La richiesta di interrogatorio fatta dall'indagato, che ha ricevuto l'avviso di conclusione delle indagini preliminari, può essere trasmessa al P.M. anche mediante fax, purché la sottoscrizione sia autenticata dal difensore o da altro pubblico ufficiale abilitato.**

### Il caso

La Corte d'Appello riformava solo in punto di quantificazione del danno patito dalla parte civile la sentenza con la quale A.S. era stato condannato per i reati di rapina e lesione personale. Avverso detta sentenza propone ricorso per cassazione l'imputato, per il tramite del suo difensore, deducendo, tra l'altro, inosservanza di norme processuali stabilite a pena di nullità, con riferimento all'art. 415-bis c.p.p. Nonostante l'imputato, nel corso delle indagini preliminari, avesse chiesto di essere interrogato, tale richiesta non era stata accolta sul rilievo che non vi era certezza della sua provenienza, poiché la stessa era stata trasmessa via fax, priva dell'autenticazione della sottoscrizione e di allegato documento d'identità. Secondo la difesa, invece, nessuna norma impone l'autenticazione della sottoscrizione dell'indagato apposta in calce alla richiesta di essere sottoposto a interrogatorio.

### La decisione

La Corte di cassazione ha dichiarato inammissibile il ricorso, condannando il ricorrente al pagamento delle spese processuali e di una somma in favore della Cassa delle Ammende. Il Supremo Collegio muove dalla ricostruzione degli approdi cui la giurisprudenza è giunta in materia di richiesta di interrogatorio trasmessa al p.m. mediante telegramma o lettera raccomandata.

In un caso di richiesta trasmessa con una lettera raccomandata sottoscritta dall'indagato e autenticata dal difensore, il P.M., anziché procedere agli adempimenti impostigli dal combinato disposto dall'art. 415-bis c.p.p. e art. 552, comma 2, c.p.p., e quindi invece di invitare l'indagato a rendere l'interrogatorio ai sensi dell'art. 375, comma 3, c.p.p., con provvedimento a margine dell'istanza, l'ha dichiarata irricevibile per violazione dell'art. 153 c.p.p. Investiti della relativa eccezione, i giudici di merito hanno ritenuto a loro volta la irrivalenza della istanza per violazione dell'art. 121 c.p.p., atteso che questa norma impone il deposito in cancelleria per ogni presentazione di istanze o memorie.

Contro questa impostazione, si osserva che il richiamo dell'art. 121 c.p.p., non è pertinente, perché riguarda soltanto le memorie e le richieste da presentare al giudice che appunto vanno depositate in cancelleria. Più pertinente sembra la disposizione dell'art. 153 c.p.p., che disciplina le notificazioni e le comunicazioni al pubblico ministero. Ma è agevole osservare che le

“comunicazioni”, di cui al comma 2 dell'art. 153 c.p.p., hanno per oggetto solo gli atti e i provvedimenti del giudice da portare a conoscenza del pubblico ministero. Mentre le “notificazioni”, da eseguirsi “mediante consegna di copia dell'atto in segreteria” - come prescrive il comma 1 - ad avviso del Collegio, non riguardano gli atti di parte direttamente indirizzati al pubblico ministero, dei quali non ha alcun senso fare copia per trasmetterli alla conoscenza della c.d. parte pubblica. Così, a nessuno può venire in mente che la richiesta della persona offesa di essere informata della eventuale richiesta di archiviazione (art. 408 c.p.p.), non possa essere presentata al pubblico ministero anche contestualmente alla denuncia-querela, con sottoscrizione autenticata, spedita a mezzo posta con piego raccomandato (come prevede l'art. 337, comma 1, c.p.p.), ovvero successivamente alla denuncia-querela, con ulteriore scritto spedito per posta raccomandata. Analoga conclusione deve adottarsi per la richiesta di essere sottoposto a interrogatorio, che spetta all'indagato a mente dell'art. 415-bis, comma 3, c.p.p., atteso che sarebbe evidentemente assurdo che essa dovesse essere notificata ai sensi dell'art. 153 c.p.p., “mediante consegna di copia dell'atto in segreteria”. Non v'è quindi alcuna ragione testuale o dommatica per cui la richiesta di interrogatorio di cui trattasi non possa essere trasmessa al pubblico ministero anche mediante telegramma o lettera raccomandata, purché la sottoscrizione dell'indagato sia autenticata dal difensore o da altro pubblico ufficiale abilitato, così come previsto per la proposizione dell'atto di impugnazione dall'art. 583 c.p.p. Evidentemente, l'ordinamento considera che anche in tal modo sia assicurata da una parte l'identificazione del soggetto privato legittimato all'atto (di richiesta o di impugnazione), e dall'altra la conoscenza dell'atto stesso da parte dell'organo destinatario (rispettivamente pubblico ministero o giudice emittente del provvedimento impugnato).

Osserva il Collegio che, nel caso di specie, concernente la trasmissione della richiesta di interrogatorio a mezzo fax, vengono in rilievo, esattamente come per l'invio della richiesta per mezzo di telegramma o di lettera raccomandata, le medesime esigenze di assicurare, da un lato, l'identificazione del soggetto privato (la persona sottoposta alle indagini) legittimato a effettuare la richiesta di essere interrogato, e, dall'altro, la conoscenza della richiesta da parte dell'organo destinatario (il pubblico ministero). Orbene, risulta del tutto evidente che tale esigenza può essere soddisfatta, come per i casi di invio della richiesta per mezzo di telegramma o con lettera raccomandata, esclusivamente con l'autenticazione della sottoscrizione della richiesta da parte del difensore o di altro pubblico ufficiale abilitato.

Si ritiene, pertanto, che la Corte territoriale abbia correttamente rigettato l'eccezione della difesa dell'imputato - che aveva avanzato richieste di declaratoria di nullità della sentenza di primo grado e della richiesta di rinvio a giudizio poiché non preceduta dall'interrogatorio dell'indagato ritualmente richiesto - rilevando che la richiesta di interrogatorio era stata inviata al pubblico ministero via fax con sottoscrizione priva di autenticazione da parte del difensore o di altro pubblico ufficiale abilitato e osservando che solo con l'autenticazione della sottoscrizione sarebbe stata assicurata l'identificazione del soggetto privato legittimato a formulare la richiesta.

### I precedenti

Con riferimento alla richiesta trasmessa tramite telegramma o lettera raccomandata, nello stesso senso, Cass. Pen., Sez. VI, 18 settembre 2018, n. 50087, in *CED*, n. 274506; Cass. Pen., Sez. III, 2 dicembre 2008, n. 2109, *ivi*, n. 242273.

**La dottrina**

T. Bene, *L'avviso di conclusione delle indagini*, Napoli, 2004, *passim*; G. Casartelli, *Nuove garanzie difensive nelle indagini preliminari. L'avviso all'indagato della conclusione delle indagini*, in AA.VV., *Giudice unico e garanzie difensive. La procedura penale riformata*, Milano, 2000, 79; L. landoli Pisanelli, *L'avviso di conclusione delle indagini preliminari*, Milano, 2005, *passim*; F. Verdoliva, *L'avviso all'indagato della conclusione delle indagini*, L. Kalb (a cura di), *Le recenti modifiche al codice di procedura penale. Commento alla Legge 16 dicembre 1999, n. 479 (c.d. legge Carotti). Le innovazioni in tema di indagini e di udienza preliminare*, Milano, 2000, 91 ss.

**APPLICAZIONE DELLA PENA SU RICHIESTA DELLE PARTI**

PATTEGGIAMENTO SULLA APPLICAZIONE DELLA SANZIONE AMMINISTRATIVA ACCESSORIA: IRRILEVANZA DELL'ACCORDO

**Cassazione Penale, Sez. IV, 6 novembre 2024 (ud. 17 ottobre 2024), n. 40727 - Pres. Ciampi - Rel. Lauro - P.M. Gaeta (parz. diff.) - Ric. P.G. in proc. C.V.**

**In tema di patteggiamento, la clausola che determini il contenuto e la durata delle sanzioni amministrative accessorie deve ritenersi come non apposta, non essendo la loro applicazione nella disponibilità delle parti.**

**Il caso**

Il Giudice per le indagini preliminari ha applicato a C.V. la pena di mesi due e giorni venti di arresto, oltre che euro 1.000,00 di ammenda (sostituita con i lavori di pubblica utilità), nonché la pena accessoria della sospensione della patente di guida per mesi sei. La pena è stata applicata per il reato di cui agli artt. 186, comma 2, lett. c) e comma 2-sexies, c. str.

Avverso tale sentenza ha proposto ricorso per cassazione il Procuratore Generale della Corte d'Appello, deducendo violazione di legge, per non avere il giudice applicato la sanzione accessoria della sospensione della patente di guida nella dovuta misura di legge, ovvero in misura non inferiore ad anni uno.

**La decisione**

La Corte di cassazione, riconosciuta la fondatezza del ricorso, ha annullato la sentenza senza rinvio, ai sensi dell'art. 620, comma 1, lett. l), c.p.p., e ha rideterminato la durata della sospensione della patente nella misura di anni uno, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, e tenuto conto delle statuizioni del giudice di merito.

Come emerge dalla sentenza impugnata, il fatto attribuito a C.V. è stato qualificato ai sensi dell'art. 186, comma 2, lett. c), c. str., poiché è stato accertato un tasso alcolemico superiore a 1,5 grammi per litro. All'accertamento di tale fattispecie di reato conseguono in ogni caso la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida da uno a due anni. Tali previsioni, secondo quanto dispone l'art. 186, comma 2-*quater*, c. str. sono destinate ad operare anche in caso di applicazione della pena su richiesta delle parti.

Conseguentemente, nell'applicare la sanzione nella misura di sei mesi (la misura minima prevista per l'ipotesi di cui alla lettera b) dell'art. 186 c. str.), la sentenza impugnata ha integrato la violazione di legge dedotta con il ricorso, a nulla rilevando la circostanza che la durata della sanzione fosse stata, o meno, oggetto dell'accordo tra le parti. A tal proposito, infatti, è consolidato l'orientamento secondo cui la clausola con cui le parti

concordano la durata delle sanzioni amministrative accessorie deve ritenersi come non apposta, non essendo l'applicazione di dette sanzioni nella loro disponibilità, e ciò anche a seguito della modifica dell'art. 444, comma 1, c.p.p., introdotta dall'art. 25, comma 1, lett. a), n. 1, D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, che ha previsto la possibilità di richiedere al giudice di non applicare le pene accessorie o di applicarle per una durata determinata.

**I precedenti**

In relazione al nuovo testo dell'art. 444 c.p.p., nello stesso senso, Cass. Pen., Sez. IV, 10 gennaio 2024, n. 3414, non massimata; Cass. Pen., Sez. IV, 14 novembre 2023, n. 48556, in *CED*, n. 285426. In precedenza, Cass. Pen., Sez. F, 20 agosto 2020, n. 24023, *ivi*, n. 279635; Cass. Pen., Sez. IV, 26 febbraio 2016, n. 39075, *ivi*, n. 267978; Cass. Pen., Sez. IV, 10 gennaio 2014, n. 18538, *ivi*, n. 259209.

**La dottrina**

F. E. Manfrin, *L'applicazione della confisca e delle pene accessorie nel patteggiamento a seguito della riforma Cartabia*, in D. Vigoni (a cura di), *Il sistema multipolare dei procedimenti speciali in materia penale: l'evoluzione e le criticità*, Torino, 2024, 96 ss.; E. Marzaduri, *Disciplina delle pene accessorie ed applicazione della pena su richiesta delle parti nella l. 9 gennaio 2019 n. 3*, in *Legisl. pen.*, 17 settembre 2019, 1 ss.; M.T. Sturla, *Patteggiamento e nuove premialità. La negoziabilità delle pene accessorie*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2023, 450 ss.

**REVISIONE**

PROVE NUOVE: CRITERI DI VALUTAZIONE AI FINI DELL'AMMISSIBILITÀ DELLA RICHIESTA

**Cassazione Penale, Sez. II, 19 novembre 2024 (ud. 13 novembre 2024), n. 42366 - Pres. Pellegrino - Rel. Turtur - P.M. Giorgio (conf.) Ric. S. A. G.**

**L'inammissibilità della richiesta di revisione ai sensi dell'art. 634 c.p.p. sussiste quando le ragioni poste a suo fondamento risultano, all'evidenza, inidonee a consentire una verifica circa l'esito del giudizio.**

**Il caso**

La Corte d'Appello ha dichiarato inammissibile l'istanza di revisione proposta nell'interesse di S. A. G., attraverso la quale veniva evidenziata l'emersione di elementi estranei e sopravvenuti rispetto al dedotto e al deducibile e che, nella prospettazione difensiva, dovevano condurre al superamento della decisione.

Contro il provvedimento S. A. G. propone ricorso per cassazione a mezzo del proprio difensore, deducendo violazione di legge, erronea interpretazione della legge penale nonché vizio di motivazione, manifestamente illogica in relazione agli artt. 127 e 634 c.p.p., stante l'emersione di una prova nuova, capace di compromettere la tenuta del giudicato. La difesa deduce, inoltre, il superamento dei limiti relativi al vaglio preliminare di ammissibilità quanto alla conferenza della nuova prova, avendo il provvedimento anticipato indebitamente il giudizio di merito.

**La decisione**

La Corte di cassazione ha dichiarato inammissibile il ricorso, condannando il ricorrente al pagamento delle spese processuali e di una somma in favore della Cassa delle Ammende.

Premette il Supremo Collegio che caratteristica peculiare del giudizio di revisione è quella della distinzione logico-funzionale tra la fase rescindente - che ha ad oggetto la preliminare deliberazione sulla non manifesta infondatezza della richiesta, da valutarsi apprezzando l'astratta capacità demolitoria del giudicato da parte del *novum* dedotto - e quella successiva, c.d. rescissoria, che si instaura mediante la citazione del condannato e nella quale il giudice è tenuto a procedere alla celebrazione del giudizio con le forme e le modalità di assunzione della prova nel contraddittorio proprie del dibattimento. La valutazione preliminare circa l'ammissibilità della richiesta, quando abbia ad oggetto "prove nuove", "implica la necessità di una comparazione tra le prove nuove e quelle già acquisite che deve ancorarsi alla realtà del caso concreto e che non può, quindi, prescindere dal rilievo di evidenti segni di inconferenza o inaffidabilità della prova nuova, purché, però, riscontrabili *ictu oculi*" (cfr., Cass. pen., Sez. VI, 30 gennaio 2014, n. 20022, in *CED*, n. 259779; Cass. Pen., Sez. II, n. 49113, 16 ottobre 2013, *ivi*, n. 257496): ciò è quanto avvenuto nel caso in esame dove la Corte d'Appello ha dato atto dell'inconferenza della nuova prova, dell'evidente strumentalità e della sua totale inaffidabilità in mancanza di chiare indicazioni sui tempi di emersione e sulle modalità di apprensione di tali elementi i quali avrebbero potuto entrare nel giudizio in modo ordinario, attesa l'epoca di emersione della prova; in tal senso è stata, in modo logico ed argomentato, esclusa qualsiasi possibile incidenza e capacità del "*novum*" a scalfire il compendio probatorio sulla base del quale è stata ritenuta la responsabilità del ricorrente per il delitto ascritto.

In altri termini - prosegue il Collegio - il compito affidato al giudice della revisione nella fase rescindente è quello di valutare in astratto, e non in concreto, la sola idoneità dei nuovi elementi dedotti a dimostrare ove eventualmente accertati - che il condannato, attraverso il riesame di tutte le prove, unitamente a quella *noviter producta*, debba essere prosciolto a norma degli artt. 529, 530 e 531 c.p.p.

Tale valutazione preliminare, tuttavia, pur operando sul piano astratto riguarda pur sempre la capacità dimostrativa delle prove vecchie e nuove a ribaltare il giudizio di colpevolezza nei confronti del condannato e, quindi, concerne la stessa valutazione del successivo giudizio di revisione, pur senza gli approfondimenti richiesti in tale giudizio, dovendosi ritenere preclusa, *in limine*, una penetrante anticipazione dell'apprezzamento di merito, riservato, invece, al vero e proprio giudizio di revisione, da svolgersi nel contraddittorio delle parti.

Da queste premesse discende la definizione del perimetro del giudizio di inammissibilità della richiesta di revisione per manifesta infondatezza, ai sensi dell'art. 634 c.p.p., che potrà essere pronunciata solo quando le ragioni poste a suo fondamento risultano, all'evidenza, inidonee a consentire una verifica circa l'esito del giudizio.

La lettura - prosegue il Collegio - trova la sua ragion d'essere nella ricordata peculiarità del rimedio della revisione, teso a rimuovere una decisione passata in giudicato, rispetto al quale il vizio di manifesta infondatezza previsto dall'art. 634 c.p.p. quale causa di inammissibilità della relativa richiesta, deve essere collegato alla palese inidoneità delle ragioni poste a sostegno della richiesta ad accedere al giudizio di revisione; ciò

in base ad una deliberazione nella quale non possono assumere rilevanza regole di giudizio appartenenti alla fase del merito poiché, diversamente opinando, ne deriverebbe un'indebita sovrapposizione tra momenti procedurali che il legislatore ha inteso tenere del tutto differenziati: il primo, quale filtro necessario per evitare la proposizione di istanze pretestuose e palesemente infondate, così da evitare un'inutile dispendio di attività giurisdizionale; il secondo, volto a garantire al ricorrente l'acquisizione nel contraddittorio delle parti delle prove in astratto in grado di sovvertire l'esito del giudizio già concluso. Indispensabile, al fine di procedere al giudizio di ammissibilità dell'istanza, risulta quindi la comparazione tra le prove poste a fondamento della decisione affermativa della responsabilità del condannato e le prove dedotte a sostegno dell'istanza di revisione. Secondo quanto è dato desumere dagli atti, i giudici di merito sono pervenuti all'affermazione della penale responsabilità sulla base di un corposo ed univoco compendio probatorio per nulla scalfito dalla allegazione del ricorrente, del tutto generica anche in questa sede, non confrontandosi con le considerazioni effettivamente svolte nell'ambito del provvedimento impugnato. La Corte d'Appello ha ampiamente motivato in tal senso e con tale motivazione il ricorrente non si confronta. Né d'altra parte il ricorrente ha allegato di avere incolpevolmente scoperto tale prova dopo che la sentenza a suo carico è divenuta definitiva. In altri termini non si può considerare nuova la prova che sarebbe stata deducibile e non è stata dedotta nell'ambito del suddetto procedimento, salvo che l'interessato dimostri l'impossibilità di tempestiva deduzione per forza maggiore (cfr., in diversa fattispecie, ma con principi applicabili al caso in esame in linea di continuità con l'ermeneusi relativa alla prova nuova, Cass. Pen., SS.UU. 25 maggio 2022, n. 43668, in *CED*, n. 283707).

### I precedenti

Nello stesso senso, *ex multis*, Cass. Pen., Sez. II, 3 febbraio 2021, n. 19648, in *CED*, n. 281422; Cass. Pen., Sez. II, 10 marzo 2015, n. 11453, *ivi*, n. 263162; Cass. Pen., Sez. V, 7 marzo 2014, n. 15403, *ivi*, n. 260563; Cass. Pen., Sez. VI, 8 marzo 2013, n. 18818, *ivi*, n. 255477.

Per la qualificazione del vaglio di ammissibilità come "fase rescindente", tra le altre, v. Cass. Pen., Sez. III, 20 gennaio 2016, n. 15402, *ivi*, n. 266810, nonché, più di recente, Cass. Pen., Sez. V, 8 giugno 2020, n. 21036, non massimata.

### La dottrina

D. Bellantoni, *La revisione dei giudicati penali*, Milano, 2000, 82 ss.; P. Bronzo, *Il giudizio di ammissibilità nel nuovo procedimento di revisione: requisiti sostanziali della richiesta e non manifesta infondatezza*, in *Cass. pen.*, 1998, 904; R. Casiraghi, *La revisione*, Milano, 2020, 326 ss.; G. Dean, *La Revisione*, Padova, 1999, 91 ss.; R. Fonti, *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, Padova, 2008, 89 ss.; M. Gialuz, *Il giudizio di revisione*, in L. Lupària Donati, *L'errore giudiziario*, Milano, 2021, 621 ss.; M. R. Marchetti, *La revisione*, in G. Spangher (a cura di), *Impugnazioni*, in *Id.*, (diretto da) *Trattato di procedura penale*, vol. 5, Torino, 2009, 972 ss.; P. Spagnolo, *L'ordinanza d'inammissibilità nel giudizio di revisione*, in questa *Rivista*, 2000, 874.

# Osservatorio

## Contrasti giurisprudenziali

a cura di Sabrina Passafiume

### MISURE DI SICUREZZA PATRIMONIALI

SEQUESTRO E CONFISCA PER EQUIVALENTE DI BENI FUTURI

Cassazione Penale, Sez. V, 23 agosto 2024 (p.u. 14 giugno 2024), n. 33091 - Pres. Catena - Rel. Cananzi - P.M. Paraspоро (diff.) - Ric. C.

**La confisca per equivalente, in considerazione della sua natura sanzionatoria, non può riguardare beni pervenuti nella disponibilità del condannato dopo la sentenza irrevocabile di condanna. Diversamente, il sequestro funzionale alla confisca per equivalente può avere ad oggetto anche beni futuri, trattandosi di misura cautelare finalizzata a consentire alla confisca di operare.**

#### Il fatto e l'impugnazione

A seguito di annullamento con rinvio pronunciato dalla Prima Sezione penale (Cass. Pen., Sez. I, 3 ottobre 2023, n. 40073), il giudice dell'esecuzione, adito ex art. 676 c.p.p., ordinava l'esecuzione della confisca per equivalente, nei limiti fissati dall'art. 545 c.p.c., delle somme rinvenute sul conto corrente intestato al soggetto nei cui confronti era stata pronunciata sentenza irrevocabile di applicazione della pena concordata per il delitto di reimpiego.

Il prodotto del reato era stato individuato dal giudice del merito in un determinato quantitativo di oro e, non essendo stato esso rinvenuto, con la sentenza ex art. 444 c.p.p. era stata disposta la confisca per equivalente ex art. 648-*quater*, comma 2, c.p. dei beni, crediti ed altre utilità nella disponibilità del reo, sino alla concorrenza di una somma corrispondente al valore stimato dell'oro.

Con ricorso per cassazione la difesa impugnava l'ordinanza emessa dal giudice dell'esecuzione all'esito del giudizio di rinvio, denunciando violazione di legge, in relazione all'art. 627, comma 2, c.p.p., in quanto era stato disatteso il principio fissato nella sentenza rescindente, secondo il quale i beni futuri non possono costituire oggetto di confisca. Invero, poiché la somma confiscata era di provenienza lecita, trattandosi di retribuzione lavorativa, ed era pervenuta sul conto corrente del condannato dopo quattro anni dall'irrevocabilità della sentenza, essa non avrebbe potuto costituire oggetto di confisca.

#### La soluzione della Suprema Corte

La Quinta Sezione penale ha accolto il ricorso, annullando con rinvio l'ordinanza impugnata, poiché la natura sanzionatoria della confisca per equivalente, che implica il rispetto del principio di legalità, non consente che la stessa possa attingere beni dei quali il condannato non abbia avuto disponibilità prima della irrevocabilità della confisca medesima.

Il limite anzidetto, tuttavia, non trova applicazione con riferimento al sequestro funzionale alla confisca per equivalente,

che in quanto misura reale diretta a consentire alla confisca di poter operare, ben può avere ad oggetto beni che vengano ad esistenza successivamente al sequestro stesso e sino al momento di esecuzione della confisca.

Nella specie, il giudice dell'esecuzione non aveva accertato se, al momento dell'irrevocabilità della confisca, il denaro oggetto della misura anzidetta fosse già nella disponibilità del condannato, attraverso il proprio conto corrente bancario, con la conseguenza che era stato disatteso il principio della non assoggettabilità a confisca per equivalente di beni pervenuti nella disponibilità del condannato dopo l'irrevocabilità della sentenza.

#### Il contrasto

La sentenza in commento, dopo avere puntualizzato che, nel caso in esame, il denaro confiscato non era in sé prodotto del reato (tale essendo l'oro non rinvenuto), ha innanzi tutto inteso fugare ogni incertezza in ordine alla corretta qualificazione della confisca disposta nei confronti del ricorrente con la sentenza ex art. 444 c.p.p.

La Quinta Sezione penale, pur condividendo l'affermazione contenuta nella sentenza rescindente pronunciata dalla Prima Sezione sulla scia di Cass. Pen., SS.UU., 27 maggio 2021, n. 42415, secondo la quale "la confisca del denaro costituente profitto o prezzo del reato, comunque rinvenuto nel patrimonio dell'autore della condotta, e che rappresenti l'effettivo accrescimento patrimoniale monetario conseguito, va sempre qualificata come diretta, e non per equivalente, in considerazione della natura fungibile del bene, con la conseguenza che non è ostativa alla sua adozione l'allegazione o la prova dell'origine lecita della specifica somma di denaro oggetto di apprensione" (principio che ha dato continuità a quello già espresso da Cass. Pen., SS.UU., 26 giugno 2015, n. 31617), ha precisato che la confisca del denaro è sì sempre diretta, ma a condizione che questo costituisca "in sé" prodotto o profitto del reato, comunque rinvenuto nel patrimonio dell'autore della condotta, e che rappresenti l'effettivo accrescimento patrimoniale monetario conseguito.

Nel caso specifico giunto al vaglio della Suprema Corte, già il giudice del merito aveva individuato nell'oro il prodotto del reato e aveva disposto la confisca per equivalente ex art. 648-*quater* c.p.p. non essendo stato rinvenuto detto bene, con la conseguenza che doveva escludersi venisse in rilievo una confisca diretta (tanto sembrava adombrare la sentenza rescindente della Prima Sezione), configurandosi, piuttosto, una confisca per equivalente, ancorché avente ad oggetto somme di denaro.

Tuttavia, osserva la Quinta Sezione, se è vero, come condivisibilmente sostenuto in premessa nell'ordinanza impugnata, che in tema di confisca per equivalente non rileva la provenienza del denaro e la sua pertinenzialità al reato, il richiamo a Cass. Pen., Sez. III, 22 maggio 2019, n. 41135 operato dal giudice dell'esecuzione appare improprio, in quanto la necessità di guardare all'effettiva disponibilità giuridica del bene al

momento in cui la confisca venga disposta era stata affermata, nell'arresto richiamato, non con riferimento all'ipotesi della confisca per equivalente quanto, piuttosto, a quella del sequestro ad essa finalizzato.

Nel definire l'effettiva portata applicativa della pronuncia della Terza Sezione evocata (impropriamente) dal giudice del rinvio, la Quinta sezione ha quindi preso posizione sulla questione della sequestrabilità dei beni futuri, ribadendo la necessità di operare un distinguo tra sequestrabilità e confiscabilità di detta tipologia di beni.

Se è ormai consolidato il principio secondo il quale non può mai procedersi a confisca per equivalente di beni dei quali il reo non abbia avuto disponibilità prima della irrevocabilità della misura, atteso il carattere sanzionatorio della stessa e la correlata esigenza del rispetto del principio di legalità e prevedibilità (sulla natura sanzionatoria della confisca per equivalente, Corte cost. 2 aprile 2009, n. 97; tra le altre, Cass. Pen., SS. UU., 26 giugno 2015, n. 31617; Cass. Pen., SS. UU., 29 settembre 2022, n. 4145), non si può pervenire ad analoga conclusione, secondo la sentenza in esame, in relazione al sequestro finalizzato alla confisca per equivalente.

La Quinta Sezione dà atto dell'esistenza di due diversi orientamenti sul tema della sequestrabilità dei beni futuri.

Per un primo orientamento, il sequestro funzionale alla confisca per equivalente, differentemente da quello preventivo "impeditivo", partecipa della natura sanzionatoria della misura cui è "funzionalizzato", sicché non sono assoggettabili a tale vincolo i beni futuri, non individuati né individuabili, ma solo quelli già in essere e nella sfera di disponibilità dell'imputato al momento dell'adozione della misura cautelare (Cass. Pen., Sez. III, 1 febbraio 2016, n. 4097; Cass. Pen., Sez. III, 27 febbraio 2023, n. 23649; Cass. Pen., Sez. III, 7 dicembre 2023, n. 48811, che ha ritenuto inapplicabile il principio affermato da Cass. Pen. n. 4097/2016 e Cass. Pen. n. 23649/2023, dal quale tuttavia non si è discostata, soltanto per l'assorbente considerazione secondo la quale, nella fattispecie concreta, il sequestro funzionale alla confisca per equivalente aveva ad oggetto due conti correnti individuati).

A questo indirizzo se ne contrappone un altro che, pur ribadendo la possibilità di sottoporre a confisca per equivalente solo i beni nella disponibilità del reo al momento della irrevocabilità della misura, ritiene assoggettabili a sequestro per equivalente anche in beni futuri (Cass. Pen., Sez. III, 27 luglio 2017, n. 37454; Cass. Pen., Sez. III, 27 ottobre 2021, n. 35369; Cass. Pen., Sez. V, 12 gennaio 2022, n. 714, che afferma la estendibilità del vincolo cautelare finalizzato alla confisca per equivalente ai frutti della cosa sequestrata, nel rispetto del principio di proporzionalità, così come Cass. Pen., Sez. VI, 30 luglio 2014, n. 33861 e Cass. Pen., Sez. V, 28 giugno 2013, n. 28336).

Per questo secondo orientamento, cui la sentenza in esame aderisce, anche a volere prescindere dalla necessità di distinguere tra beni futuri solo perché non ancora percepiti ma fin d'ora individuabili (come possono essere, ad esempio, i canoni di locazione derivanti da un bene comunque già nella disponibilità dell'indagato) e beni futuri proprio in quanto non individuati e non individuabili, gli effetti restrittivi derivanti dalla natura sanzionatoria della misura vanno circoscritti unicamente alla confisca e non possono essere estesi al sequestro, proiettato inevitabilmente anche in una dimensione futura e finalizzato a impedire che i beni confiscabili non possano più essere reperiti. Conseguentemente, il sequestro finalizzato alla confisca per equivalente ben può colpire beni che vengano ad esistenza successivamente al sequestro stesso e sino al momento di adozione della confisca.

Tale conclusione, distintiva del sequestro rispetto alla confisca, secondo la Quinta Sezione appare anche avvalorata dalla circostanza che l'art. 648-*quater*, comma 3, c.p. prevede esplicitamente che "in relazione ai reati di cui agli articoli 648-*bis*, 648-*ter* e 648-*ter.1* il pubblico ministero può compiere, nel termine e ai fini di cui all'articolo 430 del codice di procedura penale, ogni attività di indagine che si renda necessaria circa i beni, il denaro o le altre utilità da sottoporre a confisca a norma dei commi precedenti".

In sostanza, rileva la sentenza in esame, se al pubblico ministero è inibita ai sensi dell'art. 430 c.p.p. l'esecuzione di atti di perquisizione e sequestro dopo il decreto che dispone il giudizio, in quanto atti garantiti, non di meno gli è consentito di compiere atti di indagine "circa" i beni da sottoporre a confisca, anche dopo la citazione a giudizio: possono essere svolte indagini per individuare ulteriori beni suscettibili di confisca, in vista delle richieste da avanzare al giudice, a riprova della natura fluida e suscettibile di ampliamento del sequestro e della necessità di porre in essere le indagini necessarie per estendere il vincolo reale a beni individuati o individuabili dopo la citazione a giudizio, rendendone partecipe lo stesso imputato in sede di contraddittorio.

### La dottrina

Per un approfondimento sulla natura del sequestro finalizzato alla confisca per equivalente, si segnala P. Zarra, *Diritto penale*, I, Milano, 2022, 1917 ss., nonché E. Dolcini - G.L. Gatta, sub *Art. 322 ter c.p.p.*, in *Codice penale commentato*, Milano, 2021, 877 ss.

## REATI FALLIMENTARI

### BANCAROTTA FRAUDOLENTA PATRIMONIALE E BANCAROTTA PREFERENZIALE

Cassazione Penale, Sez. V, 10 luglio 2024 (p.u. 8 marzo 2024), n. 27446 - Pres. Guardiano - Rel. Scordamaglia - P.M. Passafiume (diff.) - Ric. R.

**In tema di reati fallimentari, il prelievo, da parte dell'amministratore-socio, di somme di denaro quale restituzione dei versamenti in precedenza operati a titolo di mutuo, ancorché disposto nel periodo in cui la società già versava in stato di crisi, integra la fattispecie della bancarotta preferenziale. Ciò che rileva ai fini della qualificazione del fatto quale bancarotta fraudolenta distrattiva o bancarotta preferenziale è infatti, unicamente, la natura del credito: se il prelievo viene disposto a titolo di restituzione dei versamenti operati dai soci in conto capitale (o indicati con analogo dizione), si configura la fattispecie della bancarotta fraudolenta per distrazione, non dando luogo tali versamenti ad un credito esigibile nel corso della vita della società; diversamente, se il prelievo viene eseguito a titolo di restituzione dei versamenti effettuati dai soci a titolo di mutuo, poiché il versamento ha determinato il sorgere in capo a questi ultimi di un credito chirografario, effettivo ed esigibile, resta integra la fattispecie di bancarotta preferenziale.**

### Il fatto e l'impugnazione

La Corte d'Appello confermava la condanna inflitta, anche agli effetti civili, all'imputato per il delitto di bancarotta fraudolenta distrattiva di cui agli artt. 216, comma 1, n. 1 e 223, comma 1,

## Osservatori

I fall., per avere egli, nella qualità di amministratore unico di una società dichiarata fallita, disposto trasferimenti di denaro dai conti sociali in proprio favore e incassato crediti con causale "rimborso finanziamento soci", in un periodo in cui la società versava già in stato di decozione, in violazione dell'art. 2467 c.c., che fissa la regola della postergazione dei crediti nascenti dai "finanziamenti-soci" rispetto agli altri.

Con ricorso per Cassazione affidato ad un unico motivo, la difesa impugnava l'anzidetta sentenza, lamentando la mancata riqualificazione del fatto ascritto all'imputato alla stregua del delitto di bancarotta preferenziale.

Rilevava, in particolare, che, incontrovertibile il fatto che i versamenti operati dall'imputato a favore della società avevano natura di finanziamento e non di conferimento in conto capitale, la giurisprudenza di legittimità è pacificamente orientata nel ritenere che i rimborsi di finanziamenti erogati dal socio alla società a titolo di mutuo, effettuati senza rispettare la regola della postergazione di cui all'art. 2467, comma 1, c.c., integrino il delitto di bancarotta preferenziale, mentre i rimborsi di conferimenti erogati dal socio in 'conto-capitale', ove effettuati prima della liquidazione della società, integrino il delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale.

### La soluzione della Suprema Corte

La Quinta Sezione, dopo avere rilevato che, pacificamente, i versamenti effettuati dall'imputato a favore della società avevano natura di finanziamento e non di 'conferimento in conto capitale', ha ritenuto che la restituzione all'amministratore-socio di quanto da questi in precedenza erogato, ancorché avvenuta in un periodo in cui la società già versava in stato d'insolvenza, non integrasse l'ipotesi della bancarotta fraudolenta distrattiva quanto, piuttosto, quella della bancarotta preferenziale. Riqualificata in tal senso la condotta, ha quindi annullato senza rinvio la sentenza impugnata per essersi il reato estinto per prescrizione, rigettando il ricorso agli effetti civili.

### Il contrasto

La sentenza in esame ha dato conto dell'esistenza di un contrasto interpretativo, in seno alla Quinta Sezione penale, in ordine alla questione "se, in caso di fallimento, la restituzione al socio di quanto in precedenza versato, disposta in un periodo in cui la società già versò in stato di crisi, integri in ogni caso il delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione".

Secondo l'orientamento tradizionale, integra il delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione e non quello di bancarotta preferenziale la condotta dell'amministratore di una società che proceda al rimborso di finanziamenti da lui erogati in qualità di socio o la condotta di restituzione di finanziamenti erogati dai soci (*ex multis*, Cass. Pen., Sez. V, 11 giugno 2019, n. 25773; Cass. Pen., Sez. V, 7 novembre 2018, n. 50495; Cass. Pen., Sez. V, 26 luglio 2018, n. 35789; Cass. Pen., Sez. V, 3 novembre 2017, n. 50188; Cass. Pen., Sez. V, 27 ottobre 2017, n. 49509; Cass. Pen., Sez. V, 3 ottobre 2014, n. 41143; Cass. Pen., Sez. V, 5 agosto 2014, n. 34505; Cass. Pen., Sez. V, 6 novembre 2012, n. 42710; Cass. Pen., Sez. V, 26 giugno 2012, n. 25292; Cass. Pen., Sez. V, 25 gennaio 2005, n. 2273; Cass. Pen., Sez. V, 20 maggio 2004, n. 23672), poiché la restituzione di un finanziamento, in un periodo di difficoltà della società, oltre a violare il divieto di postergazione sancito dall'art. 2467 c.c., assume un significato diverso e più grave rispetto alla mera volontà di privilegiare un creditore in posizione paritaria rispetto a tutti gli altri. Secondo altro indirizzo, ciò che rileva ai fini della qualificazione della condotta è unicamente la ragione di credito, talché il

prelievo di somme di denaro a titolo di restituzione dei versamenti operati dal socio in 'conto-capitale' (o indicati con analogo dizione) integra la fattispecie della bancarotta fraudolenta per distrazione, non dando luogo tali versamenti ad un credito esigibile nel corso della vita della società; diversamente, il prelievo di somme disposto a titolo di restituzione dei versamenti erogati dal socio quale mutuo, integra la fattispecie di bancarotta preferenziale (*ex multis*, Cass. Pen., Sez. V, 6 settembre 2021, n. 32930; Cass. Pen., Sez. V, 26 febbraio 2019, n. 8431; Cass. Pen., Sez. V, 3 febbraio 2014, n. 5186; Cass. Pen., Sez. V, 21 marzo 2013, n. 13318; Cass. Pen., Sez. V, 17 gennaio 2012, n. 1793; Cass. Pen., Sez. V, 9 aprile 2008, n. 14908): questi ultimi, infatti, comportano il sorgere, in capo ai soci, di un credito chirografario, effettivo ed esigibile, senza che dalla sua restituzione consegua un effettivo depauperamento dell'asse patrimoniale.

Va evidenziato che, questo secondo indirizzo, al quale la sentenza in commento ha dichiarato di volere dare seguito, è maturato, a ben vedere, con precipuo riferimento al rimborso dei crediti ai soci non amministratori effettuato in periodo d'insolvenza, laddove, nel caso deciso con la sentenza in esame, viene in rilievo la restituzione di un finanziamento disposta, in periodo di crisi conclamata, dall'amministratore-socio in favore di se stesso.

A sostegno dell'interpretazione da ultimo offerta, è stato richiamato il consolidato orientamento della giurisprudenza civile di legittimità (Cass. Civ., Sez. I, 17 novembre 2022, n. 33957; Cass. Civ., Sez. I, 8 giugno 2018, n. 15035), secondo il quale i versamenti del socio in 'conto-capitale' sono assimilabili ai conferimenti ed al capitale "di rischio" della società, così da entrare a far parte del suo patrimonio, senza che sorga alcun credito alla restituzione, che è solo eventuale, in quanto dipendente dalla condizione in cui si troverà il patrimonio sociale al momento della liquidazione e, in particolare, dalla presenza di valori sufficienti a consentire il rimborso dopo l'integrale soddisfacimento dei creditori sociali. Diversamente, i versamenti operati dai soci in favore della società a titolo di mutuo - con i quali è, dunque, erogato capitale di credito e non capitale di rischio - fanno sorgere il diritto alla restituzione della somma mutuata anche durante la vita della società, ove nel corso di essa maturi la scadenza del credito.

È necessario segnalare che, con una pronuncia successiva a quella in commento (Cass. Pen., Sez. V, 19 luglio 2024, n. 29670, non massimata), la Quinta Sezione, dopo avere ribadito che non è in discussione la distinzione tra versamenti in conto capitale, in conto futuro aumento di capitale e finanziamenti del socio a titolo di mutuo, come illustrata dalla recente giurisprudenza di legittimità, ai fini della qualificazione dell'illecito rimborso come bancarotta patrimoniale o bancarotta preferenziale (distinzione ribadita, altresì, da Cass. Pen., Sez. V, 13 settembre 2024, n. 34677, non massimata), senza prendere posizione sul possibile rilievo assunto dal periodo di esecuzione del prelievo e sull'incidenza della "confusione" del ruolo di amministratore con quello di creditore socio (tale essendo la fattispecie concreta sulla quale la sentenza in commento era stata chiamata a decidere), ha prospettato una ulteriore e diversa chiave di lettura della questione.

Si è sostenuto, in particolare, che ai fini della corretta qualificazione giuridica del fatto, occorre avere essenzialmente riguardo, "a monte", alla "collocazione temporale e situazionale dell'afflusso di risorse finanziarie assicurato dal socio, perché il disposto del secondo comma dell'art. 2467 cod. civ. cura di precisare che per finanziamenti dei soci si intendono quelli 'in qualsiasi forma effettuati', locuzione che permette di attribuire alle immissioni di denaro effettuate in un

periodo di significativo squilibrio finanziario o di liquidità languente la veste di finanziamenti 'sostitutivi del capitale', assoggettati alla medesima disciplina dei conferimenti o dei versamenti a salvaguardia del capitale di rischio".

In questa prospettiva, se l'erogazione di risorse finanziarie da parte del socio, in qualsiasi forma effettuata, è avvenuta quando ormai la società versava in una situazione di irreversibile crisi aziendale, il rimborso anticipato consuma, in caso di fallimento, un depauperamento delle risorse a garanzia della massa dei creditori e configura una condotta integrativa di bancarotta patrimoniale per distrazione. Diversamente, se il finanziamento è stato effettuato dal socio in un periodo non di squilibrio finanziario (finanziamento "puro"), il rimborso rende configurabile la meno grave fattispecie della bancarotta preferenziale.

### La dottrina

In tema di restituzione delle somme date a mutuo, la dottrina maggioritaria appare orientata nel senso di riconoscere valenza distrattiva ai rimborsi, in favore dei soci, dei finanziamenti da questi erogati in una situazione di "eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto", ovvero che avrebbe reso "ragionevole un conferimento", trattandosi di finanziamenti che sono postergati rispetto agli altri crediti; diversamente, si ritiene integrata la bancarotta preferenziale ove il rimborso venga effettuato in presenza di finanziamenti riconducibili all'ambito del capitale "di credito".

Si veda, in tal senso, C. Santoriello, *Profili penali della disciplina in tema di restituzione delle somme versate dai soci a titolo di finanziamento (il nuovo art. 2467 c.c.)*, in *Giur. mer.*, 2005, 221 ss.; R. Alagna, *La bancarotta dell'amministratore infido ed egoista*, in *Giur. comm.*, 2011, 612 ss., che propende per la qualificazione della condotta in termini di bancarotta preferenziale, sia in caso di rimborso dei mutui concessi dagli amministratori non soci, sia in caso di restituzione di finanziamenti "propri" (vale a dire erogati dai soci in periodo di floridezza economica dell'ente). Per ulteriori approfondimenti, F. Di Vizio, *Reati e crisi d'impresa*, a cura di M. Monteleone - L. D'Amore - F. Di Vizio, Milano, 2021, 305 ss.

## PROVE

### DNA

Cassazione Penale, Sez. II, 11 luglio 2024 (p.u. 20 giugno 2024), n. 27813 - Pres. Beltrani - Rel. D'Auria - P.M. Mastroberardino (diff.) - Ric. N.

**In tema di indagini genetiche, l'analisi comparativa del DNA svolta in violazione delle regole procedurali prescritte dai Protocolli scientifici internazionali in materia di repertazione e conservazione dei supporti da esaminare, nonché di ripetizione delle analisi, priva di certezza gli esiti cui perviene, sicché non è possibile conferire ad essi una valenza indiziante, costituendo, piuttosto, un mero dato processuale, sprovvisto di autonoma capacità dimostrativa e suscettibile di apprezzamento solo in chiave di eventuale conferma di altri elementi probatori.**

### Il fatto e l'impugnazione

Il Tribunale, in funzione di giudice del riesame, confermava l'ordinanza emessa dal Giudice per le indagini preliminari, che aveva applicato la misura cautelare della custodia in carcere

nei confronti dell'indagato per i reati di ricettazione e furto aggravato.

Con ricorso per cassazione la difesa impugnava l'ordinanza emessa dal Tribunale del riesame, lamentando, tra l'altro (secondo motivo), la violazione dell'art. 606, comma 1, lett. c), c.p.p., in relazione alla mancata adozione dei criteri e dei protocolli internazionali in materia di refertazione e prelievo del DNA dal mozzicone di sigaretta rinvenuto all'interno dell'auto sottratta, con conseguente inutilizzabilità degli esiti della analisi genetiche compiute.

Rilevava, in particolare, che nel caso di specie il campione prelevato risultava numericamente più scarso del nanogrammo di materiale genetico richiesto per un test ordinario, per cui erano necessarie almeno tre diverse analisi del campione per avere una maggiore attendibilità del dato estrapolato; inoltre, i risultati delle due amplificazioni in vitro analizzati erano stati sommati, anziché essere incrociati, con la conseguenza che era risultato un profilo genetico descritto come misto.

Non essendovi ulteriori elementi, oltre all'esame del DNA, che potessero consentire di assegnare all'indagato un contributo concausale nella realizzazione del reato, l'ordinanza impugnata doveva essere annullata.

### La soluzione della Suprema Corte

La Seconda Sezione ha accolto il ricorso ed ha annullato con rinvio l'ordinanza impugnata, sulla base dell'assorbente rilievo secondo il quale il procedimento di assunzione della prova incide necessariamente sui risultati cui la stessa perviene, inficiandoli irreparabilmente nel caso in cui risultino violate le regole che ne presidiano la formazione.

Nella specie, nonostante i rilievi della difesa, il Tribunale non si era preoccupato di controllare che le regole metodologiche che presidiano allo svolgimento dell'indagine genetica fossero state rispettate.

### Il contrasto

La sentenza in commento introduce la questione della valenza processuale attribuibile alle risultanze della prova scientifica e, in particolare, alle indagini genetiche acquisite in violazione delle regole sancite dai protocolli internazionali.

Sul punto, si registrano due diversi orientamenti.

Secondo un primo indirizzo, l'eccezione inosservanza delle regole procedurali prescritte dai protocolli scientifici internazionali in materia di repertazione e prelievo del DNA non priva, ex se, di valenza probatoria i risultati dell'esame genetico comparativo, essendo a tal fine richiesto di dimostrare che la violazione abbia condizionato in concreto l'esito dell'esame anzidetto, fondante il giudizio di responsabilità (Cass. Pen., Sez. VII, 24 marzo 2023, n. 12442; Cass. Pen., Sez. V, 22 febbraio 2023, n. 7830; Cass. Pen., Sez. VI, 19 aprile 2022, n. 15140). E così, a titolo meramente esemplificativo, è stata ritenuta immune da censure la decisione di merito che aveva attribuito all'imputato l'utilizzo del guanto da cui era stato estratto il DNA, pur se il prelievo non era avvenuto con guanti sterili, stante la mancanza sul supporto di tracce riferibili a soggetti diversi, in quanto non era stato dimostrato che la violazione avesse condizionato in concreto l'esito dell'esame genetico comparativo fondante il giudizio di responsabilità (Cass. Pen., Sez. VI, 19 aprile 2022, n. 15140).

In proposito, si è precisato che "la violazione o l'errata applicazione di protocolli di indagine in materia di repertazione e analisi degli elementi di prova, che contengono regole condivise di carattere tecnico-scientifico, non costituisce motivo di nullità o inutilizzabilità della prova acquisita, potendo, al più, incidere

## Osservatori

sull'attendibilità degli esiti della stessa, valutazione di fatto insindacabile nel giudizio di legittimità, se non nei limiti della manifesta illogicità della motivazione" (Cass. Pen., Sez. V, 4 marzo 2021, n. 8893).

Per un secondo orientamento, invece, la violazione delle regole procedurali prescritte dai protocolli scientifici internazionali priva gli esiti di "compatibilità" del profilo genetico comparato del carattere di certezza necessario per conferire loro una valenza indiziante, talché essi costituirebbero un mero dato processuale, privo di autonoma capacità dimostrativa e suscettibile di apprezzamento solo in chiave di eventuale conferma di altri elementi probatori (Cass. Pen., Sez. II, 6 luglio 2022, n. 38184; Cass. Pen., Sez. II, 17 aprile 2019, n. 16810; Cass. Pen., Sez. V, 27 marzo 2015, n. 36080). Affinché l'esito dell'indagine genetica assuma valenza dimostrativa, consentendo di affermare con certezza o alto grado di probabilità che il campione di DNA rinvenuto sul luogo del crimine o su un oggetto collegato al crimine è ricollegabile al soggetto sospettato, è necessario che l'accusa dimostri che il reperto è genuino e che è stata osservata la catena di custodia.

Quest'indirizzo, pur riconoscendo all'indagine genetica - proprio in ragione del grado di affidabilità - piena valenza di prova e non di mero elemento indiziario e pur ammettendo che, nel caso in cui l'indagine genetica non dia risultati assolutamente certi, ma di mera compatibilità, ai suoi esiti possa essere attribuita valenza indiziaria, condiziona le anzidette conclusioni al fatto che l'attività di repertazione, conservazione ed analisi del campione siano state rispettose delle regole di esperienza consacrate dai protocolli in materia. Indipendentemente dal rilievo scientifico, infatti, un dato non verificato, proprio perché privo dei necessari connotati della precisione e gravità, non può conseguire, in ambito processuale, neppure la valenza di indizio. In tale contesto si è in presenza di un dato

processuale privo di autonoma valenza dimostrativa e suscettibile di apprezzamento soltanto in chiave di mera conferma, in seno ad un insieme di elementi già dotati di soverchiante portata sintomatica.

La sentenza in esame aderisce espressamente a quest'ultimo indirizzo, ritenuto convincente anche per ragioni di natura sistematica, date dal fatto che nel processo penale possono trovare ingresso solo esperienze scientifiche verificate secondo canoni metodologici generalmente condivisi dalla comunità scientifica di riferimento. Di qui la conclusione secondo la quale "l'utilizzabilità dei risultati della prova scientifica comporta inevitabilmente il rispetto delle regole che ne disciplinano l'acquisizione e la formazione all'interno del processo, con la conseguenza che il giudizio di affidabilità dei relativi esiti deve essere parametrato sulla osservanza di preordinate garanzie nell'iter formativo della prova".

### La dottrina

In dottrina si sostiene che le risultanze di indagini genetiche effettuate in violazione delle regole consacrate dai protocolli internazionali, pur non essendo inutilizzabili (in assenza di espressa sanzione), sono prive di affidabilità e certezza, con inevitabili ripercussioni sul tema della valutazione del dato acquisito in modo non "ortodosso".

In tal senso, si veda M. Daniele, *Prova scientifica e regole di esclusione*, in AA.VV., *Prova scientifica e processo penale*, a cura di G. Canzio - L. Luparia Donati, II ed., Milano, 2022, 462 ss. Sui problemi che, in generale, pone la valutazione delle prove scientifiche si segnala, fra i molti, M. Taruffo, *La prova scientifica. Cenni generali*, in *Ragion pratica*, 2016, 346 ss.

Sulla portata innovativa dei principi affermati da Cass. Pen., Sez. V, 27 marzo 2015, n. 36080, P. Tonini, *Nullum iudicium sine scientia. Cadono vecchi idoli nel caso Meredith Kercher*, in questa *Rivista*, 2015, 1410 ss.

## Delitto di rapina

Corte costituzionale 13 maggio 2024, n. 86

È dichiarata, in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge n. 87 del 1953, l'illegittimità costituzionale dell'art. 628, secondo comma, c.p., nella parte in cui non prevede che la pena da esso comminata è diminuita in misura non eccedente un terzo quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità. Anche per la rapina propria - strutturalmente omogenea a quella impropria, di cui condivide sia l'elevato minimo edittale di pena detentiva (cinque anni di reclusione), sia l'idoneità a manifestare una diversificata offensività (in rapporto agli elementi costitutivi della violenza o minaccia e del profitto) - sussiste la necessità costituzionale di una "valvola di sicurezza", a garanzia della ragionevolezza, proporzionalità e capacità rieducativa della sanzione.

### ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

<b>Conforme</b>	Corte Cost. n. 91/2024; Corte Cost. n. 120/2023; Corte Cost. n. 244/2022; Corte Cost. n. 68/2012.
<b>Difforme</b>	Corte Cost. n. 260/2022; Corte Cost. n. 190/2020.

(Omissis).

## La "valvola di sicurezza". Il *minimo ombra* nel compasso edittale del delitto di rapina di Gianluca Ruggiero (\*)

Tre *baguettes*, uno spazzolino da denti, una spintarella per procurarsi l'impunità; pena base sei anni di reclusione. Con la sentenza n. 86 del 2024 la Corte costituzionale introduce la *valvola di sicurezza* per i fatti di complessiva tenuità nella fattispecie *ex art. 628 c.p.* La pronuncia è finalizzata al *recupero*: *recuperare* la proporzionalità e la ragionevolezza, guardando al volto del reo e al fatto concreto, al fine di applicare al singolo "caso" la "giusta" pena; *recuperare* l'accezione *sostanziale* delle circostanze del reato con particolare attenzione al concetto di gravità del reato; *recuperare* il reale *peso* del reato inteso come una sufficiente quantità di disordine giuridico cristallizzato in una forma tipica; *recuperare* la complessità dell'illecito penale. Sullo sfondo una visione del sistema basata sul *diritto penale minimo* e sui *diritti sociali massimi*.

*Three baguettes, a toothbrush, a gentle nudge to be unpunished; the minimum sentence is set at six years of imprisonment. With sentence no. 86 of 2024 the Constitutional Court introduces the safety valve due to the minor nature of the offense pursuant to ex art. 628 of the Criminal Code. The sentence is aimed at recovery: to recover proportionally and reasonably while looking at the face of the criminal and concrete facts in order to apply a "right" and a "just" penalty; recover the substantial meaning of the circumstances of the felony with particular attention to the concept of seriousness of the crime; recover the real weight of the crime encapsulated into a crystallised juridical disorder; recover the complexity of the criminal offense. In the background, a vision of the system based on minimal criminal law and maximum social rights.*

### La giurisprudenza del *recupero*

La Corte costituzionale con la sentenza n. 86 del 2024 ha sancito l'illegittimità costituzionale dell'art. 628,

comma 2, c.p. nella parte in cui non prevede che la pena da esso comminata è diminuita in misura non eccedente un terzo quando per la natura, la specie, i

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

mezzi, le modalità o le circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità.

La pronuncia è stata sollecitata dal Tribunale di Cuneo (1) chiamato a giudicare due imputati accusati di aver prelevato dagli scaffali di un supermercato tre *baguettes*, una scatoletta di tonno e uno spazzolino da denti, e di essersi assicurati il possesso e l'impunità con due frasi minacciose e uno spintone in danno all'addetto della sicurezza e del responsabile dell'esercizio commerciale, intervenuti per recuperare la merce; infine, i due venivano rintracciati nelle vicinanze del supermercato mentre consumavano il pane. Valore della merce sottratta: 6,19 euro. Minimo edittale: sei anni di reclusione.

Come fu per le fattispecie di estorsione (2), sequestro di persona a scopo di estorsione (3), sabotaggio militare (4) e anche per la pedopornografia (5), la Corte costituzionale ha introdotto con una pronuncia additiva una "valvola di sicurezza": una diminuyente - con una "necessaria funzione di riequilibrio (6)" - per i fatti di lieve entità, che consente al giudice di temperare la sanzione quando l'offensività concreta del fatto di reato non giustifichi una punizione severa come previsto dal minimo edittale della fattispecie di rapina (cinque anni di reclusione).

Con l'orientamento in commento, la Consulta non tende a censurare la cornice edittale della pena nel suo complesso: non censura il minimo edittale, che costituisce il *marchio* di una specifica politica criminale; non censura il massimo edittale che può essere "sterilizzato" con maggior facilità con l'uso delle circostanze attenuanti, delle generiche o comunque considerando fin dall'inizio la pena base in prossimità del minimo edittale (7). Per il giudice della legge, in questo caso non siamo dinanzi a dosaggi sanzionatori arbitrari che danno origine a "sperequazioni che assumono una tale gravità da risultare radicalmente ingiustificate (8)". Nonostante ciò, è necessario

valorizzare i singoli casi in cui il reato è caratterizzato da un disvalore minimale sia nelle modalità di realizzazione sia nel pericolo o nel danno che sia derivato per le persone offese (9). "Abbandonato", il filone giurisprudenziale teso a salvare la norma incriminatrice, facendo leva sulla logica e sulla funzione di commisurazione della pena in concreto che consente al giudice di differenziare il diverso disvalore delle condotte previste dalla norma (10), la Corte sposta invece la questione a livello di trattamento sanzionatorio *astratto*: a tale latitudine deve essere effettuato il confronto, a nulla rilevando se in concreto il giudice possa differenziare il diverso disvalore di condotte che, nella previsione legislativa, sono invece parificate. In altri termini, la Consulta inserisce all'interno dell'art. 628 c.p. una circostanza attenuante, si potrebbe dire un *minimo edittale ombra*, che diventa punto di riferimento per i giudici per valutare condotte caratterizzate da una complessiva tenuità del fatto di reato.

La pronuncia desta particolare interesse per la quantità e la qualità dei temi coinvolti. L'orientamento inaugurato dalla Consulta è finalizzato al *recupero*: *recuperare* la proporzionalità e la ragionevolezza guardando al volto del reo e al fatto concreto; *recuperare* equità e discrezionalità nelle decisioni che consentono al giudicante di applicare al singolo "caso"- insuscettibile di essere tipizzato (11) - la "giusta" pena (12); *recuperare* l'accezione *sostanziale* delle circostanze di reato con una particolare attenzione al loro ruolo politico-criminale volto ad irrigidire o flessibilizzare il sistema sanzionatorio (13); *recuperare* il reale *peso* del reato inteso come una sufficiente quantità di disordine giuridico cristallizzato in una forma tipica (14); *recuperare* la complessità dell'illecito penale. Sullo sfondo una visione del sistema basata sul *diritto penale minimo*, con particolare attenzione alla scala di valore dei beni giuridici protetti.

(1) Trib. di Cuneo 20 settembre 2023, ord., in *G.U. della Repubblica* n. 46 del 2023.

(2) Sentenza Corte cost. n. 120 del 2023.

(3) Sentenza Corte cost. n. 68 del 2012.

(4) Sentenza Corte cost. n. 244 del 2022.

(5) Sentenza Corte cost. n. 91 del 2024.

(6) Sentenza Corte cost. n. 143 del 2021.

(7) R. Orlandi, *Proporzionalità della pena e reati pluri offensivi: sviluppo dell'azione e grado dell'offesa*, in *Giust. cost.*, 2023, 344.

(8) Sentenza Corte cost. n. 26 del 1979.

(9) S. Corbetta, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 144.

(10) Di particolare interesse la sent. Corte cost. n. 285 del 1991 in cui la Consulta ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 2., L. n. 36/1990 sotto il profilo della irragionevolezza dell'uguale trattamento

sanzionatorio del porto di arma comune da sparo e di arma giocattolo priva dell'apposito contrassegno di riconoscimento. Per la Corte: "sarà il giudice a fare emergere la differenza tra le varie sottospecie risultante dal loro diverso disvalore oggettivo ed a graduare su questa base (...) la pena da irrogare in concreto".

(11) F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, 117.

(12) W. Hassemer, *Perché punire è necessario: difesa del diritto penale*, Bologna, 2012, 45: "Le sanzioni sociali hanno (...) dei limiti (...). Il limite può essere violato se la sanzione risulta eccessiva, se agli occhi degli astanti non è proporzionata al comportamento dannoso a cui dovrebbe fornire risposta".

(13) G. De Vere, *Le circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, 1983, 2; R. Bartoli, *Le circostanze "al bivio" tra legalità e discrezionalità*, in *Cass. pen.*, 5, 2016, 2255.

(14) A. Moro, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1951, 2.

Parte della letteratura, ha censurato queste “invasioni” della Consulta, paventando che le esigenze di giustizia legate al *caso singolo* rischiano di rendere il sistema penale *duttile*, con la decostruzione del modello illuminista di ordinamento fondato su norme “uniformi e inderogabili” per tutti (15): la dissoluzione del metodo sistematico a favore di quello casistico (16) determinerebbe la prevalenza del giudice sul legislatore (17), con lo spostamento dalla *disposizione di legge* alla *norma* frutto dell’attività dell’interprete (18). Preoccupazioni eccessivamente drammatizzate. Nel filone giurisprudenziale delle c.d. *sentenze eretiche* è presente, invece, un’ansia di giustizia legata al senso di solidarietà verso ogni uomo (19), e gli interventi della Consulta, in un’epoca di inasprimento delle sanzioni penali, sono davvero indispensabili. Attraverso un ragionamento per principi e il bilanciamento degli stessi, vengono introdotti dei correttivi alla norma penale, per soddisfare l’esigenza di una giustizia del caso concreto e per l’esercizio equo della giurisdizione (20), in grado di garantire con una “prospettiva umanamente determinata” il rispetto del principio costituzionale della dignità della persona (21). Solo così è possibile interpretare il diritto come l’accostamento della norma alla vita (22).

### I precedenti immediati sulla legittimità costituzionale dell’art. 628 c.p. e il cambio di prospettiva nel 2024

L’“aspro” trattamento sanzionatorio stabilito dall’art. 628 c.p. per tutte le diverse modalità di consumazione del delitto di rapina ha dato causa, negli ultimi anni, a due giudizi di legittimità costituzionale.

Nella 2020 il Tribunale di Torino (23) sollecitava l’intervento della Corte censurando l’art. 628, comma 2, c.p. nella parte in cui il trattamento sanzionatorio previsto per la c.d. rapina impropria - ipotesi in cui la violenza o la minaccia sono impiegati dal reo per assicurarsi l’impunità - è equiparato alla forbice edittale prevista dal primo comma dell’art. 628 c.p., c.d. rapina propria in cui i comportamenti coercitivi sono finalizzati a ottenere il possesso dei beni sottratti alla vittima. Mentre, nella 2022 il Tribunale di Firenze (24) dubitava della legittimità di equiparare la pena prevista per la rapina impropria consumata con “dolo di possesso” a quella della rapina impropria con “dolo di impunità”.

I dubbi di legittimità sono in parte sovrapponibili. In estrema sintesi, per i giudici remittenti è irragionevole, sulla scorta del diverso atteggiarsi del dolo, parificare il trattamento sanzionatorio di colui che impiega la violenza per perseguire uno scopo illecito (garantire per sé o per altri il possesso del bene altrui appena sottratto), con colui che -disinteressato dal fine di lucro per l’“avversa” evoluzione dell’*iter criminis*-, possiede soltanto l’obiettivo (di per sé lecito) di ottenere la fuga e l’impunità (25). Nella prima ipotesi, il “dolo specifico di impossessamento” della rapina consiste nel perseguimento della finalità ulteriore di consolidare un possesso già esistente in capo al reo; nel secondo, il “dolo specifico di impunità” ha ad oggetto l’obiettivo di sottrarsi alle conseguenze sanzionatorie derivanti dalla condotta illecita (26). Da questi presupposti i giudici remittenti suggerivano la necessità di dosare in modo differenziato il disvalore dell’azione tra le diverse ipotesi. D’altronde, il nucleo del disvalore del fatto di rapina è l’impiego della minaccia o della violenza per ottenere un

(15) N. Zanon - F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, 2019, 135.

(16) L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 117.

(17) G. Sobrino, *Il divieto di porto d’armi a seguito di condanna penale tra interpretazione conforme, rinvio alla Corte costituzionale ed intervento del legislatore: un altro “automatismo legislativo” “in caduta”*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 3, 2018, 420.

(18) L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. giust.*, 4, 2016, 13.

(19) G. Silvestri, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Quest. giust.*, 2020, 35.

(20) L. Mengoni, *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, in *Ars interpretandi*, 1996, 95.

(21) L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989, 142.

(22) G. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, Milano, 1962, 7.

(23) Il Tribunale di Torino rimetteva al giudice della legge tre ordinanze di legittimità costituzionale in cui - in sintesi - si evidenziavano tre profili di incostituzionalità: a) il diverso disvalore o la diversa capacità criminale espressa dagli autori delle condotte di rapina impropria; b) sempre in relazione alla comparazione tra

rapina propria e impropria, il secondo profilo ha ad oggetto la soglia prevista per la consumazione del delitto che è più arretrata per la rapina impropria e quindi costituisce un’offesa meno grave al bene giuridico oggetto di tutela; c) le differenze indicate imporrebbero di diversificare il trattamento sanzionatorio tra le due ipotesi di rapina. G. Leo, *La Consulta esclude la manifesta irragionevolezza dei nuovi (ed elevati) minimi edittali di pena per la rapina impropria*, in *Sist. pen.*, 3 agosto 2020, 5.

(24) Il Tribunale di Firenze nell’ordinanza di rimessione suggerisce di valorizzare la liceità/illiceità del fine perseguito dal reo. Il “dolo di possesso” rende illecito sia il mezzo impiegato (violenza o minaccia) sia il fine perseguito della sottrazione della *res* altrui. Al contrario, il “dolo di impunità” rende lecito il fine perseguito, una sorta di “anelito di libertà”. Per il giudice *a quo*, è irragionevole accostare - e quindi prevedere lo stesso trattamento sanzionatorio -, le due fattispecie di rapina. S. Zerbone, *Ragionevolezza della pena sancita per la rapina impropria con “dolo di impunità”*, in questa *Rivista*, 4, 2023, 519.

(25) R. Orlandi, *Proporzionalità della pena e reati plurioffensivi*, cit., 344.

(26) R. Bartoli - M. Pelissero - S. Seminara (a cura di), *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, II ed., Torino, 2022, 231.

vantaggio patrimoniale; se il nesso teleologico tra sottrazione e condotta violenta viene a mancare, non si può negare la differente pericolosità del soggetto che impiega la violenza come strumento per garantirsi un profitto illecito, rispetto a colui il quale, dopo aver già sottratto senza violenza o minaccia la cosa altrui, ponga in essere un comportamento violento al solo scopo di fuggire (27).

Entrambe le questioni sono dichiarate dalla Corte costituzionale infondate (28). In sintesi, per la Consulta, il disvalore della fattispecie ex art. 628 c.p. è posizionato sull'elemento oggettivo del fatto, e in particolare sul nesso di immediatezza tra l'aggressione al patrimonio e alla persona che caratterizza tutte le forme di rapina, ed è quindi fonte di intenso allarme sociale che giustifica l'elevato trattamento sanzionatorio. Nella sentenza del 2020 si specifica che il "tratto qualificante delle previsioni confluite nell'art. 628 cod. pen., è dato dal ricorso ad una condotta violenta o minacciosa nel medesimo contesto - di tempo e di luogo - di una aggressione patrimoniale, e proprio per questo vale a giustificare la costruzione di un reato complesso". Mentre, nella sentenza del 2022 si afferma "la contestualità delle offese a due beni giudici così qualificati [persona e patrimonio] si verifica nella rapina impropria a dolo di impunità, non meno che in quella a dolo di possesso".

Nei precedenti giudizi costituzionali, i giudici remittenti affrontano il tema della cornice edittale ex art. 628 c.p. distinguendo le diverse forme di rapina - propria e impropria - e la diversa intensità e forma del dolo, aderendo all'orientamento di parte della letteratura per cui sarebbe necessario prevedere un trattamento sanzionatorio più mite per la fattispecie di "rapina impropria con scopo di impunità", in quanto l'azione delittuosa è meno biasimabile (29). Al contrario, la Corte costituzionale nelle sentenze sembra aderire all'orientamento che sottolinea l'importanza dell'oggettiva circostanza che, nello stesso contesto spazio-temporale, un'aggressione patrimoniale si somma ad una alla persona. Come scriveva Antonio Pagliaro (30), è unico: il *tipo di autore* che impiega violenza nel contesto di un'aggressione alla sfera patrimoniale altrui; il *significato criminale dei fatti*

dato dall'oggettivo nesso di immediatezza e funzionalità che lega l'aggressione al patrimonio e all'integrità fisica della vittima. L'"unicità" di *tipo d'autore* e *significato criminale* giustificerebbe l'equiparazione delle pene previste per tutte le ipotesi di rapina. In altre parole, i rapinatori sono fatti tutti della stessa stoffa; le rapine sono tutte "uguali", come nelle addizioni cambiando l'ordine degli addendi - violenza alla persona e sottrazione della cosa mobile altrui - il risultato non cambia, sarà poi il giudice del fatto concreto a dosare il trattamento sanzionatorio muovendosi all'interno del compasso edittale.

Nella sentenza del 2024 le prospettive cambiano: dinanzi ad un reato in cui è necessario valutare la tenuità del fatto nel suo complesso, il giudizio di legittimità va a valorizzare il rapporto dialettico tra principio di *proporzionalità della pena in astratto* - l'adeguatezza della scelta sanzionatoria legislativa rispetto alla gravità del reato - e principio della *proporzionalità in concreto*, che impone al giudice al momento della commisurazione di calibrare la pena sul concreto disvalore del fatto e sulla situazione del singolo reo.

### Un sindacato di costituzionalità destrutturato

Il tema principale della sentenza è il problema dell'adeguatezza che dovrebbe caratterizzare la sanzione rispetto al reato, compreso ormai che tra pena e illecito non vi è un rapporto ontologico, bensì convenzionale, giuridico (31) e assiologico che discende dal modo in cui è concepito il sistema penale: il principio di proporzione discende dalla *materialità* e dalla *legalità*, ed esprime una pena che è "retributività" - intesa come *principio distributivo* (32) - rispetto al reato.

L'individuazione della cornice edittale è rimessa ad una valutazione politica (33), data l'impossibilità di calibrarla al reato in quanto la loro eterogeneità rende difficile omogeneizzare l'una all'altro (34), o quanto meno è complesso individuare un criterio oggettivo e inalterabile per confezionare la sanzione (35). Tale valutazione dovrebbe dipendere dalla gravità del

(27) V. Zagrebelsky, voce *Rapina (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1967, 774.

(28) Sentenze Corte cost. n. 190 del 2020 e Corte cost. n. 260 del 2022.

(29) F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2016, 541; G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro il patrimonio*, Bologna, 2015, 121.

(30) A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro il patrimonio*, Milano, 2003, 173.

(31) M. Caterini, *La proporzione nella dosimetria della pena. Da criterio di legiferazione a canone ermeneutico*, in *Giust. pen.*, 2012, 92.

(32) H.L.A. Hart, *Responsabilità e pena. Saggi di filosofia del diritto*, Torino, 1981, 34.

(33) V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, III, Torino, 1950, 3.

(34) H.L.A. Hart, *Responsabilità e pena*, cit., 188.

(35) L. Eusebi, *La "nuova" retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 926; M. Donini, *Per una concezione post-riparatoria della*

reato (36), desunta - in astratto - dall'offesa oggettiva (37) e dalla dannosità sociale (38): la *proporzionalità cardinale* (39). È su questo postulato che si basa la giurisprudenza della Consulta finalizzata ad operare in negativo per escludere la legittimità di pene manifestamente sproporzionate (40), per cui i principi di uguaglianza e rieducazione impongono che la reazione penale sia calibrata in modo proporzionale sia al disvalore d'evento che a quello di azione.

Nella pronuncia in commento, la Consulta prosegue per la strada - inaugurata con la sentenza n. 236 del 2016 (41) - del sindacato sulla proporzionalità intrinseca della pena, sia pure con argomentazioni che non trascurano la logica della proporzionalità ordinale/relazionale che emerge in fase di individuazione del trattamento sanzionatorio in una prospettiva sistematica del microsistema dei delitti contro il patrimonio. La tecnica adoperata è utile a sdrammatizzare le preoccupazioni di parte della letteratura (42) che teme che, con il superamento del giudizio imperniato sul *tertium comparationis*, si andrebbe ad abbandonare il metodo giurisdizionale, trasformando il sindacato della Consulta da *giurisdizionale* a *politico* (43): le scelte del legislatore verrebbero sostituite da una "superiore" razionalità del giudice costituzionale (44). Con l'utilizzo del doppio test di proporzionalità, invece, la Consulta mantiene il *tertium*, non come presupposto logico del sindacato di

costituzionalità, ma dentro un tipo di controllo *destrutturato* con una finalità *orientativa* (45) indispensabile per stimare la ragionevolezza della norma.

### Il primo test di proporzionalità ordinale: il *tertium completiois*

Il primo test è quello *inter delicta* in cui la sproporzione è indagata nel rapporto tra la fattispecie censurata con fattispecie simili: il *tertium comparationis* (46). La proporzionalità ordinale deriva dal principio di chiusura dell'ordinamento (47), l'eguaglianza, e mira ad esprimere -attraverso il *quantum* della pena- il *disvalore relativo* di ciascun reato all'interno del microsistema individuato nell'ordinamento penale. I suoi corollari sono: a) a reati con disvalore comparabile corrispondono pene di severità comparabile; b) a reati più gravi corrispondono pene più severe. Tali corollari hanno strutturalmente ad oggetto sia le figure astratte di reato, ma anche le ipotesi in cui i concreti fatti sono sussumibili in un unico contenitore legale che considera fatti di disvalore (potenzialmente) differenziato (48) come nella fattispecie *ex art. 628 c.p.*

Nella sentenza n. 86 del 2024 è possibile rinvenire i due momenti prototipici (49) dei test di proporzionalità. In un primo momento è accertata la misura eccessiva della comminatoria edittale attraverso il metro del principio di *ragionevolezza rieducativa* (50)

pena. Contro la pena come raddoppio del male, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1174; V. Manes, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, 2109.

(36) D. Pulitanò, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 650.

(37) R.V. Jhering, *Lo scopo del diritto* (1877-1883), Torino, 1972, 346. Per l'A., il rapporto intrinseco di proporzione tra reato e pena è inteso come relazione tra entità entrambe negative, quindi tra offesa al bene e danno della pena: "è l'offesa del reato che deve corrispondere al danno della pena".

(38) S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, 88.

(39) G. Zagrebelsky - V. Marcenò, *Giustizia costituzionale. Storia, principi, interpretazioni*, Bologna, 2018, 170. Il controllo di *proporzionalità cardinale* ha una struttura apparentemente diadica, impostata cioè sul raffronto tra la cornice edittale oggetto del sindacato di costituzionalità e i parametri costituzionali posti dagli artt. 3 e 27 Cost., ma è, per sua essenza, "aperta al mondo dei valori esterni".

(40) M. Pelissero, *Il principio di proporzionalità (non sproporzionalità) delle pene: recenti sviluppi e impatto anomalo delle fonti eurounitarie sul principio di legalità delle pene*, in questa *Rivista*, 2023, 1364.

(41) R. Bartoli, *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2019; E. Dolcini, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1956; D. Pulitanò, *La misura delle pene fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2017.

(42) F. Palazzo, *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale*, in G. Conte - S. Landini (a cura di), *Principi, regole,*

*interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni: scritti in onore di Giovanni Furguele*, in *Discrimen*, 324; R. Bartoli, *Il sindacato di costituzionalità sulla pena tra ragionevolezza e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 1452. Per parte della letteratura, l'assenza di punti di riferimento chiari per un sindacato sulla misura della pena comporterebbe il rischio di un momento distruttivo del giudizio di illegittimità della cornice edittale aperto a quella "sensazione di ingiustizia che sta alla base delle valutazioni che prescindono dalla comparazione".

(43) 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, 970.

(44) G. Dodaro, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012, 356 ss.

(45) F. Palazzo, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 375; V. Manes, *Proporzione senza geometrie*, cit., 2110.

(46) V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984, 402.

(47) A.S. Agrò, *Contributo ad uno studio della funzione legislativa in base alla giurisprudenza sul principio costituzionale di eguaglianza*, in *Giust. cost.*, 1967, 900.

(48) F. Viganò, *La proporzionalità della pena, Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, 162.

(49) E. Penco, *Proporzionalità della pena e ibridazione dei modelli di giudizio: estesa al sabotaggio militare l'attenuante della lieve entità del fatto*, in questa *Rivista*, 9, 2023, 1148.

(50) F. Consulich, *La matematica del castigo. Giustizia costituzionale e legalità della pena nel caso dell'art. 73 comma 1 D.P.R. n. 309 del 1990*, in *Giur. cost.*, 2019, 1241.

ossia il divieto di desocializzazione del reo; in seguito, è individuato un sostituto sanzionatorio all'interno dell'ordinamento, in disposizioni già "modificate" dalla stessa Corte, che si inseriscono nel sistema normativo in maniera *coerente*: una soluzione si direbbe a rime *adeguate* (51) a Costituzione e a giurisprudenza costituzionale.

La Corte compara la fattispecie di rapina all'interno del microsistema dei delitti contro il patrimonio, individuando nell'art. 629 c.p. - l'estorsione - il parametro di confronto: un *tertia completionis* piuttosto che un *tertium comparationis* in quanto la Consulta individua un riferimento normativo al fine di dimostrare l'*incongruità* (52) della scelta del legislatore rispetto al sistema sanzionatorio nel suo complesso (53).

Sulla scia dei precedenti relativi al sequestro di persona a scopo di estorsione e al sabotaggio militare, nel 2023 infatti con la sentenza n. 120 la Consulta prevedeva anche per la fattispecie *ex art.* 629 c.p. la c.d. "valvola di sicurezza" per attenuare la pena, dinanzi ad una cornice edittale "aspra" anche per le ipotesi "immuni" dai profili di allarme sociale. Scrive la Consulta: "atteso il carattere multiforme degli elementi costitutivi 'violenza o minaccia', 'profitto', 'danno' [il reato] può essere consumato anche tramite condotte occasionali, di minimo impatto personale, volte a conseguire un lucro irrisorio e tali da arrecare alla vittima un pregiudizio esiguo (54)". Nel 2024 la Corte ha avuto allora gioco facile ad estendere quest'ultima decisione anche alla fattispecie di rapina; infatti, se in passato l'elemento di differenziazione tra le due fattispecie criminose era dato dall'intensità della coartazione (assoluta per la rapina; compressa ma non eliminata del tutto, per l'estorsione) dell'autodeterminazione della vittima, che giustificava un trattamento sanzionatorio più grave per il delitto *ex art.* 628 c.p.; oggi, invece, la parificazione da parte del legislatore dei

minimi edittali tra le due fattispecie ci consente di affermare che i due titoli di reato sono "omogenei" almeno in termini di offensività astratta (55); e di conseguenza, come condividono il catalogo di circostanze aggravanti - l'art. 629 c.p. richiama il terzo e i successivi commi dell'art. 628 c.p. -, e la mancata operatività della disciplina di favore posta dall'art. 649, ultimo comma, c.p. per le ipotesi di delitti contro il patrimonio nel contesto familiare, appare ragionevole condividere anche la "valvola di sicurezza" per tenuità della complessiva vicenda criminosa.

### Il secondo test di proporzionalità cardinale. La necessità del *minimo ombra*

Il secondo *test* è quello del rapporto di proporzionalità tra gravità del reato e entità della pena, per cui l'art. 3, comma 1, Cost. "esige che la pena sia proporzionata al disvalore del fatto illecito commesso (56)". Ciò consente anche il rispetto dell'art. 27 Cost. (57) con la tutela degli individui dalle sanzioni manifestamente *crasse* (58) rispetto al disvalore del reato, tanto da vanificare il fine rieducativo della pena (59). È il precipitato del modello *garantista* del nostro sistema punitivo.

Nell'ambito del secondo *test* di proporzionalità si colloca il tema (vastissimo) del rapporto tra la giustificazione generale del diritto penale come *istituzione* e la giustificazione della pena comminata al singolo reo. Secondo Herbert Hart (60), lo scopo del diritto penale nel suo complesso è di natura preventiva: ridurre il numero di condotte indesiderate; quando si tratta, però, di punire il singolo - quindi dalla minaccia generale si passa alla distribuzione della pena - il principio di proporzionalità (rispondendo alle esigenze di giustizia) qualunque sia lo scopo perseguito dal legislatore attraverso la minaccia della sanzione, fungerà da *limite*; quindi, la

(51) V. Manes - V. Napoleoni, *La legge penale illegittima. Itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, 364.

(52) F. Modugno, *Ragione e ragionevolezza*, Napoli, 2009, 61.

(53) M. Luciani, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, 548.

(54) Sentenza Corte cost. n. 120 del 2023. A. Peccioli, *La proporzionalità del minimo edittale dell'estorsione: una trasfigurazione del tertium comparationis*, in questa *Rivista*, 10, 2023.

(55) In questi termini si esprime la sentenza Corte Cost. n. 141 del 2023, in cui in tema di bilanciamento di circostanze, il giudice della legge ha condotto un discorso unitario per i delitti di rapina e di estorsione, evidenziando come i recenti interventi normativi abbiano di fatto reso i due titoli di reato omogenei almeno in termini di offensività in astratto.

(56) Sentenza Corte cost. n. 409 del 1989.

(57) E. Dolcini, *Pena e Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 3.

(58) F. Palazzo, *Offensività e ragionevolezza*, cit., 374.

(59) Sentenze Corte cost. n. 68 del 2012; Corte cost. n. 341 del 1994, Corte cost. n. 343 del 1993. T. Padovani, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 831. Per l'A., il reo deve poter percepire la sofferenza imposta dalla pena come una "risposta giustificata e necessaria in rapporto a lui".

(60) H.L.A. Hart, *Prolegomenon to the Principles of Punishment* (1959), in *Punishment and Responsibility* 1968, 6. Id., *Punishment and the Elimination of Responsibility* (1961), in *Punishment and Responsibility*, 1968, 181; T. Padovani, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 443.

pena deve essere distribuita secondo i principi di uguaglianza: gli autori di reati di diversa gravità devono essere puniti in modo differente e proporzionato rispetto alla gravità dei fatti commessi.

Nel caso in commento, la Corte individua nella descrizione operata dall'art. 628 c.p. una varietà di condotte materiali (portanti in sé disvalore d'evento e di azione differenti) in cui gli elementi costitutivi della violenza o della minaccia possono essere anche di modesta portata, o l'utilità perseguita ovvero il danno cagionato di valore infimo. Per consentire ai giudici di narrare/valorizzare la tenuità complessiva del fatto concreto, è necessario allora correggere la sproporzione della forbice editale con un intervento di ortopedia che può essere di due tipi: manipolare la cornice editale o *correggere* gli elementi del disvalore al fine di evitare il rischio di "rinunciare a ricostruire il crimine che gli uomini commettono [e di accontentarsi del] reato che il legislatore descrive (61)".

Dinnanzi ad una fattispecie ad ampio spettro, la Corte ricorre alla tecnica del "ritaglio (62)" per "aggreddire" *indirettamente* il minimo editale dell'art. 628 c.p., mettendo luce su un elemento "accidentale" del reato (la circostanza attenuante), che il giudice può valorizzare a pieno, riconoscendo una notevole riduzione della pena, andando al di sotto del minimo del compasso editale. Non era possibile fare diversamente; infatti, ipotesi del genere non possono essere corrette dai giudici agendo sulla misura della pena in concreto in sede di applicazione dell'art. 133 c.p., ma è necessario intervenire sugli elementi che compongono il complessivo disvalore della fattispecie, andando ad aggiungere elementi (impliciti) al fine di equilibrare la dosimetria sanzionatoria già in *astratto*. È in questi termini che entrano in gioco le circostanze, che sarebbe riduttivo definire come elementi che incidono "in concreto sulla gravità dell'astratta figura di reato, permett[endo] di meglio adeguare la pena ai singoli e variegati casi criminosi che la realtà prospetta (63)". Le circostanze, infatti, modificano

le coordinate dell'astratta risposta sanzionatoria al fatto, basandosi sul presupposto che esse manipolano l'astratta gravità del reato rispetto all'immagine che di questa gravità fornisce l'incriminazione del reato-base (64): non si limitano solo a precisare/dettagliare la fattispecie descritta nel precetto, ma la *qualificano*, facendo emergere una nuova entità dotata di un proprio significato giuridico e portatrice di una diversa gravità astratta (65). D'altronde, il reato è un illecito di modalità di lesione in cui la rilevanza del fatto è costruita sulla base delle modalità che hanno accompagnato la sua consumazione (66). Le circostanze contribuiscono allora a definire in maniera significativa le modalità della lesione penalmente rilevante (67): gli elementi come il modico valore della merce sottratta e l'irrilevante gravità delle minacce sperte, entrano nella descrizione della fattispecie di reato, determinandone, con gli altri elementi essenziali, il significato giuridico-penale. La gravità legata alle circostanze è ben diversa quindi dagli *indici di gravità* per la commisurazione della pena *ex art. 133 c.p.*, in quanto quest'ultima costituisce concretizzazione e precisazione dell'astratta gravità del reato-base all'interno della cornice editale; mentre, la gravità delle circostanze è legata alla modifica dell'astratta gravità del reato e quindi della sua "commisurazione legale": l'astratta gravità tra reato base-semplificato e l'astratta gravità del reato circostanziato sono diverse (68).

In definitiva, l'intervento di ortopedia necessario, richiesto alla Corte, ha ad oggetto un problema di *tipicità della fattispecie* e simmetricamente di "commisurazione legale": nel caso specifico, il minimo editale applicabile si manifesta sproporzionato in quanto si rivolge anche a quelle ipotesi di rapina di minore gravità che la "tessitura semantica particolarmente lata delle espressioni utilizzate dal legislatore (69)" consente di comprendere entro l'ambito operativo di una fattispecie con scarsa determinatezza e particolare rigore sanzionatorio.

(61) P. Zerboglio, *Appunti intorno ad una teoria delle circostanze e al potere discrezionale del Giudice*, in *Riv. pen.*, 5, 1943, 369.

(62) Y.M. Citino, *Il moto oscillatorio della Corte costituzionale in tema di proporzionalità della pena: notazioni minime alla sentenza n. 117 del 2021*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 1117.

(63) G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale. PG*, Bologna, 2007, 412; A. Santoro, voce *Circostanze del reato (diritto penale comune)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1959, 264; F. Mantovani, *Diritto penale. PG*, Padova, 2007, 389; A. Melchionda, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una contro-versa categoria penalistica*, Padova, 2000, 581 ss.

(64) M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, III ed., Milano, 2004, 632.

(65) G. Contorno, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Napoli, 1963, 98.

(66) M. Gallo, *Appunti di diritto penale. II. Il reato*, Torino, 2007, 9 ss.

(67) M. Gallo, *La teoria dell'azione "finalistica" nella più recente dottrina tedesca*, Milano, 1967, 46.

(68) A. Spena, *Accidentalia delicti? Le circostanze nella struttura del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 650.

(69) Sentenza Corte cost. n. 244 del 2022.

### Il terzo test di proporzionalità: la giustizia del singolo caso

La sentenza si conclude con un terzo test di proporzionalità; scrive la Consulta: “l’esigenza dell’attenuante in questione - in misura non eccedente il terzo, come vuole la regola generale dell’art. 65, primo comma, numero 3), cod. pen. - trova fondamento costituzionale anche nei principi di individualizzazione della pena e di finalità rieducativa della stessa”.

Il tema dell’individualizzazione della pena è stato affrontato da parte della letteratura anche con riferimento alle circostanze del reato: ad una maggiore “specificità” della fattispecie astratta corrisponde una maggiore “specificità” della risposta sanzionatoria, con una migliore aderenza alle caratteristiche “individuali” del fatto e del suo autore (70); in altri termini, attraverso le circostanze il legislatore tenderebbe ad ottenere che il reato sia la *traduzione personalizzata* del suo autore (71). Una tesi riduttiva. Alfonso Maria Stile, Giancarlo De Vero (72) e Alessandro Melchionda (73) hanno dimostrato che è equivoco affermare che le circostanze sono cause di modificazione della pena per il singolo reato, ma che al contrario vanno a modificare la *cornice della pena* e non solo la *pena in concreto* (74) (nel caso in commento, l’attenuante consente di andare al di sotto del minimo edittale previsto dall’art. 628 c.p. con una diversa “comminatoria legale”).

Per queste ragioni l’indagine sulla individualizzazione della pena deve essere scomposta. Le circostanze stabilite dal legislatore (ed oggi anche dalla Consulta) sono il primo *step* da superare: una tappa intesa come *filtro legalistico di tipo presuntivo* in cui sono tipizzati gli elementi circostanziali; ma, data l’impossibilità - anche in sede di descrizione delle circostanze - di tipizzare tutti i potenziali elementi fattuali del reato consumato, si passa successivamente al secondo *step* ossia la *determinazione giudiziale* che è momento ineliminabile in fase di commisurazione della pena (75).

Sebbene il compito di determinazione della fattispecie sia custodito dal legislatore, con la formulazione di

alcuni istituti (come le “valvole di sicurezza”), la Consulta trasferisce gradualmente nelle mani del giudice il potere di definire/completare la *norma* nel caso concreto (76), valorizzando la *sua multiforme varietà*, che consente quindi, la “significazione di ‘valore’ più idonea a produrre un certo trattamento penale (77)”. È la discrezionalità che ha il compito di determinare nel caso concreto il *pensiero del diritto* (78).

La sentenza del 2024 dopo aver affrontato i primi due test di proporzionalità, nel momento in cui attribuisce alla “valvola di sicurezza” la funzione di “individualizzare” il trattamento punitivo al fine di rispettare il volto costituzionale dell’illecito penale, scolpisce un postulato condivisibile: l’art. 25, comma 2, Cost. che, nell’apparente rigidità della sua articolazione letterale, pare precludere ogni potere discrezionale del giudice nella determinazione della forbice edittale, va precisato con l’art. 27 Cost., dunque, con l’*elasticità* della durata edittale della pena che è costituzionalmente imposta (79).

L’uguaglianza di fronte alla pena, in questi termini si declina allora come proporzione della pena rispetto alle personali responsabilità e alle esigenze di risposta che ne conseguono, bilanciando contemporaneamente esigenze di giustizia, ma anche di garanzia/limite della potestà punitiva. L’art. 27 Cost. non esprime solo l’ambito di distribuzione/attribuzione delle responsabilità, ma anche l’adeguamento della risposta sanzionatoria alle caratteristiche personali del reo, intese come dimensione complessa e problematica dell’agire, come flusso delle sue relazioni all’interno della società, come unicità e irripetibilità del proprio vissuto (80). Come rilevato dalla Consulta, affinché si giunga ad una pena quanto più personale, è necessario che il giudice vada a valorizzare le caratteristiche del singolo uomo-reo, con attenzione anche alle cause dell’agire, alla storia, alla situazione sociale dell’agente. In riferimento ai fatti del *giudizio a quo* alla base della sentenza in commento, ci sono due uomini, rei di aver rubato del pane e di averlo consumato a pochi metri dal luogo del delitto: il giudice non può non tener conto della loro fame.

(70) A. Santoro, voce *Circostanze del reato*, cit., 264: “non si tratta di rendere concreta (o più concreta) la fattispecie, ma di dedurne come conseguenza giuridica una sanzione individualizzata, al di là dell’astrattezza della sanzione tipica”.

(71) G. Marini, *Le circostanze del reato. Parte generale*, Milano, 1965, 64.

(72) G. De Vero, *Le circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., cap. III.

(73) A. Melchionda, *Le circostanze del reato*, cit., cap. VII.

(74) A.M. Stile, *Il giudizio di prevalenza e di equivalenza tra le circostanze*, Napoli, 1971, 54.

(75) L. Pellegrini, *Circostanze del reato: trasformazioni in atto prospettive di riforma*, Firenze University press, 2014, 93 s.

(76) L. Pellegrini, *Circostanze del reato*, cit., 148.

(77) A.R. Latagliata, *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, Napoli, 1967, 56.

(78) S. Messina, *La discrezionalità nel diritto penale*, Roma, 1948, 83.

(79) L. Pellegrini, *Circostanze del reato*, cit., 330.

(80) G. Caruso, *La discrezionalità penale. Tra “tipicità classificatoria” e “tipologia ordinamentale”*, Padova, 2009, 400.

Il giudizio allora, sia sulla colpevolezza sia sulla pena non può essere solo astratto, in quanto ha ad oggetto l'uso della libertà di uomo in una determinata situazione. La Corte costituzionale *recupera* così l'umanità del diritto penale (81), andando a valorizzare l'uomo concreto con la sua individualità corporea e spirituale, in un'ottica di maggiore equilibrio fra categoria del reato e categoria del reo (82). Ma non solo. Introducendo la "valvola di sicurezza" che consente al giudice di andare al di sotto del minimo edittale dell'art. 628 c.p. la Consulta permette di *recuperare* il valore della persona in un sistema orientato alla *colpevolezza per il fatto* e non già alla *colpa d'autore* o alla mera neutralizzazione della pericolosità individuale (83), espressioni che invece riecheggiano nell'orientamento della c.d. *unicità del tipo d'autore* e del *significato criminale dei fatti* (84). Infatti, se il massimo edittale rappresenta il confine estremo della tutela del sistema delle libertà tarato sulla prevenzione generale; il minimo, invece, dovrebbe guardare solo al valore della persona in una prospettiva di prevenzione speciale positiva. Al contrario, minimi edittali troppo "aspri" - legati alla funzione di intimidazione - finiscono per commisurare una persona ad un fatto (85): la libertà di un uomo commisurata a tre *baguettes*, una scatoletta di tonno e uno spazzolino da denti. Da qui, la necessità del *minimo ombra* (da cui partire) per *individuare* la pena per un fatto di reato già *in astratto* tenue nel complesso.

### L'alternativa (non praticabile) dell'incostituzionalità del minimo edittale

Oltre all'introduzione del *minimo ombra*, era possibile percorrere altre strade?

Nella pronuncia del 2024 le scure della Corte costituzionale hanno un obiettivo (palese o meno): "aggreddire" il minimo della cornice edittale del delitto di rapina. Le possibili soluzioni erano: ridimensionare il minimo edittale direttamente o introdurre la circostanza attenuante per ottenere una nuova "commisurazione legale"/*minimo ombra*.

Il tema del minimo edittale delle pene è strettamente legato al marchio di una specifica politica criminale. L'indicazione di maggiore rilievo è quella secondo cui il vantaggio del delitto non deve superare lo svantaggio della pena; se non fosse così, la pena sarebbe una tassa priva della pur minima (ma necessaria) funzione deterrente. È su questa premessa che va indagata la scelta della Consulta di non "aggreddire" direttamente il minimo edittale dell'art. 628 c.p.; preferendo la via dell'introduzione della circostanza attenuante che svolge la funzione di *minimo ombra*. Infatti, il percorso della rimodulazione del minimo edittale non era praticabile per la fattispecie di rapina: pur avendo una pena particolarmente severa, non è arbitraria o radicalmente ingiustificata, tale da evidenziare un uso distorto della discrezionalità legislativa in contrasto con gli artt. 3 e 27, comma 3, Cost (86). Le vicende dell'art. 628 c.p. non sono paragonabili a quelle di altre disposizioni, come nella recente sentenza n. 46 del 2024 in cui la Consulta ha censurato il minimo edittale di due anni di reclusione previsto per il delitto di appropriazione indebita: dal 1931 al 2019 il minimo edittale è rimasto di quindici giorni di reclusione; il salto punitivo - quarantotto volte superiore all'originario - previsto con la L. 9 gennaio 2019, n. 3 è definito meramente arbitrario (87), perché non sorretto da qualche discernibile finalità, o dalla comune esperienza e da un incremento della preoccupazione sociale, e soprattutto dal confronto con altre fattispecie di reato - più gravi - come il furto e la truffa che presentano minimi edittali (sei mesi di reclusione) ben più miti.

Per il delitto di rapina, invece, l'allarme sociale e la potenziale carica nociva della condotta criminosa giustificano l'asprezza della sanzione prevista dal legislatore la cui valutazione rimane inalterata; anzi, aver "trascurato" la cornice edittale e spostato l'attenzione sulla circostanza attenuante, consente di ritenere "giustificato" il trattamento sanzionatorio, che resta intonso. Il delitto, in altre parole, supera in parte il penetrante vaglio di costituzionalità: la disciplina non è affetta da manifesta arbitrarietà; ma, va

(81) G. Bettiol, *Sull'umanizzazione del diritto penale*, in *Scritti giuridici*, II, Padova, 1966, 748 s.

(82) L. Tumminello, *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, 2010, 73.

(83) Sentenza Corte cost. n. 141 del 2023.

(84) Par. "I precedenti immediati sulla legittimità costituzionale dell'art. 628 c.p. ...".

(85) M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Padova, 2004, 275.

(86) F. Viganò, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2017, 65.

(87) Sentenza Corte cost. n. 46 del 2024: "L'assenza di qualsiasi plausibile giustificazione - ricavabile dai lavori preparatori, o comunque ricostruibile dall'interprete sulla base delle *rationes* ascrivibili alla riforma - di un così rilevante inasprimento della pena per tutti i fatti di appropriazione indebita, e conseguentemente di una compressione assai più gravosa della libertà personale per i destinatari del precetto penale rispetto alla situazione preesistente, rende di per sé costituzionalmente illegittima la disciplina censurata, al duplice metro degli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost. evocati dal rimettente".

ricollocata accanto a quelle fattispecie (come l'estorsione) con cui condivide i medesimi interessi protetti, il compasso edittale e i diversi istituti sostanziali e processuali aventi un impatto commisurativo.

### La necessità della circostanza attenuante per recuperare la gravità del reato

Esclusa la possibilità di trovare conforto negli *indici* dell'art. 133 c.p. e di "aggredire" direttamente il minimo della forbice edittale, l'unica via percorribile per la Consulta è quella dell'introduzione della circostanza attenuante che, come già evidenziato in precedenza, pone il problema della *tipicità* della fattispecie e della "commisurazione legale" e della sua *gravità*. L'elemento della *gravità* va approfondito, infine, per legare e *recuperare* la *complessità* dell'illecito penale con il principio di proporzione cardinale che, a sua volta, è la garanzia di corrispondenza tra disvalore del tipo legale e disvalore dei fatti a questo riconducibili (88).

Il reato come istituto giuridico è costituito da elementi che possiedono un versante formale e uno sostanziale: *formale*, la qualificazione di un fatto come reato agli occhi dell'ordinamento (89); *sostanziale*, l'insieme delle ragioni - d'intensità variabile a seconda delle circostanze concrete - per cui un fatto è considerato dall'ordinamento reato e il suo autore un soggetto punibile (90).

Quando ci si riferisce alla *gravità del reato* è al versante *sostanziale* a cui bisogna guardare: alle ragioni soggiacenti che consentono di quantificare un reato, andando a stabilire quanto esso sia grave o meno, pesando ciascuno degli elementi di cui il reato si compone (91).

Per l'interprete, superato il primo *step* - di natura compilativa - di verifica della corrispondenza linguistico-descrittiva di un certo fatto al contenitore normativo; il passaggio successivo consiste nell'individuazione dell'identità tipologica del singolo caso concreto al fine di "separare" il fatto del giudizio

da tutti quelli diversi in punto di disvalore presenti nel medesimo contenitore legale. In altri termini, individuato il "nucleo centrale" di disvalore del reato (92) che consente la sussunzione ad un *tipo comportamentale*, si passa al *tipo di lesione valoriale* (93) che integra un accertamento commisurativo-scalare al fine di trovare al fatto concreto una collocazione lungo la scala di gravità all'interno dello spazio di tipicità del reato (94).

Centrale è proprio l'elemento della *tipicità*, che dal punto di vista *formale* consiste nella sussumibilità di un fatto nella fattispecie descritta dal precetto penale; mentre, il versante *sostanziale* rappresenta la sua offensività (95) in concreto (96) che, come dimostra la giurisprudenza costituzionale, opera in senso verticale: quando il legislatore confeziona una fattispecie sanzionatoria in astratto, deve tener conto anche della "concreta esperienza nella quale quei fatti si sono verificati e dei particolari inconvenienti provocati in precedenza dai fatti stessi, in relazione ai beni che intende tutelare (97)". In questi termini, la *tipicità sostanziale* è un concetto graduabile perché legato ad una "quantità di bene giuridico che viene offeso", e quindi un fatto può essere più o meno offensivo, e quindi più o meno biasimabile: una rapina commessa con una spinta (98) è sicuramente meno grave di una realizzata con una pistola puntata sulla persona offesa. All'interno del delitto di rapina c'è sicuramente una identità dei beni giuridici protetti dalla norma incriminatrice, ma è evidente, che a seconda delle circostanze - come quelle evidenziate dalla Consulta - diventano "particolari" per quel singolo reato e quindi sono differenti, se non per specie (patrimonio e integrità fisica), almeno per *gradazione*. L'intervento della Corte consente di forgiare allora - tramite le circostanze - il "tipo tipico" che permette di distinguere il fatto generale e astratto, da quello circostanziato e quindi di "asciugare" e "sfrondare" la tipicità del fatto-base da fattori significativi per il fatto concreto (99).

(88) G. Vassalli, voce *Tipicità (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1992, 535 ss.

(89) D. Pulitanò, *Diritto penale. PG*, Torino, 2019, 515.

(90) A. Pagliaro, *Il reato*, in A. Pagliaro - T. Padovani - C.E. Grosso (a cura di), *Trattato di diritto penale. PG*, Milano, 2007, 17.

(91) C.E. Paliero, "Minima bon curat praetor". *Iperfrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, 696 ss.

(92) F. Palazzo, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 535.

(93) V. Manes, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di deontologia ermeneutica*, in *Dir. pen. cont.*, 17 gennaio 2018, 15.

(94) A.F. Latagliata, *Principio di eguaglianza davanti alla legge ed equiparazione di condotte "diverse" sotto un unico titolo di responsabilità*, in *Giur. mer.*, 1971, 96.

(95) G. Marinucci - E. Dolcini, *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 194.

(96) Cfr. le sentenze Corte cost. nn. 263 e 519 del 2000, 265 del 2005, 225 del 2008. Per un approfondimento V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, 230 ss.

(97) Sentenza Corte cost. n. 132 del 1986.

(98) Sul punto è interessante la posizione di parte della letteratura, che sottolinea la minore gravità della reazione violenta di colui che sta per essere catturato. Cfr. V. Zagrebelsky, *Rapina*, cit., 774.

(99) R. Bartoli, *Le circostanze "al bivio"*, cit., 2256.

La giurisprudenza della Corte costituzionale (100), di cui la sentenza n. 86 del 2024 è espressione, dinanzi all'inerzia o ad una volontà maggiormente repressiva del legislatore, introduce allora una circostanza che incide sulla *tipicità*, arricchendola in modo che all'interno del suo perimetro assumano specifica rilevanza elementi "impliciti" al reato-base, che vanno a modificare il significato offensivo della fattispecie già in astratto, mettendo così in risalto l'elemento sostanziale della *gravità* del reato ai fini della commisurazione della pena. In questo caso la circostanza attenuante introdotta nell'art. 628 c.p. incide sulla norma di condotta della fattispecie base con la funzione di assicurare che, ad una offensività del fatto significativamente ridotta consegua una riduzione del *quantum* della pena - il *minimo ombra* - che la faccia percepire come "giusta" già in astratto (101). Ritorna il principio di proporzione.

### Sullo sfondo la severa tutela penale del patrimonio

La Corte costituzionale in modo chiaro ha criticato - seppur indirettamente "giustificato" - il progressivo inasprimento della forbice edittale della fattispecie di rapina; con il minimo edittale originariamente determinato in tre anni di reclusione, portato a quattro anni con la L. 23 luglio 2017, n. 103 e infine a cinque anni con la L. 26 aprile 2019, n. 36. A cui vanno aggiunti gli inasprimenti relativi alle fattispecie circostanziate come quella contestata ai due imputati presso il Tribunale di Cuneo: per la rapina commessa da più persone riunite, si è passati dalla reclusione a quattro anni della versione originaria del Codice, a quattro anni e sei mesi con la L. 14 ottobre 1974, n. 467 poi cinque anni con la L. n. 103/2017, e infine sei anni con la L. n. 36/2019. Un progressivo inasprimento che fa impallidire l'ideologia autoritaria-borghese della versione originaria del Codice in relazione alla tutela penale del patrimonio e della proprietà (102).

È palese che la legislazione securitaria degli ultimi decenni non ha rispettato la scala gerarchica dei beni giuridici meritevoli di protezione (103); e se già la versione degli anni '30 del Codice stride con la lettura costituzionale del diritto di proprietà, lo è a fortiori la normativa più recente. È una vera e propria sovversione dei valori costituzionali. Come limpidamente rileva Rudolf von Jhering: "quanto più elevato è un bene, tanto più ci preoccupiamo di tutelarlo (...) quanto è più prezioso il bene, tanto più elevata è la pena. La tariffa della pena misura il valore dei beni sociali (...) ponendo da un lato i beni sociali e dall'altro le pene, si ottiene la scala dei valori di una società (104)". I nostri valori sono altri: il patrimonio è certamente un bene di rilievo costituzionale, ma perché funzionale allo sviluppo della personalità; quindi, ha necessariamente un'importanza minore rispetto a quella data nell'assetto socio-ordinamentale precedente alla Repubblica. Il microsistema costituzionale relativo al patrimonio - artt. 42-44 Cost. - è ricco di limitazioni ed è "relegato" nel Titolo III della Carta che regola i rapporti economici, e non nel Titolo I dedicato ai rapporti civili e quindi ai diritti fondamentali. È evidente, come sosteneva Stefano Rodotà, che a livello costituzionale il diritto di proprietà ha un valore attenuato rispetto a quello connesso alla soddisfazione di istanze superindividuali (105).

La Costituzione, come insegna Sergio Moccia, pone attenzione anche in questo ambito alle istanze di solidarietà (106), e allora come si deve porre l'ordinamento dinanzi a chi "rubava per fame"?

A differenza di altre ipotesi in cui la Consulta ha motivato il proprio intervento di "aggressione" alla forbice edittale della fattispecie per smuovere un sedimentato *diritto vivente* molto criticabile (107), nel caso in commento il giudice della legge avrebbe ben fatto per rafforzare le proprie ragioni a trovare conforto anche nel *diritto pretorio*. Infatti, da tempo la Suprema Corte in più occasioni ha sottolineato la necessità di una maggiore *indulgenza* nei confronti di

(100) Di particolare rilevanza la sent. Corte Cost. n. 68 del 2012 in cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p. - sequestro a scopo di estorsione - nella parte in cui non prevedeva che la pena fosse diminuita quando per la natura, la specie, le modalità o le circostanze dell'azione o per la particolare tenuità del danno o del pericolo il fatto risulti di lieve entità. Nella pronuncia la Corte ha individuato come *tertium comparationis* l'art. 289-bis c.p. - sequestro di persona a scopo di terrorismo e eversione - in cui si dà rilevanza alla circostanza attenuante del fatto di lieve entità. C. Sotis, *Estesa a sequestro di persona a scopo di estorsione una diminuzione di pena per i fatti di lieve entità. Il diritto vivente 'preso-troppo?' - sul serio*, in *Giur. cost.*, 2012, 906; S. Seminara, *Il sequestro di persona a scopo di estorsione tra paradigma normativo, cornice di pena e lieve entità del fatto*, in

*Cass. pen.*, 2012, 2393; V. Manes, *Viola i principi di ragionevolezza e proporzione la mancata attenuante analoga al reato gemello*, in *Guida dir.*, 2012, 67 ss.

(101) A. Spina, *Accidentalità delicti?*, cit., 666.

(102) S. Moccia, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1988, 13 ss.

(103) F. Sgubbi, *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio. Libertà economica, difesa dei rapporti di proprietà e "reati contro il patrimonio"*, Milano, 1980, 125 ss.

(104) R.V. Jhering, *Lo scopo del diritto*, cit., 346.

(105) S. Rodotà, voce *Proprietà*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1968, 129 ss.

(106) S. Moccia, *Tutela penale del patrimonio*, cit., cap. I.

(107) Cfr. Sentenza Corte cost. n. 68 del 2012.

chi delinque per fame o sottrae beni di particolare tenuità, come nella ormai celebre sentenza del tentato furto della melanzana (108).

La legislazione che ha riguardato il delitto di rapina (ma non solo) è espressione di un *diritto penale massimo*: i diritti sociali sono ridotti al minimo - si delinque per fame - e si viene puniti con pene terroristiche che hanno la “funzione” (simbolica) di controllo sociale e di incarcerare la povertà. Invece, come sosteneva Claus Roxin, nel suo *Berlin Programm*, e nella filigrana la sentenza n. 86 del 2024, i principi di sussidiarietà, legalità, personalità della responsabilità, offensività, finalità rieducativa, proporzionalità e ragionevolezza (109) *limitano e fondono*. Sono principi che esprimono il volto costituzionale del sistema penale che trova sintesi nell’art. 27 Cost. - valorizzato anche in questa sentenza dalla Corte - manifestazione felice della componente

personalistica e delle istanze solidaristiche della Carta e della tutela dei diritti fondamentali (110).

### Una “valvola di sicurezza” contro un aspro e ironico diritto punitivo

In conclusione, la posizione della Corte costituzionale che *recupera e restituisce* alla magistratura la possibilità di narrare il *dettaglio* del fatto concreto e far seguire la “giusta” pena, sullo sfondo della *ragione giuridica* del *garantismo*, è finalizzata a prospettare le misure di mitigazione del carico sanzionatorio (111): è una “via obbligata” a causa dell’“impossibilità” di una nuova codificazione e dell’*ottusità* del legislatore che fanno supporre - con triste ironia - che “le leggi e le pene fossero qualcosa di naturale o provenissero da un altro pianeta, e a noi non restasse che alleviarne la durezza in sede di esecuzione (112)”.

(108) Cass. Pen., Sez. V, 2 novembre 2017, n. 12823. G.L. Gatta, *La Cassazione e il furto (tentato) di una melanzana: tra tenuità del fatto e patologie della giustizia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 3 aprile 2018.

(109) V. Manes - V. Napoleoni, *La legge penale illegittima*, cit., 39.

(110) V. Manes, *Il principio di proporzionalità. Scelte del legislatore e sindacato di legittimità*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Roma, 2013, 104 ss.

(111) V. Manes, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Quest. giust.*, 1, 2019, 86 ss.

(112) L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., 408.

## Patteggiamento

Cassazione Penale, SS.UU., 19 aprile 2024 (ud. 30 novembre 2023), n. 16403 - Pres. Cassano - Rel. Pellegrino - P.M. (Conf.)

**In tema di patteggiamento, il danneggiato è legittimato a costituirsi parte civile in udienza preliminare anche laddove l'imputato abbia precedentemente depositato in cancelleria la richiesta di applicazione della pena munita del consenso del pubblico ministero, sì che il giudice deve provvedere anche sulla regolamentazione delle relative spese di costituzione (massima ufficiale).**

### ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

<b>Conforme</b>	Sez. IV, 25 gennaio 2023, n. 8518, n.m.; Sez. V, 13 gennaio 2023, n. 11257, in CED, n. 284293; Sez. VI, 20 ottobre 2022, <i>ivi</i> , n. 284007; Sez. III, 6 luglio 2022, n. 32768, <i>ivi</i> , n. 283518; Sez. VI, 18 giugno 2020, n. 21522, n.m.
<b>Difforme</b>	Sez. IV, 23 settembre 2022, n. 2659, n.m.; Sez. II, 5 aprile 2022, n. 13915, in CED, n. 283081; Sez. V, 10 dicembre 2021, n. 8227, n.m.; Sez. VI, 18 ottobre 2021, n. 39549, n.m.; Sez. IV, 22 settembre 2021, n. 36186, n.m.; Sez. II, 1 luglio 2021, n. 33445, n.m.; Sez. V, 16 dicembre 2020, n. 13087, n.m.; Sez. V, 12 ottobre 2020, n. 34530, in CED, n. 279979; Sez. V, 6 marzo 2020, n. 17272, <i>ivi</i> , n. 279115; Sez. VI, 7 novembre 2019, n. 5252, n.m.; Sez. V, 28 giugno 2018, n. 48342, in CED, n. 274141.

(Omissis).

## **La *legitimatio ad causam* della parte civile in pendenza dell'accordo sulla pena: istanze risarcitorie e prospettive liquidatorie**

*di Wanda Nocerino (\*)*

Per le Sezioni Unite non esistono preclusioni alla costituzione di parte civile in pendenza di un accordo di applicazione della pena già concluso tra imputato e P.M.; di conseguenza, il giudice è tenuto a decidere sulla liquidazione delle spese sostenute dalla stessa, a prescindere dalla domanda sul risarcimento del danno. L'Autore, dopo aver circoscritto gli spazi di manovra concessi al danneggiato nel rito negoziato, si sofferma sull'interesse del medesimo a invocare la pretesa risarcitoria e/o restitutoria nelle more della decisione giudiziale sulla pertinenza e congruità dell'accordo. L'obiettivo è la ricerca di un equo compromesso tra le esigenze di tutela giurisdizionale del danneggiato dal reato e la garanzia della effettiva premialità del patteggiamento che, come noto, implica rinuncia al contraddittorio in cambio di benefici *intra* ed *extra* procedimentali.

*For the United Sections, there are no preclusions to the formation of a civil party pending an agreement for the application of the sentence already concluded between the accused and the Prosecutor; consequently, the judge is required to decide on the payment of the expenses incurred by the same, regardless of the request for compensation for damages. The Author, after having limited the room for maneuver granted to the injured party in the negotiated procedure, focuses on the interest of the same in invoking the claim for compensation and/or restitution pending the judicial decision on the relevance and congruity of the agreement. The objective is the search for a fair compromise between the needs of judicial protection of the person harmed by the crime and the guarantee of the effective reward of the plea bargain which, as is known, implies renunciation of cross-examination in exchange for intra- and extra-procedural benefits.*

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

### Le questioni (ir)risolte

Periodicamente le Sezioni Unite intervengono a dirimere contrasti giurisprudenziali insorti su questioni affrontate in un passato più o meno recente, superando gli approdi già raggiunti (1). Questo atipico andamento sistemico caratterizza in modo particolare quelle pronunce finalizzate alla regolazione dei farraginosi rapporti tra l'azione risarcitoria e il procedimento penale (2), chiaro sintomo della difficoltà a recepire i principi propri del processo civile soprattutto al cospetto dei riti alternativi, per i quali sussiste una strutturale emarginazione della "vittima del reato" (3) in favore delle istanze premiali dell'imputato (4).

A tale "moto" non si sottrae la decisione in commento. Nel tentativo di fornire adeguate risposte al quesito sottoposto dalla Sesta Sezione (5), il Supremo Collegio - discostandosi dai principi espressi nel 2008 (6) in ragione della (presunta) peculiarità del caso oggetto di decisione (7) - ritiene che non sussista alcuna preclusione codicistica alla costituzione di parte civile in udienza preliminare, anche in pendenza di un accordo di applicazione della pena già concluso;

di conseguenza, il giudice è tenuto a decidere sulla liquidazione delle spese sostenute dal danneggiato, a prescindere dalla domanda sul risarcimento del danno.

Già dal *decisum* emerge la poliedricità delle questioni che sottendono la risoluzione del caso sottoposto al vaglio di legittimità e che solo parzialmente sono state affrontate dalla Corte.

Intanto, posto che al giudice è preclusa la possibilità di liquidare autonomamente le spese di costituzione alla persona danneggiata dal reato, dovendo valutare preliminarmente la sua legittimazione a promuovere istanze riparatorie (8), il punto nevralgico della pronuncia risiede nella verifica della fondatezza dei presupposti per intentare l'azione civile nella piena consapevolezza della sussistenza di un negozio sulla pena già raggiunto tra imputato e P.M. e che, quindi, la prosecuzione dell'*iter* procedurale è finalizzata esclusivamente ad un "controllo di idoneità" del *pactum*.

Campeggiano sullo sfondo ulteriori questioni problematiche che spaziano dalla determinazione del "peso" da attribuire all'accordo di patteggiamento perfezionato ma non efficace (9), al valore della comunicazione

(1) Solo a titolo esplicativo, si pensi alla recentissima pronuncia con cui le Sezioni Unite riconoscono la possibilità di produrre nuovi elementi probatori nel giudizio di appello cautelare (Cass. Pen., SS. UU., 30 novembre 2023, n. 15403, in *Penale. Diritto e procedura*, 16 aprile 2024), superando il principio di diritto enunciato da Cass. Pen., SS.UU. 31 marzo 2004, n. 18339, in questa *Rivista*, 2005, 49, con nota di D. Zignani, *Poteri cognitivi, istruttori e decisori del Tribunale della libertà quale giudice d'appello*.

(2) Per tutte, cfr. Cass. Pen., SS.UU., 19 maggio 1999, n. 12, in *Foro it.*, 1999, 12, 700, per cui "il giudice ha il potere-dovere di valutare la legittimazione del danneggiato alla costituzione anche ai fini della condanna dell'imputato al pagamento delle spese processuali in favore di essa" che sconfessa il principio di diritto enucleato da Cass. Pen., SS.UU., 25 novembre 1998, n. 5, in *Guida dir.*, 1999, 13, 87, con nota di E. Sacchetti, *Per la cenerentola del processo penale nessuna conseguenza al ribaltamento dei giudizi*.

(3) Si precisa sin da ora che la terminologia *de qua*, lungi dal voler evocare una dimensione sociologica o riecheggiare un lessico proprio della giustizia riparativa, si impiega quale sinonimo di danneggiato da reato.

(4) Come precisato da P.P. Paulesu, voce *Persona offesa dal reato*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 2008, 612, "[L'] esigenza di assicurare l'efficienza del processo spinge spesso a sottovalutare le implicazioni negative che i riti deflattivi presentano in ordine alle istanze della persona offesa. Questa figura risulta oggi estromessa dalle dinamiche del patteggiamento".

(5) "Se, nel caso di accordo concluso prima della costituzione di parte civile, quest'ultima sia ugualmente legittimata a costituirsi per l'udienza e, in tal caso, se il giudice che emette la sentenza di patteggiamento debba [...] liquidare le spese [...] in suo favore". Così Cass. Pen., Sez. VI, 15 giugno 2023, n. 31432, in *Sist. pen.*, 4 dicembre 2023. Per un commento, si rinvia a B. Monzillo, *La sopravvivenza nel processo della vittima dopo l'accordo sulla pena: un interesse di fatto?*, *ivi*, 2023, 10, 93.

(6) Ci si riferisce a Cass. Pen., SS.UU., 27 novembre 2008, n. 47803, in *Cass. pen.*, 2009, 2323, con nota di L. Pistorelli, *Per le Sezioni unite non è ammissibile la costituzione di parte civile nell'udienza fissata ex art. 447 cpp*; *ivi*, 2009, 3901, con nota di

M. Pinna, *Il ruolo della parte civile nel patteggiamento: tutelare l'aspettativa ad una decisione sulla domanda risarcitoria*; in questa *Rivista*, 2009, 1131, con nota di O. Bruno, *Esclusa la parte civile all'udienza per decidere sulla pena negoziata*; in *Giust. pen.*, 2010, 3, 210, con nota di A. Guerrero, *Le spese: solo per costituzione di parte civile "ragionevoli"*, per cui "[N]ell'udienza fissata a seguito della richiesta di applicazione della pena presentata nel corso delle indagini preliminari non è consentita la costituzione di parte civile ed è pertanto illegittima la condanna dell'imputato al pagamento delle spese sostenute dal danneggiato dal reato la cui costituzione sia stata ammessa dal giudice nonostante tale divieto".

(7) Conviene precisare immediatamente che, seppur le Sezioni Unite c.d. "D'Avino" del 2008 (Cass. Pen., SS.UU., 27 novembre 2008, n. 47803, cit.) si sono concentrate su un aspetto peculiare della costituzione di parte civile nell'udienza fissata ai sensi dell'art. 444 c.p.p., lo schema è il medesimo di quello che si profila nel caso di specie, ossia una richiesta di patteggiamento accolta dal p.m. che antecede la presentazione della domanda risarcitoria del danneggiato. Sul punto, cfr. par. "La peculiarità del rito patteggiato".

(8) Secondo Cass. Pen., SS.UU., 19 maggio 1999, n. 12, cit., "[P]oiché con la sentenza emessa ai sensi dell'art. 444 non può essere pronunciata la condanna dell'imputato al risarcimento dei danni, non è simmetricamente configurabile una situazione di soccombenza da cui derivi *ex lege* il diritto della parte vittoriosa alla ripetizione delle spese sostenute per far valere la sua pretesa nel processo". Per commenti alla pronuncia, si rinvia a E. Lualdi, *Un'altra sentenza delle sezioni unite sulle formalità di costituzione della parte civile*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1999, 5, 510; E. Squarcia, *La procura per la costituzione di parte civile ad un nuovo esame delle sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2000, 810; G. Varraso, *Vademecum delle Sezioni Unite in materia di azione civile da reato nel processo penale*, in *Giust. pen.*, 2000, 8, 489.

(9) Come noto, nel caso di applicazione della pena su richiesta delle parti, il giudice - pur non entrando nel merito dell'accordo - è tenuto a ratificare o rigettare la prospettazione offerta dall'imputato e dal P.M. Cfr. par. "La peculiarità del rito patteggiato".

formale alla vittima del reato circa la composizione del negozio, passando per la perimetrazione degli spazi di manovra concessi al danneggiato non costituitosi parte civile nel contingentato rito negoziale.

In ragione della complessità delle questioni (più o meno esplicitamente) richiamate, si ritiene utile soffermarsi ancora una volta sul *quid proprium* dei rapporti tra azione di danno e processo penale, da intendersi quale “causa prima che fa sorgere un determinato istituto perché [...] ne riassume l'essenza e lo spirito quasi ne fosse il motore” (10), così da verificare la sussistenza di un interesse legittimo alla costituzione in capo al danneggiato in pendenza di un patto già formato e di cui è ufficialmente a conoscenza e, di conseguenza, del diritto a ottenere la liquidazione delle spese sostenute per diventare parte del rito accusatorio. L'obiettivo è rintracciare il punto di equilibrio tra le esigenze di tutela giurisdizionale del danneggiato dal reato e la garanzia della effettiva premialità [*rectius*: appetibilità] del rito patteggiato con conseguenti effetti deflattivi del carico giudiziario dibattimentale.

### Il cambio di rotta delle Sezioni Unite in chiave “vittimocentrica”

La motivazione poggia su plurime argomentazioni. Intanto, la Corte si premura di chiarire le ragioni per quali non è possibile trasporre al caso di specie il *dictum* della pronuncia c.d. “D'Avino” del 2008 (11), rilevando come il principio di preclusione della costituzione in presenza di una richiesta di patteggiamento, con conseguente illegittimità dell'eventuale condanna dell'imputato al pagamento delle spese sostenute dalla parte civile, “è stato affermato [...] con riguardo al caso in cui [l'istanza privatistica] sia stata depositata all'udienza all'uopo fissata a seguito della richiesta di applicazione pena presentata nel corso delle indagini preliminari, ai sensi dell'art. 447 c.p.p., [poiché solo in quel caso] il danneggiato,

conoscendo in partenza l'oggetto del giudizio, non ha ragioni per costituirsi parte civile” (12). Dunque, per le Sezioni Unite la preclusione all'*actio restitutoria* nelle more della decisione giudiziale sull'accordo di pena rappresenta un principio “a portata limitata”, valevole solo nel caso in cui il patto sia intervenuto in fase investigativa e non invece una regola generale cui ricorrere tutte le volte in cui venga proposta un'istanza di risarcimento in sede di patteggiamento.

Poi, i giudici ricorrono ad argomentazioni di tipo letterale per negare l'esistenza di limiti partecipativi del danneggiato al rito speciale, concentrandosi sul dato testuale della previsione di cui all'art. 444, comma 2, c.p.p. che, dopo l'innesto normativo “suggerito” dalla Consulta (13), impone al giudice di decidere sulla liquidazione delle spese sostenute dalla parte civile a prescindere dalla domanda risarcitoria (14): “non distingue[ndo] a seconda che l'accordo sia anteriore, concomitante o successivo alla costituzione, ovvero se lo stesso sia già noto [...] prima dell'udienza o sia stato conosciuto solo in udienza” (15).

Di conseguenza, la condanna alle spese - che esula dal contenuto del patto (16) - prescinde in ogni caso dalla condanna al risarcimento del danno.

Parallelamente, la Corte rileva che nessuna norma prevede un obbligo a carico delle parti necessarie e/o del giudicante di notificare la vittima del reato circa la concretizzazione dell'accordo sulla pena e, tanto meno, la legge impone al danneggiato, in vista della sua costituzione in giudizio, di “monitorare” le iniziative del P.M. e dell'imputato per concludere il negozio.

In quest'ottica, ritenere interdotta l'azione civile al danneggiato nel caso in cui questi sia stato preventivamente messo a conoscenza dell'accordo sulla pena, secondo i giudici significa legittimare l'introduzione di una causa di inammissibilità della costituzione non

(10) Così, P. Della Sala, *Natura giuridica della azione civile nel processo penale e conseguenze sul danno*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1081.

(11) Cfr. Cass. Pen., SS.UU., 27 novembre 2008, n. 47803, cit.

(12) Così Cass. Pen., SS.UU., 30 novembre 2023, n. 16403, in *Sist. pen.*, 8 maggio 2024, 10.

(13) Corte cost. 12 ottobre 1990, n. 443, in *Cass. pen.*, 1992, 525, con cui viene dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 444, comma 2, c.p.p., “nella parte in cui non prevede che il giudice condanni l'imputato al pagamento delle spese processuali in favore della parte civile, salvo che ritenga di disporne, per giusti motivi, la compensazione totale o parziale”.

(14) Come precisato da Cass. Pen., SS.UU., 27 ottobre 1999, n. 20, in *Arch. n. proc. pen.*, 2000, 1, 32, “non è simmetricamente configurabile una situazione di soccombenza da cui derivi, 'ex

*lege*', il diritto della parte vittoriosa alla ripetizione delle spese sostenute per far valere la sua pretesa nel processo, deve escludersi che, nell'applicare la pena concordata, il giudice possa liquidare d'ufficio, in mancanza della domanda dell'interessato, le spese processuali a favore della parte civile”.

(15) Cass. Pen., SS.UU., 30 novembre 2023, n. 16403, cit., 17.

(16) Secondo Cass. Pen., SS.UU., 14 luglio 2011, n. 40288, in *Cass. pen.*, 2012, 2061, con nota di A. Scarcella, *Ricorribilità per Cassazione della sentenza di patteggiamento relativamente alle spese di parte civile*, “[È] ricorribile per cassazione la sentenza di patteggiamento nella parte relativa alla condanna alla rifusione delle spese di parte civile, in particolare per quanto attiene alla legalità della somma liquidata e alla esistenza di una corretta motivazione sul punto, una volta che sulla relativa richiesta, proposta all'udienza di discussione, nulla sia stato eccepito”.

# Giurisprudenza

## Processo penale

espressamente prevista da norme processuali e “nessuna preclusione può essere introdotta in via interpretativa” (17).

Per finire, sono ragioni di coerenza logico-sistematica a indurre il Collegio a propendere per la tesi *de qua*. Da una parte, non può mettersi in discussione l'interesse del danneggiato all'esercizio dell'azione civile che rimane attuale fino al momento dell'eventuale ratifica dell'accordo sulla pena da parte del giudice. La conclusione del patto - secondo la Corte - si inserisce in una dinamica processuale ancora “fluida”, poiché “[Q]uesto accordo potrebbe essere vanificato da un rigetto della richiesta ed implicare necessariamente la prosecuzione dell'udienza preliminare o la celebrazione di altro rito alternativo” (18).

Dall'altra, si impongono i principi fondamentali del modello accusatorio e, in particolare, la tutela del contraddittorio quale corollario del giusto processo: “immaginare di limitare la voce del danneggiato, citato per costituirsi parte civile, ovvero escludere il suo diritto alla liquidazione delle spese processuali [...] si pone in insanabile contrasto con l'attività partecipativa spiegabile nello stesso contesto di parte” (19).

Pertanto, a parere del Supremo Collegio, in presenza di una richiesta di patteggiamento e del relativo consenso da parte del P.M., non sussistono dubbi sullo scrutinio di ammissibilità della costituzione di parte civile intervenuta in sede di udienza preliminare; ammissibilità rispetto alla quale non costituisce una variabile il fatto che la parte civile abbia avuto conoscenza dell'esistenza di un accordo a norma dell'art. 444 c.p.p.

Di qui, il giudice è sempre tenuto a decidere sulla liquidazione delle spese affrontate dal danneggiato che si è costituito nelle more della ratifica del patto sulla pena.

### I termini del contrasto

Ancor prima di soffermarsi sui principi di diritto enucleati dalle Sezioni Unite, sembra imprescindibile

analizzare il contesto nel quale si insinua l'annosa *querelle*.

Dopo un'apparente quiete giurisprudenziale determinata dall'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite nel 2008 (20), la questione relativa alla legittimazione del danneggiato a intentare l'azione privata in pendenza di un accordo sulla pena già concluso (ma non ancora ratificato) è tornata alla ribalta nelle aule di giustizia, tanto che - nel giro di soli quattro anni - la Corte di legittimità viene adita ben sedici volte (21).

Le pronunce non convergono verso la medesima direzione, dipanandosi in tre schieramenti contrapposti.

Secondo una prima impostazione, al danneggiato è preclusa la costituzione di parte civile in udienza preliminare, qualora la richiesta di patteggiamento e il consenso del P.M. siano già stati portati a conoscenza dello stesso (22), atteso che la vittima “è post[a] nella condizione di rendersi conto che la costituzione è insuscettibile di trovare sbocco nella condanna dell'imputato al risarcimento del danno o alle restituzioni” (23).

Di conseguenza, poiché la parte civile - già al momento della sua costituzione - è consapevole dell'inidoneità dell'istanza a produrre il risultato sperato, “deve escludersi la condanna al pagamento delle spese processuali, a prescindere dalla circostanza che [la stessa] si sia costituita e l'imputato abbia o meno sollevato eccezioni in ordine alla ritualità di detta costituzione” (24).

In altre parole, secondo tale indirizzo, il criterio discrezionale in ordine alla legittimità della costituzione del danneggiato come parte eventuale si incentra sulla preventiva conoscenza, reale o presunta, da parte di quest'ultimo della richiesta di patteggiamento: solo qualora l'offeso non sia stato notiziato dell'intervenuto accordo sulla pena, è ammessa la costituzione in giudizio; viceversa, nel caso in cui la vittima sia stata informata del perfezionamento del negozio, l'azione privata è da considerare interdotta.

(17) Così, Cass. Pen., SS.UU., 30 novembre 2023, n. 16403, cit., 18.

(18) Testualmente, Cass. Pen., SS.UU., 30 novembre 2023, n. 16403, cit., 21.

(19) Cass. Pen., SS.UU., 30 novembre 2023, n. 16403, cit., 23.

(20) Cass. Pen., SS.UU., 27 novembre 2008, n. 47803, cit., 2325.

(21) Curiosamente (vista anche l'assenza di interventi normativi sul punto), le pronunce di legittimità in materia *de qua* si concentrano nel quadriennio 2020-2024. Solo una decisione risale al 2018 che, invero, riprende integralmente i principi enucleati da Cass. Pen., SS.UU., 27 novembre 2008, n. 47803, cit., 2323.

(22) Cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 23 settembre 2022, n. 2659, n.m.; Cass. Pen., Sez. V, 10 dicembre 2021, n. 8227, n.m.; Cass. Pen., Sez. VI, 18 ottobre 2021, n. 39549, n.m.; Cass. Pen., Sez. IV, 22 settembre 2021, n. 36186, n.m.; Cass. Pen., Sez. II, 1° luglio 2021, n. 33445, n.m.; Cass. Pen., Sez. V, 16 dicembre 2020, n. 13087, n.m.; Cass. Pen., Sez. V, 12 ottobre 2020, n. 34530, in *CED*, n. 279979; Cass. Pen., Sez. V, 6 marzo 2020, n. 17272, *ivi*, n. 279115; Cass. Pen., Sez. VI, 7 novembre 2019, n. 5252, n.m.

(23) Così Cass. Pen., Sez. V, 12 ottobre 2020, n. 34530, cit. Per un commento alla pronuncia, si rinvia a V. Marzucco, *Preclusione alla costituzione di parte civile in presenza di una richiesta di patteggiamento*, in *D&G*, 2020, 234, 1.

(24) Cass. Pen., Sez. V, 6 marzo 2020, n. 17272, cit.

In una diversa e più recente prospettiva, la giurisprudenza sviluppa un corposo orientamento - recepito dalle Sezioni Unite - teso a evidenziare un interesse della parte civile a partecipare al rito speciale a prescindere dalla possibilità di un immediato soddisfacimento della pretesa risarcitoria e/o restitutoria (25), posto che “l’udienza di discussione sulla ‘validità’ del patto può avere epiloghi diversi da quelli del solo accoglimento o del rigetto” (26).

Ne consegue che anche l’eventuale conoscenza dell’accordo formalizzato tra imputato e P.M. prima dell’udienza non può vanificare la costituzione di parte civile. Diversamente opinando, a parere dei giudici, “si porrebbe a carico del danneggiato un’attività di ricerca sull’esistenza di tale accordo, di complessa praticabilità e di incerta utilità” (27).

Di qui, è da considerarsi legittimo il provvedimento con cui il giudice liquida in favore della parte civile le spese sostenute per l’attività processuale svolta, quantomeno nel corso dell’udienza stessa fino al momento della formalizzazione dell’accordo avanti al giudice.

In una posizione “intermedia” si colloca un terzo orientamento (28) che, prescindendo dalla questione relativa alla *legitimatio ad causam* della parte civile, coglie gli effetti della conoscenza dell’accordo direttamente in relazione alla condanna al pagamento delle spese. E così, si è affermato che “mentre la costituzione di parte civile può avvenire anche nel caso in cui sia già intervenuto l’accordo sulla pena ma questo non sia stato in qualche modo ‘divulgato’ o ‘conosciuto’, con conseguente legittimità della successiva liquidazione delle spese, nella diversa ipotesi in cui il danneggiato fosse già stato reso edotto della probabile definizione anticipata del giudizio, fermo il suo diritto a costituirsi parte civile, lo stesso non potrebbe mai vedersi accolta la propria domanda di liquidazione delle spese” (29).

In questo modo, secondo la Corte, la parte non potrebbe lamentare di aver subito una scelta processuale altrui e, preferendo costituirsi ugualmente, accetterebbe di svolgere un’attività processuale destinata a spiegare utilità diverse (magari attraverso la proposizione di possibili eccezioni), senza ottenere una pronuncia sulla restituzione degli esborsi versati.

### La peculiarità del rito patteggiato

Pur riconoscendo l’indiscutibile pregio della pronuncia in commento per l’approfondimento logico-sistematico rinvenibile nella certissima motivazione, si ritiene che la scelta di consentire al danneggiato il promovimento dell’azione civile in udienza preliminare nella piena consapevolezza del perfezionamento di un accordo sulla pena e, dunque, far gravare sull’imputato l’onere alla liquidazione delle spese (talvolta pretestuose) di costituzione, rappresenti una forzatura del sistema determinata dall’esigenza - non sempre pregevole - di far prevalere la “forma” rispetto alla “sostanza”. Per comprendere appieno una simile affermazione, conviene partire dalla peculiare fisionomia del rito patteggiato (30), con il duplice intento di verificare, da un lato, la sussistenza di un “interesse legittimo” alla costituzione in un momento in cui viene meno il ragionevole affidamento sulla condanna dell’imputato e, di conseguenza, sulla soddisfazione della pretesa risarcitoria, e, dall’altro, di analizzare gli effetti dell’accordo sulla pena concluso ma non ancora ratificato dal giudicante.

Come è noto, la peculiarità del rito negoziale di cui all’art. 444 c.p.p. risiede nella preconfezione di un *pactum*, ossia “un progetto di sentenza” (31) che le parti necessarie sottopongono alla valutazione del giudicante il quale è tenuto a conferire una cornice legale all’accordo e non anche a riformulare nel merito i termini del contratto (32).

(25) Si vedano, Cass. Pen., Sez. IV, 25 gennaio 2023, n. 8518, n. m.; Cass. Pen., Sez. V, 13 gennaio 2023, n. 11257, in *CED*, n. 284293; Cass. Pen., Sez. VI, 20 ottobre 2022, *ivi*, n. 284007; Cass. Pen., Sez. III, 6 luglio 2022, n. 32768, *ivi*, n. 283518; Cass. Pen., Sez. VI, 18 giugno 2020, n. 21522, n.m.

(26) Cass. Pen., Sez. III, 6 luglio 2022, n. 32768, cit.

(27) Così, Cass. Pen., Sez. VI, 18 giugno 2020, n. 21522, cit.

(28) In questo senso, Cass. Pen., Sez. II, 5 aprile 2022, n. 13915, in *CED*, n. 283081; Cass. Pen., Sez. V, 28 giugno 2018, n. 48342, *ivi*, n. 274141.

(29) Testualmente, Cass. Pen., Sez. II, 5 aprile 2022, n. 13915, cit.

(30) Sulle caratteristiche del rito, tra i tanti, A.A. Arru, *Applicazioni della pena su richiesta delle parti*, in AA.VV., *Procedimenti speciali*, a cura di L. Filippi, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, IV, Torino, 2009, 3; L. Filippi, *Il patteggiamento*, Padova, 2000; A. Furguele, *L’applicazione della pena su richiesta*

*delle parti*, Napoli, 2000; M. Gialuz, voce *Applicazione della pena*, in *Enc. dir.*, II, 2008, 13; A. Macchia, *Il patteggiamento*, Milano, 1992; F. Peroni, *La sentenza di patteggiamento*, Padova, 1999; A. Ruggiero, voce *Patteggiamento*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 2002, 964; A. Sanna, *Il “patteggiamento” tra prassi e novelle legislative*, Milano, 2018; D. Vigoni, voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 2002, 20; Ead., *L’applicazione della pena su richiesta delle parti*, Milano, 2000.

(31) Così, M. Gialuz, voce *Applicazione della pena*, cit., 23.

(32) In particolare, il giudice deve accertare la responsabilità dell’imputato altrimenti è tenuto a prosciogliere ex art. 129 c.p., deve controllare l’esatta qualificazione del fatto, che siano corrette la prospettazione e la comparazione delle circostanze, che il calcolo della pena sia stato effettuato secondo i criteri previsti dall’art. 133 c.p. e, infine, che tale pena risulti congrua, ex art. 27, comma 3, Cost., ovvero sia la più adatta al reinserimento sociale e

# Giurisprudenza

## Processo penale

In altre parole, il giudice del patteggiamento - in veste di "gatekeeper" - si limita a ratificare o rigettare la prospettazione offerta dalle parti necessarie (33), "non esistendo punti su cui l'accordo vincoli espressamente [lo stesso]" (34).

Valutato positivamente il patto, al decidente è fatto divieto di pronunciarsi sulla domanda avanzata dal danneggiato; la vicenda processuale, dunque, si conclude con un *non liquet* (35).

La *ratio* è evidente: l'obiettivo è favorire la scelta del rito patteggiato, poiché "[U]na soluzione diversa, improntata sulla possibilità per il giudice di condannare l'imputato al risarcimento del danno in sede di patteggiamento, avrebbe comportato conseguenze disincentivanti [ad opzionare il procedimento negoziale]" (36), in considerazione del fatto che il consenso da parte dell'accusato avrebbe costituito un meccanismo perverso volto a procurargli una sicura condanna civile.

L'eventuale *non liquet* sulla domanda non dissolve la cognizione sulle spese (37): infatti, la parte civile, pur non trovando immediata soddisfazione negli interessi risarcitori di cui è portatrice, gode del diritto alla liquidazione degli esborsi versati per intentare la domanda,

sempre che la costituzione sia avvenuta in presenza delle condizioni legittimanti l'*actio restitutiva* (38).

Dalla ricognizione offerta, sembrerebbe che: a) le previsioni normative attribuiscono alla vittima ampi margini di manovra nel rito negoziato, essendo legittimata a costituirsi parte civile in presenza di un accordo sulla pena per ottenere quantomeno (in caso di accoglimento della domanda) un "premio di consolazione" (39) a prescindere dalla decisione sul *petitum*; b) il patto che interviene tra imputato e P.M., lungi dal rappresentare un negozio efficace, necessita della ratifica del giudicante per produrre effetti e, di conseguenza, il mero accordo non è utile a disincentivare il danneggiato dalla costituzione.

### L'interesse alla costituzione

L'approdo non convince.

Intanto, va rilevato che l'art. 444, comma 2, ultima parte, c.p.p. è modellato sulla scansione procedimentale tipica dell'udienza preliminare, caratterizzata dalla preventiva costituzione di parte civile, nei termini di cui all'art. 79 c.p.p. (40), e dal sopraggiungere

al recupero dell'imputato. Con precipuo riferimento agli spazi decisori concessi al giudicante investito del patto, cfr. par. "Gli effetti preclusivi dell'accordo e la sua pubblicità".

(33) In questo senso, E.M. Mancuso, *La parte civile, il responsabile civile e il civilmente obbligato per la pena pecuniaria*, in AA.VV., *Soggetti*, a cura di G. Dean, in *Trattato di procedura penale*, cit., I, 583. Conformemente, A. Carratta, *Sentenza di patteggiamento, accertamento semplificato dei fatti e riflessi sul giudizio civile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 441.

(34) Testualmente, F. Cordero, *Codice di procedura penale*, 1992, 538.

(35) Siffatta opzione è oggetto di svariate critiche della dottrina, dal momento che "la parte civile risulterebbe relegata ai margini di un procedimento per via di un accordo su cui non ha preso parte". Così, F. Curi, *Il patteggiamento della pena e la vittima del reato*, in *Ind. pen.*, 1991, 429. Nello stesso senso G. Giannini, *L'azione civile per il risarcimento del danno e il nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1990, 90; G. Insolera, *L'ingiusto destino del danneggiato*, in *Critica dir.*, 1990, 2, 62; C. Quagliarini, *Procedimenti speciali e tutela del danneggiato d[al] reato*, in *Cass. pen.*, 1991, 2119 s.; C. Taormina, *Qualche riflessione in tema di natura giuridica della sentenza di applicazione della pena richiesta dalle parti*, in *Giust. pen.*, 1990, III, 283.

(36) Così, G. Spangher, *L'applicazione di pena su richiesta delle parti*, in AA.VV., *Le recenti modifiche al codice di procedura penale*, a cura di R. Normando, Milano, 2000, 99.

(37) Come si è avuto modo di anticipare (cfr. par. "Il cambio di rotta delle Sezioni Unite"), la Consulta è intervenuta sul tessuto normativo di cui all'art. 444, comma 2, c.p.p. (Corte cost. 12 ottobre 1990, n. 443, cit.), inducendo al legislatore a recepire la declaratoria di illegittimità con L. 16 dicembre 1999, n. 479, recante "Modifiche alle disposizioni sul procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica e altre modifiche al codice di procedura penale [...]", in *G.U.*, 18 dicembre 1999, n. 296. Sul punto, per tutti, F. Peroni, *Le novità in tema di patteggiamento: tra suggestioni giurisprudenziali e razionalizzazione dell'esistente*, in AA.VV., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di F. Peroni, Padova, 2000, 505.

(38) Confermando l'impostazione seguita dalla giurisprudenza di legittimità (SS.UU., 19 maggio 1999, n. 12, cit.), la dottrina ha precisato che "[...] la liquidazione delle spese non ha carattere automatico, ma deve essere riconosciuta soltanto nei confronti di chi sia legittimato a costituirsi parte civile". Così, D. Vigoni, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., 206. In senso analogo, M. Gialuz, *Patteggiamento e spese della parte civile: tra logica negoziale e prerogative del giudice*, in questa *Rivista*, 2001, 1120; T. Luzi, *Costituzione di parte civile in sede di patteggiamento e dovere del giudice di liquidarne le spese*, in *Cass. pen.*, 1999, 936; D. Potetti, *La condanna dell'imputato "patteggiante" al pagamento delle spese e competenza della parte civile*, *ivi*, 2022, 231; C. Valentini Reuter, *"Processo di parti" e spese sostenute dalla parte civile*, in *Giur. it.*, 1991, 1214.

(39) Così lo definisce D. Vigoni, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., 205.

(40) Come noto, a seguito delle modifiche introdotte dal D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, recante "Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari", in *G.U.*, 17 ottobre 2022, n. 243 (c.d. "Riforma Cartabia"), viene introdotto uno sbarramento temporale alla costituzione di parte civile in tutti quei procedimenti nei quali si celebra l'udienza preliminare. A tal proposito, la novella modifica il dettato normativo dell'art. 79 c.p.p., prevedendo una condizione di decadenza qualora la costituzione non venga regolarmente formalizzata "prima che siano ultimati gli accertamenti relativi alla costituzione delle parti [...]". Per approfondimenti, v. S. Bellino, *Nuove regole per la costituzione di parte civile durante l'udienza preliminare*, in AA.VV., *La riforma Cartabia*, a cura di G. Spangher, 2022, Pisa, 330; R. Del Coco, *Rimaneggiamento delle regole per non procedere: archiviazione e udienza preliminare*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, 83; S. Lonati, *L'udienza preliminare*, in AA.VV., *Riforma Cartabia: la nuova giustizia penale*, a cura di D. Castronuovo - M. Donini - E.M. Mancuso - G. Varraso, Torino, 2023, 691.

dell'accordo nel corso della fase processuale, nei limiti segnati dall'art. 446, comma 1, c.p.p. (41).

Ciò significa che l'istanza risarcitoria e/o restitutoria - secondo l'ordinaria metrica delineata dalla previsione normativa e confermata dall'ultima riforma del processo penale (42) - viene avanzata in un momento in cui la decisione sul merito della regudicanda civile rientra ancora tra le opzioni disponibili.

Nel caso in esame, invece, l'accordo non segue (ma precede) la costituzione di parte civile che, di fatto, viene esperita in un segmento procedurale nel quale il patto sulla pena è già stato concluso tra le parti necessarie; patto che, di fatto, estromette dalla cognizione del giudicante un vaglio sulla domanda della vittima.

Conviene, a questo punto, comprendere se e a quali condizioni può ritenersi immanente l'interesse del danneggiato ad intentare l'azione di danno nell'ambito di un procedimento che potrebbe non vedere soddisfatta la sua pretesa risarcitoria.

Come è noto, l'*actio* civile nel processo penale ha autonoma natura giuridica di responsabilità da illecito (43); nasce dal fatto di reato e trova la sua ragion d'essere nell'esigenza di garantire alla persona offesa la tutela giurisdizionale dei propri diritti o interessi legittimi (44), ossia "restituzioni delle cose perdute o danno sofferto ai sensi e per gli effetti del combinato disposto di cui agli artt. 2043 e 2059 c.c." (45).

Di conseguenza, "l'interesse determinante l'intervento della parte civile è puramente ed esclusivamente civile e non riguarda l'azione penale [...]" (46). L'assunto trova conferme nella previsione di cui all'art. 78, comma 1, lett. d), c.p.p. che, a seguito delle modifiche operate dalla riforma del 2022 (47), rafforza gli oneri motivazionali del danneggiato che sceglie di intentare l'istanza risarcitoria in sede penale, dovendo indicare espressamente le ragioni che giustificano la domanda "agli effetti civili", così da rendere più stringente il vaglio di ammissibilità che deve compiere il giudicante in rapporto alla costituzione (48).

Ne deriva che, ai fini del promovimento dell'azione civile in sede penale, nessun interesse diverso dal risarcimento del danno e/o la *restitutio in integrum* può essere considerato legittimo e, dunque, meritevole di tutela giurisdizionale nel rito accusatorio.

A ben guardare, nell'ipotesi che in questa sede rileva, l'unico interesse di cui la vittima è portatrice nelle more del vaglio giurisdizionale sulla congruità del patto è l'interlocuzione con il giudicante, con il precipuo intento di confutare l'oggetto dell'accordo e manifestare il proprio parere sulle questioni oggetto del negozio (49), dall'accoglimento delle quali, evidentemente, può derivare un pregiudizio al risarcimento.

A parere di chi scrive, quello alla prosecuzione del processo e all'interlocuzione col decidente - sebbene meritevoli di tutela per la dottrina maggioritaria (50) -

(41) Fino alla formulazione delle conclusioni di cui agli artt. 421, comma 3, e 422, comma 3, c.p.p., ovvero fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado nel giudizio direttissimo, oppure, nel caso di notifica del giudizio immediato, entro il termine di cui all'art. 458, comma 1, c.p.p., secondo quanto previsto dall'art. 446, comma 1, c.p.p.

(42) D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, cit.

(43) Come precisato, "pare indiscutibile che il legislatore del 1988 ha pienamente riconosciuto l'autonoma natura giuridica dell'azione civile nel processo penale, quale azione di responsabilità da illecito. L'esercizio dell'azione civile nel processo penale presenta i medesimi caratteri e finalità che sono rinvenibili quando la domanda di risarcimento sia avanzata in sede civile: in entrambi i casi, infatti, la parte lesa legittimamente agisce al sol fine di ottenere la giusta riparazione dal torto subito". Così, C. Santoriello-A. Gaito, *Ma davvero il processo penale è il luogo adatto al soddisfacimento delle istanze civilistiche?*, in *Arch. pen.*, 2012, 2, 391. Con precipuo riferimento all'interesse alla costituzione, *ex multis*, A. Chiliberti, *Azione civile e nuovo processo penale*, II ed., Milano, 2006, 218; G. Di Chiara, voce *Parte civile*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, 234; E.M. Mancuso, *La parte civile*, cit., 521; A. Pennisi, voce *Parte civile*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1997, 783; E. Squarcia, *Costituzione di parte civile e interessi legittimi*, in *Giur. it.*, 2000, 1027.

(44) In questo senso, P. Della Sala, *Natura giuridica della azione civile nel processo penale*, cit., 1095.

(45) Testualmente, A. Guerrerio, *Le spese*, cit., 214.

(46) Così, V. Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, Torino, 1967, 313.

(47) Cfr. art. 5, comma 1, lett. b), n. 1, D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, cit.

(48) In quest'ottica, l'atto di costituzione - al pari di quello civile (art. 163, comma 3, n. 4, c.p.p.) - deve contenere la specificazione dei danni morali o materiali derivanti dalla commissione del reato, precisando, altresì, i motivi per i quali la loro quantificazione è da ritenersi necessaria in sede penale. Sul punto, per tutti, S. Lonati, *L'udienza preliminare*, cit., 693.

(49) Invero, c'è chi ha specificato che il tratto saliente dell'iniziativa privatistica risiede nella "possibilità di intervenire sulla cognizione necessaria del giudice [sulla] questione pregiudiziale della responsabilità dell'imputato". Cfr. N. Levi, *La parte civile nel processo penale italiano*, Padova, 1936, 11. Di conseguenza, "l'interesse della parte civile [riguarda] non solo la fondatezza della pretesa risarcitoria [...] ma anche la stessa scelta di chiedere al giudice penale di pronunciarsi in proposito". A. Furguele, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., 121. In questo senso, si è ritenuto che "se è vero che la parte civile non potrà incidere direttamente sul contenuto dell'accordo, questa può interloquire dall'esterno anche costituendosi dopo il raggiungimento dell'accordo al fine di convincere il giudice a rigettare la richiesta". Così, T. Luzi, *Costituzione di parte civile*, cit., 938.

(50) Secondo D. Vigoni, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., 210, "[N]on sembra corretto proporre ed esporre la questione in termini di 'estromissione' della parte civile, in quanto [quest'ultima] mantiene la qualità di parte e potrà sempre agire, esprimere il proprio parere, far valere le proprie ragioni". In senso conforme, tra i tanti, O. Bruno, *Esclusa la parte civile all'udienza per decidere la pena negoziata*, cit., 1135; G. Di Chiara, voce *Parte*

rappresentano interessi “di fatto” che non hanno nulla a che vedere con le istanze risarcitorie sottese alla costituzione di parte civile secondo le previsioni di cui agli artt. 78 ss. c.p.p. (51). Parallelamente, l'interesse al rigetto del patto e alla continuazione del procedimento afferiscono a dinamiche strettamente processuali che fanno perdere all'azione di danno la sua naturale vocazione di natura privatistica.

Di conseguenza, sarebbe giuridicamente - e prima ancora logicamente - impossibile sostenere che l'utilità processuale di “influenzare” le scelte del giudice al rigetto del patto possa rappresentare il presupposto per intentare l'azione civile nel rito accusatorio: la “sopravvivenza del e nel processo” (52), infatti, è un interesse fattuale di natura esclusivamente penalistica che interferisce con l'andamento del rito e con le logiche ne determinano la prosecuzione (53).

Peraltro, non va dimenticato che l'istituto della parte civile non è l'unico mezzo offerto ai soggetti non essenziali per partecipare all'amministrazione della giustizia penale: il sistema, infatti, prevede - a prescindere dal deposito dell'istanza di danno - ulteriori strumenti interlocutori a vantaggio dell'offeso (e, dunque, del danneggiato) (54) che intende “sfruttare” il *ius loquendi* con l'effetto di indurre il giudice al rigetto dell'accordo (55).

Ci si riferisce, in particolare, alle memorie che, ai sensi degli artt. 90 e 121 c.p.p., possono essere

presentate in ogni stato e grado del procedimento con lo scopo di indicare al giudice elementi utili alla decisione (56).

Così ragionando, fino a quando non interviene il provvedimento giudiziale di ratifica o diniego dell'accordo sulla pena, il danneggiato (che è al contempo anche offeso dal reato) è legittimato ad interloquire sull'istanza di accesso al rito speciale svolgendo osservazioni e avanzando deduzioni funzionali a convincere il decidente a non ratificare il patto, così da evitare gli effetti svantaggiosi del patteggiamento.

### **(Segue): gli effetti preclusivi dell'accordo e la sua pubblicità**

A sostegno della tesi secondo cui l'interesse del danneggiato alla costituzione di parte civile è destinato a soccombere in presenza di un patto sulla pena in attesa di ratifica, depone altresì il “peso specifico” accordato alla proposta avanzata dalle parti che incide inesorabilmente sugli spazi decisori del giudice.

Come si è avuto modo di anticipare (57), il perfezionamento dell'accordo - seppur bisognoso del *placet* dell'organo della giurisdizione per diventare efficace - determina un mutamento delle ordinarie prerogative del decidente, investito del solo dovere di esperire un controllo di legalità sulla qualificazione giuridica del fatto e sulla congruità della pena proposta (58).

civile, cit., 249; M. Gialuz, voce *Applicazione della pena*, cit., 24; A. Macchia, *Il patteggiamento*, cit., 37; B. Monzillo, *La sopravvivenza nel processo della vittima*, cit., 93; R. Orlandi, *I diritti della vittima in particolari definizioni del rito*, in AA.VV., *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, a cura di M. Bargis - H. Belluta, Torino, 2017, 168.

(51) Come sostenuto da A. Guerrierio, *Le spese*, cit., 214, “[E]ssendo la parte civile estranea al contenuto dell'accordo, non si capisce per quale ragione debba costituirsi e, soprattutto, a quale scopo”. In senso conforme G. Ichino, *La parte civile nel processo penale. La legittimazione*, Padova, 1989, 45.

(52) Così, F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, IX ed., 2012, 1043.

(53) Come precisato da M. Pinna, *Il ruolo della parte civile nel patteggiamento*, cit., 3908, “sarebbe forse più corretto sostenere che il sistema protegge l'aspettativa concreta del danneggiato all'accoglimento di una pretesa risarcitoria già avanzata nei confronti dell'imputato, non la generica aspirazione ad affiancare l'azione privata all'iniziativa accusatoria pubblica”. Secondo R. Orlandi, *I diritti della vittima*, cit. 170, “per il nostro ordinamento non esiste un interesse della persona offesa a ottenere la condanna penale dell'imputato [...] chiedendo al giudice l'applicazione di una pena l'offeso fa valere una pretesa dello Stato; appaga un proprio desiderio, ma non fa valere un proprio diritto”.

(54) Seppur il legislatore del 1988 ha inteso razionalizzare il sistema distinguendo la posizione dell'offeso dal ruolo del danneggiato, “[I]l problema, nella pratica, risulta quanto mai smorzato, atteso che normalmente le due qualità coesistono in capo al medesimo soggetto, si da relegare assai spesso il dubbio

nell'ambito delle dissertazioni di mera accademia”. Così, G. Di Chiara, voce *Parte civile*, cit., 242. In senso analogo, E.M. Mancuso, *La parte civile*, cit., 523. Più in generale, sulle differenze tra offeso e danneggiato, *ex plurimis*; C. Pansini, voce *Persona offesa dal reato*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino, 2011, 414; A. Pennisi, voce *Persona offesa dal reato*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1997, 790; P.P. Paulesu, voce *Persona offesa dal reato*, *ivi*, II, 2008, 593.

(55) Cfr. G. Barone, *Legittimazione e ruolo della parte civile*, in AA.VV., *Le nuove disposizioni sul processo penale*, a cura di A. Gaito, Padova, 1989, 237. In questo senso anche M. Gialuz, voce *Applicazione della pena*, cit., 24.

(56) Sul punto, per tutti, L. Castellucci, *L'atto processuale penale: profili strutturali e modalità realizzative*, in AA.VV., *Atti*, a cura di G. Dean, in *Trattato di procedura penale*, cit., II, 31.

(57) Cfr. par. “La peculiarità del rito patteggiato”.

(58) Se, infatti, per un verso, risulta eccessivo affermare che la funzione del giudice si riduca ad una meramente notarile (cfr. G. Riccio, *I procedimenti speciali*, in AA.VV., *Profili del nuovo codice di procedura penale*, a cura di G. Conso - V. Grevi, Padova, 1990, 307), è impossibile negare che i poteri del giudice vengano fortemente limitati. Come chiarito da C. Valentini Reuter, “*Processo di parti e spese sostenute dalla parte civile*, cit., 215, “[È] un giudice, questo del patteggiamento, che valuta l'esattezza della cornice giuridica fornita dalle parti, dichiara l'esistenza di una causa di non punibilità, se del caso, dispone la comparizione dell'imputato, qualora sorgano dubbi sulla volontarietà del suo consenso al rito”. In senso parzialmente difforme F. Callari, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti: uno “speciale” paradigma processuale cognitivo*, in *Arch. pen.*, 2012, 3, 1.

Si tratta, a ben guardare, di valutazioni che, pur riabilitando la posizione del giudicante nel procedimento negoziale in ossequio ai dettami della Consulta (59), hanno comunque carattere “astratto” (60), rimanendo confinate alla “forma” e alla “natura” dell’accordo senza entrare nel merito di questioni che esulano dalla determinazione della pena, unico elemento oggetto di analisi in sede di patteggiamento. Ciò significa che la proposta avanzata dalle parti, seppur priva di effetti sul piano sanzionatorio, risulta già idonea a produrre conseguenze di natura processuale, circoscrivendo il *thema decidendum* ai soli fatti e circostanze presenti nel fascicolo del P.M. (e nell’eventuale fascicolo del difensore) e impedendo qualsiasi forma di integrazione probatoria, sia officiosa che di parte.

In altri termini, il patto è espressione di un potere dispositivo che permette alle parti di cristallizzare l’oggetto della decisione depurandolo da qualsiasi istanza estranea all’applicazione della pena (61).

Di conseguenza, nella ferma convinzione per cui la costituzione della parte civile in sede penale non possa in alcun modo rappresentare la “cassa di risonanza” di cui la vittima si serve per non restare muta (62), l’*actio restitutoria* in presenza di un accordo già perfezionato potrebbe risultare alquanto pretestuosa, poiché il danneggiato è ben consapevole del fatto che già nelle more della decisione è - tendenzialmente - esautorata *ex lege* la sua aspettativa (non solo alla soddisfazione ma soprattutto) alla valutazione della pretesa civilistica.

Di qui, un’infedeltà conclusione: la proposta di patteggiamento, pur fondandosi su un’impostazione negoziale, finisce paradossalmente per ridurre il processo a un “affare” esclusivo tra Stato e imputato, relegando le pretese dei diversi *stakeholders* in un limbo che paralizza l’interesse all’avanzamento di istanze meramente patrimoniali.

Solo un’ultima precisazione al riguardo.

L’effetto preclusivo del patto alla costituzione di parte civile non rappresenta una regola generale insuscettibile di eccezioni: affinché operi lo sbarramento all’esercizio dell’azione privatistica in pendenza della decisione giudiziale, occorre che il danneggiato sia messo nelle condizioni di avere conoscenza effettiva dell’accordo (63).

Conseguentemente, qualora non sia stato ufficialmente notiziato del patto (magari perché perfezionatosi fuori udienza e non depositato in cancelleria in epoca precedente o perché semplicemente di detto accordo, pur se già esistente, non si faccia alcuna menzione a verbale), il danneggiato non può essere inibito nel presentare l’istanza di costituzione di parte civile (64). In questo caso, infatti, la vittima - ignara dell’esistenza del negozio sulla pena e, dunque, del fatto che la cognizione del giudicante è confinata nei più stringenti argini segnati dalla domanda perfezionata dalle parti - intenta l’azione di danno in presenza di una legittima aspettativa di condanna dell’imputato e, dunque, in vista di possibili futuri esiti risarcitori.

### Un approdo dai risvolti problematici

Alla luce delle considerazioni svolte, sembra che la sentenza in oggetto sia viziata da un errore di fondo consistente nell’aver connesso la legittimazione alla costituzione di parte civile all’interesse “fattuale” del danneggiato alla sopravvivenza del processo in pendenza di un accordo sulla pena in attesa di ratifica; accordo che, fisiologicamente, estromette - seppure *sub conditione* - dalla valutazione del giudicante ogni verifica circa la fondatezza delle istanze di matrice privatistica.

Di conseguenza, se l’interesse della vittima al promovimento dell’*actio restitutoria* si affievolisce in presenza di un *pactum* che delimita il perimetro della verifica giudiziale alla legalità dell’accordo e all’ammissibilità (*rectius*: congruità) della pena,

(59) Corte cost. 2 luglio 1990, n. 313, in *Arch. n. proc. pen.*, 1991, 376, con nota di R. Musso, *Patteggiamento e sindacato sulla congruità della pena*.

(60) In questo senso, E. Lupo, *Il giudizio abbreviato e l’applicazione della pena negoziata*, in AA.VV., *I giudizi semplificati*, a cura di A. Gaito, Padova, 1989, 74.

(61) Non a caso, ancorché la costituzione di parte civile sia intervenuta prima del raggiungimento dell’accordo, al giudice è inibita qualsivoglia valutazione in merito alle richieste risarcitorie e/o restitutorie della vittima, chiaro sintomo dell’impossibilità nel corso del rito speciale di rivolgere “attenzione” a interessi estranei a quelli di natura strettamente penale.

(62) In senso contrario, B. Monzillo, *La sopravvivenza nel processo della vittima*, cit., 97.

(63) Come chiarito da D. Potetti, *La condanna dell’imputato “patteggiante” al pagamento delle spese e competenza della*

*parte civile*, cit., 241, “è ragionevole ritenere che la conoscenza formale del patto vi sia non solo quando esso venga formalmente comunicato al danneggiato, ma anche (in virtù di un ragionevole onere di diligenza informativa) ogni volta che al danneggiato sia consentito l’accesso agli atti del fascicolo, dal quale risulti il patto medesimo”. C’è anche chi - nell’ottica di valorizzare la pubblicità del patto al fine di proteggere l’interesse della vittima alla costituzione di parte civile - ha proposto di “affidare al giudice il potere di informare tempestivamente [la medesima] in ordine alla richiesta di patteggiamento, e di restituire gli atti al p.m. ove il titolare dell’interesse leso dal reato fornisca elementi di prova ostativi all’applicazione concordata della pena”. Così, P.P. Paulesu, voce *Persona offesa dal reato*, cit., 613.

(64) In questo senso, Cass. Pen., Sez. IV, 23 settembre 2022, n. 2659, cit.; Cass. Pen., Sez. II, 5 aprile 2022, n. 13915, cit.

# Giurisprudenza

## Processo penale

automaticamente viene meno il dovere del decidente di provvedere alla regolamentazione delle relative spese di costituzione.

Segue il corollario: la linea di discriminazione ai fini della costituzione di parte civile e del conseguente diritto ad aggiudicarsi la liquidazione degli esborsi versati è rappresentata dalla concreta aspettativa del danneggiato a ottenere il risarcimento derivante dall'illecito, profilo aprioristicamente escluso se il suo intervento si realizza in vista di una decisione con cui non si statuisce sulla pretesa risarcitoria.

Va comunque detto che la declaratoria di illegittimità della costituzione di parte civile per carenza di interesse rappresenta un punto di partenza e non certo una conclusione.

In effetti, non può essere trascurata l'ipotesi - seppur assai remota nella prassi (65) - per cui il giudice decida di rigettare la proposta di pena cristallizzata dalle parti e di proseguire il processo: in questo caso, inevitabilmente, si "riattiva" l'interesse del danneggiato a intentare l'azione privata in sede penale in un momento in cui potrebbero risultare già decaduti i termini di cui all'art. 79 c.p.p. (66).

In questo caso, sarebbe auspicabile prevedere un potere di costituzione "tardivo", una sorta di "rimessione in termini" che favorisca il diritto della vittima a concretizzare la pretesa risarcitoria *in limine litis*, una volta rigettato l'accordo sulla pena.

Pur ritenendo pregevole una simile impostazione nell'ottica di un bilanciamento tra i diversi interessi di cui sono portatori i protagonisti del processo, deve ammettersi che, allo stato dell'arte, tale opzione non è concretamente perseguibile: come noto, infatti, le norme processuali introducono uno "sbarramento temporale" ben definito alla costituzione di parte civile che non prevede eccezioni di sorta (67).

Di conseguenza, si ritiene che, qualora siano spirati i termini delineati dal comma 1 dell'art. 79 c.p.p., il danneggiato perde il diritto al promovimento dell'azione privata in sede penale - e, di conseguenza, la possibilità di vedere liquidate le spese processuali - anche nel caso di mancata ratifica dell'accordo sulla pena.

A questo punto, è doveroso domandarsi se una simile scelta possa in qualche modo influire sul diritto alla tutela giurisdizionale della vittima; "diritto che sempre deve essere riconosciuto a chi ha subito un danno dalla consumazione del fatto di reato" (68).

Intanto, senza entrare nel merito del complesso dibattito relativo alla opportunità di conservare l'istituto della costituzione di parte civile nel rito penale (69), va rammentato che l'esperimento dell'azione privata nel processo penale non è oggetto di garanzia costituzionale, figurando quale mera "possibilità" offerta al danneggiato e non invece una "prerogativa" inderogabile riconosciuta *de plano* alla vittima (70).

Inoltre, va considerato che il sistema - ispirato ai principi di separazione e autonomia dei due rami della giurisdizione, secondo la previsione del comma 2 dell'art. 75 c.p.p. (71) - non pone limiti di sorta al promovimento dell'azione civile per le restituzioni nella sede naturale, a prescindere dall'instaurazione di un procedimento penale e/o dal fatto che il processo si sia concluso (o si stia per concludere) con una sentenza di patteggiamento.

Si intende dire il danneggiato gode della piena libertà di coltivare l'istanza risarcitoria nel rito civile anche in pendenza di un processo penale avente ad oggetto il medesimo fatto storico; in questo caso, il giudice è chiamato a valutare in via

(65) Sul punto, F. Peroni, *La peripezia del patteggiamento in un trentennio di sperimentazione*, in *Arch. pen.*, 2019, 3, 1.

(66) Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 15 giugno 2023, n. 31432, cit., 6.

(67) Cfr. par. "La peculiarità del rito patteggiato", nt. 39.

(68) D. Vigoni, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., 209.

(69) Secondo C. Santoriello - A. Gaito, *Ma davvero il processo penale è il luogo adatto al soddisfacimento delle istanze civilistiche?*, cit., 391, "il giudizio criminale non è il luogo dove possono trovare soddisfazione e ristoro le pretese (prevalentemente economiche) della persona offesa". In questo senso anche F. Carlucci, *Principi del processo penale*, Napoli, 1960, 53; V. Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, cit., 37; C. Valentini Reuter, "Processo di parti" e spese sostenute dalla parte civile, cit., 1215. *Contra*, B. Monzillo, *La sopravvivenza nel processo della vittima*, cit., 98; R. Orlandi, *I diritti della vittima*, cit., 168; D. Vigoni, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., 211. Per una ricostruzione storica del dibattito stratificatosi durante la vigenza del Codice del 1930, per tutti, G. De Luca, *Primi problemi della riforma del processo penale*, Firenze, 1962, 44.

(70) Corte cost. 3 aprile 1998, n. 96, in *Cass. pen.*, 1996, 2841. Secondo Corte cost. 26 ottobre 1982, n. 171, in *Giur. cost.*, 1982, 1739, "in nessun caso, la separazione dell'azione civile dal processo penale può essere considerata come esclusione o meno-mazione del diritto di tutela giurisdizionale: essa costituisce una modalità di detta tutela, che generalmente è alternativa, ma che il legislatore [...] può scegliere come esclusiva in vista di interessi da tutelare quale quello [...] alla speditezza [del processo]".

(71) Cfr., *ex multis*, L.P. Comoglio, *L'azione civile nel processo penale e le strategie di tutela del diritto al risarcimento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, 169; E.M. Mancuso, *La parte civile*, cit., 583; A. Mencarelli, voce *Parte civile*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990; P. Spagnoli, *L'esercizio dell'azione civile nel processo penale tra favor rei e favor separationis*, in *Giur. it.*, 2013, 2647; G. Spangher, *Nuovi profili nei rapporti fra processo civile e processo penale*, in *AA.VV.*, *Nuovi profili nei rapporti fra processo civile e processo penale. Atti del convegno di studio, Trento, 18 e 19 giugno 1993*, Milano 1995, 31.

incidentale e autonoma la sussistenza degli elementi del reato, indipendentemente dall'esito raggiunto nel rito accusatorio.

Senza contare, poi, che in alcune circostanze la preclusione alla costituzione nel rito penale - lungi dal rappresentare un ulteriore pregiudizio per la vittima - finisce addirittura per tutelare la posizione del soggetto che reclama un diritto al risarcimento derivante da reato (72), alleggerendo di fatto gli oneri che la legge riconnette al promovimento dell'istanza privatistica.

Ci si riferisce, in particolare, all'ipotesi in cui il danneggiato intenda trasferire l'azione riparatoria, già iniziata nella sede naturale, per sottoporla al vaglio del giudice penale, "non tanto al fine di consentirgli vantaggiosi cambiamenti di strategia, quanto piuttosto per garantirgli di esercitare in modo ampio i propri diritti di parte" (73). In questo caso, secondo quanto previsto dal comma 1 dell'art. 75 c.p.p., la costituzione di parte civile promossa in sede penale rappresenta una causa di rinuncia agli atti del giudizio civile e, conseguentemente, di estinzione del rito (74).

A rigor di logica, l'esistenza di uno sbarramento al promovimento (e, di conseguenza, al trasferimento) dell'istanza risarcitoria in pendenza di un accordo sulla pena rappresenta paradossalmente un vantaggio per la vittima, perché consente di evitare una defaticante e improficua *translatio actionis* che finirebbe per cagionare alla stessa un effettivo pregiudizio (75). Se, infatti, al danneggiato fosse consentito di innestare l'azione di danno nelle more di un negozio già concluso tra le parti necessarie, questi potrebbe perdere il diritto al risarcimento del danno in sede penale per l'intervenuto accordo di patteggiamento, ovvero si

troverebbe a dover ricominciare un nuovo e gravoso processo civile da attivare *ex novo* a causa della cessazione del precedente giudizio per effetto della traslazione della domanda risarcitoria nel rito accusatorio (76).

In questa prospettiva, nella convinzione per cui non sempre "l'eccesso di garanzie [è] un moltiplicatore di garanzie" (77), può ritenersi che il diritto alla tutela giurisdizionale del danneggiato dal reato non risulta in alcun modo compromesso dalla preclusione all'esercizio dell'azione civile nel corso delle "trattative" per accedere al rito patteggiato. La vittima, infatti, è in ogni caso messa nelle condizioni di soddisfare l'interesse alla giurisdizione rivolgendosi presso la sede tradizionale in cui avanzare le pretese patrimoniali; opzione da privilegiare in specie allorché lo Stato medesimo abbia rinunciato a fare chiarezza sul fatto di reato così da "favor[ire] il deflusso dell'azione [privata] fuori dal processo penale, verso il luogo "naturalmente" competente a conoscerne" (78).

A ragionar diversamente, si corre il rischio che la realtà del processo rovesci la prospettiva, ponendo la questione di un possibile ingiusto pregiudizio - degno di altrettanta tutela - subito proprio dall'imputato che, di fatto, viene limitato nel godimento degli effetti premiali tipici del rito speciale (79) a causa della trasformazione dell'istanza civile in una mera richiesta al rimborso delle spese di costituzione e assistenza (80).

Il pericolo è che, "deviando dalla sua finalità normativa, la costituzione servirebbe solo a lucrare le relative voci tariffarie non avendo il danneggiato la concreta prospettiva della condanna al risarcimento" (81).

(72) In questo senso, C. Valentini Reuter, "Processo di parti" e spese sostenute dalla parte civile, cit., 1215, per cui "il voluto silenzio serbato [dal legislatore] sulla parte civile del giudizio per il patteggiamento, non solo non ne menoma i diritti, ma al contrario - quasi paradossalmente - li tutela".

(73) Così, G. Di Chiara, voce *Parte civile*, cit., 243.

(74) Sul punto, per tutti, M. Maniscalco, *L'azione civile nel processo penale*, Padova, 2006, 70.

(75) Si rinvia, a tal proposito, alle riflessioni di D. Negri, *Il trasferimento dell'azione civile in sede penale e la sorte del giudizio civile: estinzione definitiva o temporaneo impedimento alla trattazione?*, in *Corr. giur.*, 2013, 960.

(76) Secondo G. Ichino, sub art. 75 c.p.p., in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da E. Amodio - O. Dominioni, 1 ed., Milano, 1989, 439, "l'effetto principale della *translatio iudicii* è la rinuncia agli atti del relitto giudizio non all'azione che, una volta inserita nel processo penale, può nuovamente essere riproposta in sede civile in conformità con quanto disposto dal comma 3 dell'art. 75 c.p.p."

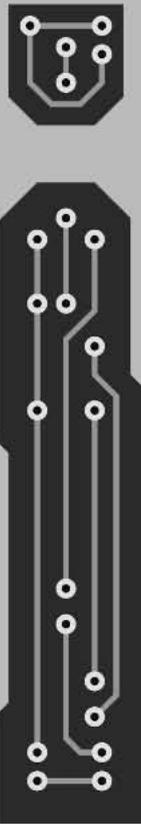
(77) Così, D. Curtotti, *Quando un eccesso di garanzie non sempre è un moltiplicatore di garanzie*, in *Dir. inf.*, 2023, 708.

(78) G. Di Chiara, voce *Parte civile*, cit., 248. In questo senso, A. Guerrero, *Le spese*, cit., 217.

(79) Sui benefici del rito patteggiato, per tutti, M. Gialuz, voce *Applicazione della pena*, in *Enc. dir.*, II, 2008, 8. D'altro canto, l'esigenza di estendere il ventaglio dei vantaggi riconosciuti all'imputato che opta per il rito patteggiato rinunciando alla formazione della prova in contraddittorio tra le parti, è ampiamente sentita dalla riforma del 2022 (D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, cit.) che amplia la materia negoziale (ora comprendente anche pene accessorie e confische facoltative) e la riduzione degli effetti *extra-penali* della sentenza ex art. 444 c.p.p., in modo che non abbia efficacia di giudicato nel giudizio civile, disciplinare, tributario, amministrativo, compreso il giudizio per l'accertamento della responsabilità contabile. Sulle novità della riforma, per tutti, A. Chelo - F. Demaritis, *Il patteggiamento secondo Cartabia*, in AA.VV., *La riforma Cartabia*, cit., 392.

(80) Come sostenuto da C. Valentini Reuter, "Processo di parti" e spese sostenute dalla parte civile, cit., 215, "l'imputato si troverebbe in una condizione di inferiorità [poiché] la parte civile, accanto al problema dell'essere, imporrebbe anche quello dell'avere".

(81) Testualmente D. Potetti, *La condanna dell'imputato "patteggiante" al pagamento delle spese e competenza della parte civile*, cit., 236.



## Intelligenza s.f.

[Dei nostri clienti e degli strumenti che mettiamo a loro disposizione. Da sempre noi di Wolters Kluwer lavoriamo per realizzare soluzioni digitali evolute, capaci di supportare il pensiero e l'attività dei professionisti.

Da questo impegno oggi nasce One. Una nuova piattaforma intelligente e intuitiva che fornisce velocemente risposte puntuali, complete e affidabili.]

Scopri di più su **info.one.it**

**One** | FA GRANDE  
LA DIFFERENZA

## Messa alla prova

Cassazione Penale, Sez. III, 22 aprile 2024 (ud. 26 marzo 2024), n. 16703 - Pres. Sarno - Rel. Scarcella - P.M. Pedicini (parz. conf.) - Imp. A.A.

**L'ammissione alla messa alla prova per un reato non può di per sé giustificare il successivo diniego della sospensione condizionale per un diverso reato, nella misura in cui proprio la precedente ammissione alla messa alla prova dimostra che "l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati" ex art. 464-quater, comma 3, c.p.p. e costituisce, quindi, non una condizione ostativa, bensì un indice favorevole, rispetto alla valutazione prognostica richiesta dall'art. 164, comma 1, c.p. ai fini della sospensione condizionale (massima non ufficiale).**

## ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

<b>Conforme</b>	Non si rinvengono precedenti conformi.
<b>Difforme</b>	Non si rinvengono precedenti difformi.

## La Corte (omissis).

1. Il ricorso, trattato senza la presenza del difensore ai sensi dell'art. 23, comma 8, d.l. n. 137 del 2020 e successive modifiche ed integrazioni, in assenza di istanza di discussione orale, è fondato.

2. È ben vero che secondo la giurisprudenza prevalente di questa Corte, in tema di sospensione condizionale della pena, il giudice di merito, nel valutare la concedibilità del beneficio, non ha l'obbligo di prendere in esame tutti gli elementi richiamati nell'art. 133 cod. pen., potendo limitarsi ad indicare quelli da lui ritenuti prevalenti in senso ostativo alla sospensione, ivi compresi i precedenti giudiziari (Sez. 5, n. 17953 del 07/02/2020, Rv. 279206-02; contra, Sez. 3, n. 42737 del 06/07/2016, Rv. 267906-01, che invece ritiene che in tema di sospensione condizionale della pena, il giudice, nell'esprimere il giudizio prognostico richiesto dalla legge sul comportamento futuro dell'imputato, deve prendere in considerazione tutte le circostanze indicate dall'art. 133 cod. pen., con riguardo alla personalità dell'imputato stesso, e, qualora taluni elementi vengano ritenuti prevalenti in senso ostativo alla concessione del beneficio mentre altri inducano a propendere per un diverso esito, è necessario che dia conto, con adeguata motivazione, di tale prevalenza, al fine di consentire un controllo sull'uso del potere discrezionale esercitato).

È tuttavia altrettanto indubbio che, nell'esprimere la valutazione prognostica, il giudice, ove valorizzi gli elementi prevalenti, deve giustificare in modo convincente le ragioni per le quali tale elemento assume valenza prevalente rispetto a quelli valorizzati dalla difesa.

3. Nel caso di specie, il giudice d'appello ha attribuito rilievo ad un precedente giudiziario per il quale il ricorrente è stato ammesso alla messa alla prova, facendone derivare una conseguenza pregiudizievole per il reo, ritenendo che ciò denoti una sua personalità negativa.

4. Tale valutazione, ad avviso della Corte, è erronea, considerato che la circostanza di essere gravato da precedente giudiziario per il quale l'imputato è stato ammesso all'istituto della messa alla prova non ha valenza negativa

quale elemento da valutarsi tra i criteri direttivi indicati dall'art. 133, cod. pen.

La messa alla prova, di cui all'art. 168-bis e ss. cod. pen. è infatti una modalità alternativa di definizione del processo attraverso lo svolgimento per l'imputato di lavori di pubblica utilità e la piena riparazione delle conseguenze del reato. Il disposto del comma 3 dell'art. 464-quater cod. proc. pen., consente, peraltro, di disporre la sospensione del procedimento con messa alla prova "quando il giudice, in base ai parametri di cui all'articolo 133 del Codice penale reputa idoneo il programma di trattamento presentato e ritiene che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati".

Ne discende, dunque, che fondare il diniego del beneficio sulla base di un precedente per il quale vi è l'ammissione alla messa alla prova è non soltanto contrario al disposto dell'art. 164, cod. pen. (che ammette la sospensione condizionale della pena "soltanto se, avuto riguardo alle circostanze indicate nell'articolo 133, il giudice presume che il colpevole si asterrà dal commettere ulteriori reati"), in quanto proprio l'ammissione alla messa alla prova per il reato costituente il precedente giudiziario asseritamente ostativo dimostra, invece, che il giudice della messa alla prova ha valutato che "l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati" ex art. 464-quater, comma 3, cod. proc. pen., e, nel contempo, è illogico, in quanto l'affermazione dei giudici di appello fa discendere una conseguenza negativa, il mancato riconoscimento del beneficio, da un elemento - l'essere stato ammesso l'imputato in relazione al precedente giudiziario, peraltro non specifico, all'istituto della messa alla prova - che denota invece l'assenza di una personalità negativa ed, anzi, contiene in sé una valutazione prognostica favorevole in ordine alla futura astensione del reo dalla commissione di ulteriori reati.

5. L'impugnata sentenza dev'essere, pertanto, annullata con rinvio ad altra sezione della Corte d'appello di Roma per nuovo esame sul punto.

(Omissis).

## La messa alla prova come “precedente” favorevole ai fini della sospensione condizionale. Il metodo logico a sostegno dell’interpretazione *in bonam partem* di Alessandro Catania (\*)

La sentenza enuncia il principio per cui la precedente ammissione alla messa alla prova non costituisce una condizione ostativa, bensì un indice favorevole, al riconoscimento della sospensione condizionale per un diverso reato. Entrambi gli istituti richiedono, del resto, una valutazione prognostica sulla futura astensione dal commettere reati, effettuata sulla base dei medesimi parametri di cui all’art. 133 c.p. Secondo la Corte, sarebbe, pertanto, “illogico” fondare una prognosi negativa ai fini della sospensione condizionale nei confronti di chi abbia già riportato una valutazione prognostica favorevole ai fini di una precedente messa alla prova.

*The Court states the principle that the admission to probation is not a hostile condition, but rather a favourable index for suspending the sentence for a different offence, since both the benefits require a prognostic assessment of non-recidivism, in accordance with Article 133 Criminal Code. According to the Court, it would, thus, be “illogical” to base a negative prognosis for the purpose of probation for who has already reported a favourable prognostic evaluation for the purpose of a suspended sentencing.*

### Il caso

La sentenza in commento offre l’occasione per mettere a punto alcune interconnessioni fra sospensione condizionale della pena e sospensione del procedimento con messa alla prova, istituti, entrambi, appartenenti a quel “paradigma reattivo-premiale” che costituisce una “galassia” (1) in perenne movimento (2).

In sede di merito, il Tribunale di Roma, all’esito di rito abbreviato, aveva pronunciato condanna - per il delitto di detenzione illecita a fini di cessione di sostanza stupefacente, di lieve entità, ex art. 73, comma 5, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 - negando il beneficio della sospensione condizionale, ma senza specifica motivazione sul punto (3).

Il “silenzio motivazionale” del giudice di prime cure è stato riempito dalla Corte d’Appello di Roma, che ha, nuovamente, negato il beneficio, sostenendo che l’esistenza di un “precedente penale... per il quale è stata disposta la sospensione del processo con la messa alla prova... denoterebbe la negativa personalità del reo” e impedirebbe, pertanto, di “fondare un giudizio

prognostico favorevole” in ordine alla sospensione condizionale per un diverso reato (4).

Avverso la sentenza di appello veniva proposto ricorso per Cassazione, dolendosi la difesa di come “non sarebbe giuridicamente corretto” e, anzi, ingiustamente “afflittivo” il fatto di “fondare la personalità negativa solo sul menzionato episodio” dell’ammissione alla messa alla prova (5).

La Terza Sezione del Supremo Consesso ha rilevato come sia la sospensione condizionale (art. 164, comma 1, c.p.), sia la messa alla prova (art. 464-*quater*, comma 3, c.p.p.) richiedano un identico giudizio sulla probabilità che l’interessato si asterrà in futuro dalla commissione di reati, sulla base dei criteri forniti dall’art. 133 c.p.

Fondandosi sul medesimo parametro di giudizio, le due prognosi di non recidiva possono, dunque, comunicare *in bonam partem*: ne discende il principio di diritto per cui la precedente ammissione alla messa alla prova non è una condizione ostativa, bensì un indice favorevole, rispetto al riconoscimento della sospensione condizionale per un diverso reato.

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

(1) Cit. R. Bartoli, *Dal paradigma punitivo reattivo al paradigma punitivo reattivo-premiale. Una prima riflessione*, in *Studi in onore di Antonio Fiorella*, I, 2021, 467 ss.

(2) La disciplina della sospensione condizionale è stata, da ultimo, riformata con la L. 24 novembre 2023, n. 168. La normativa

sulla sospensione del procedimento con messa alla prova è stata, invece, oggetto del D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 150.

(3) Cass. Pen., Sez. III, 22 aprile 2024, n. 16703, par. 2.1 (svolgimento del processo).

(4) *Ibidem*.

(5) *Ibidem*.

### Premessa. Il giudizio di sospensione condizionale come prognosi sulla base dei criteri di commisurazione della pena

Il principio enunciato dalla Corte assume rilevanza relativamente a comportamenti criminosi - nel caso di specie, attinenti al traffico di sostanze stupefacenti - che si manifestano attraverso condotte seriali e che normalmente presentano un alto rischio di recidiva. Per condotte di tal fatta, sarà, pertanto, probabile che, applicato un certo beneficio, emerga l'esigenza di applicarne un altro: nella vicenda in rassegna, una sospensione condizionale dopo la pregressa ammissione alla messa alla prova per un diverso reato.

La Cassazione parte dall'art. 164, comma 1, c.p., che ammette la sospensione condizionale della pena "soltanto se, avuto riguardo alle circostanze indicate nell'articolo 133, il giudice presume che il colpevole si asterrà dal commettere ulteriori reati". Il legislatore individua, così, il parametro della prognosi di non recidivanza richiamando in blocco l'intero art. 133 (6), limitandosi, perciò, ad un mero rinvio ai criteri di commisurazione.

Nulla, invero, avrebbe precluso una distinta scelta di politica criminale - nel senso, ad esempio, di richiamare soltanto una parte dell'art. 133 o di selezionare altri parametri *ad hoc* (7) - ma il legislatore ha optato per un rinvio senza alcuna limitazione, specificazione o diversificazione. La Suprema Corte ne trae che il giudice, in sede di valutazione sulla sospensione

condizionale, in assenza di limitazioni, specificazioni o diversificazioni, "non ha l'obbligo di prendere in esame tutti gli elementi richiamati nell'art. 133 cod. pen., potendo limitarsi ad indicare quelli da lui ritenuti prevalenti" (8). Ne discende che in entrambi i casi - sia per il giudizio sulla sospensione condizionale, sia per la commisurazione della pena - il potere discrezionale del giudice si sviluppa, prima, nell'*an* (nella scelta dei fattori rilevanti) e, successivamente, nel *quomodo* (sul peso da attribuire ai singoli fattori, prevalenti e subvalenti) (9).

Qui, la mente non può che correre ad un parallelismo con il giudizio di bilanciamento delle circostanze, dove, similmente, il giudice ha discrezionalità nell'*an* e nel *quomodo*, scegliendo, prima, se applicare le circostanze e, in seconda battuta, operando il bilanciamento fra quelle applicabili (10).

L'affermazione del Supremo Consesso necessita di essere integrata con la considerazione per cui esistono casi in cui al giudice della sospensione condizionale è *astrattamente* preclusa la valutazione ai sensi dell'art. 133 (11). L'art. 164, comma 2, c.p. stabilisce, infatti, che "la sospensione condizionale della pena non può essere concessa a chi ha riportato una precedente condanna a pena detentiva per delitto" (12). Così facendo, è come se la legge delineasse una *presunzione assoluta*, per cui il soggetto già condannato non possa godere del beneficio, essendo, per lui, già *in astratto* preclusa ogni possibile prognosi favorevole ai sensi

(6) Secondo B. Assumma, *La sospensione condizionale della pena*, Napoli, 1984, 209-210 la ratio della scelta legislativa è da ricercarsi nella considerazione che "soltanto colui che ha giudicato il fatto commesso dall'imputato... può esprimere un giudizio motivato sull'opportunità di evitare l'esecuzione della condanna". Sul tema, v. *amplius* 215 ss.

(7) Cfr. G.L. Gatta, *Commento degli artt. 163-168 cod. pen. (sospensione condizionale della pena)*, in E. Dolcini - G.L. Gatta (a cura di), *Codice penale commentato*, VI ed., 2015, 2274, dove si sottolinea come "la mancanza di parametri univoci su cui fondare la prognosi di non recidività si riflette sulla coerenza delle motivazioni, che spesso si riducono a ripetitive clausole di stile".

(8) Cass. Pen., Sez. III, 22 aprile 2024, n. 16703, par. 2 (motivi della decisione). Si tratta di un orientamento consolidato, comune a tutte le Sezioni a partire dal 2017: Cass. Pen., Sez. V, 7 febbraio 2020, n. 17953; Cass. Pen., Sez. IV, 12 luglio 2018 - 22 ottobre 2018, n. 48013; Cass. Pen., Sez. V, 14 settembre 2017, n. 57704. In senso contrario, Cass. Pen., Sez. III, 6 luglio 2016, n. 42737; Cass. Pen., Sez. III, 3 giugno 2014, n. 38678.

(9) Cfr. A. Martini, *Adempimenti condizionanti la sospensione: dinamiche penali ed extrapenali*, in *Giur. it.*, 2020, 7, 1769-1772, che distingue la "decisione sull'*an*" da "quella sul *quomodo*" non ai fini del giudizio sul concedimento della sospensione condizionale, bensì della successiva determinazione del contenuto della stessa, quando il giudice penale dovrà determinare "modi e tempi del lavoro di pubblica utilità... il contenuto concreto degli interventi volti ad eliminare o ridurre gli effetti dannosi o pericolosi del reato, del ripristino dello stato dei luoghi, identificando i contesti territoriali dai quali il soggetto deve rimanere lontano". Tuttavia, l'A., subito dopo, rimarca come "la determinazione del *quomodo* degli

adempimenti è una delle decisioni connaturate ed intimamente connesse a quella sulla concessione della sospensione condizionale". Si propone di usare la medesima ricostruzione - effettuata sul contenuto - in punto di concedimento della sospensione condizionale. Del resto, come evidenziato in A. Bartulli, *La sospensione condizionale della pena. Prospettive dogmatiche*, Milano, 1971, 18, il potere di sospendere la pena è speculare al "potere punitivo" con riferimento al quale, di nuovo, il giudice esercita "discrezionalità nel *quid* (o nel *quomodo*: pena e misura della pena) ... [e] nell'*an* (esercizio o non del potere)".

(10) Cfr. A. Vallini, *Circostanze del reato*, in G. De Francesco, *Le forme di manifestazione del reato*, in F. Palazzo - C.E. Paliero (a cura di), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, 2011, 2, che rimarca come "la circostanza aumenta o diminuisce la pena base previamente determinata all'interno dei margini edittali applicando i criteri di cui all'art. 133 c.p." e, quindi, essa costituisce un "elemento accidentale o accessorio di un reato già perfezionato (si parla così di *accidentalità delicti*) i cui effetti si riverberano sul *quantum* e sul *quomodo* della risposta sanzionatoria". V. anche A. Melchionda, *Il "modello italiano" di disciplina delle circostanze del reato. Profili critici e prospettive di riforma*, in *Revista Elettronica de Direito Penal e Política Criminal*, 2022, 10, 2, 84.

(11) Come, del resto, esistono casi in cui al giudice è precluso il libero bilanciamento delle circostanze.

(12) Con il correttivo di cui al comma 4 del medesimo articolo, per cui la sospensione condizionale può essere concessa "qualora la pena da infliggere, cumulata con quella irrogata con la precedente condanna anche per delitto, non superi i limiti stabiliti dall'articolo 163".

del comma 1 dell'art. 164 c.p. (cioè, dell'art. 133 c.p.). L'esistenza di una precedente condanna risulta, in altri termini, sempre ostativa alla concessione della sospensione condizionale, salva la possibilità, prevista dall'art. 164, comma 4, c.p., di concedere una seconda sospensione condizionale "qualora la pena da infliggere, cumulata con quella irrogata con la precedente condanna anche per delitto, non superi i limiti stabiliti dall'articolo 163".

Ma c'è di più, visto che la giurisprudenza di legittimità amplia la presunzione stabilita dal legislatore, attribuendo valore ostativo anche ad ogni condanna non definitiva (13), o ai semplici precedenti di polizia (14), oppure, ancora, al precedente depenalizzato (15), amnistiato (16) o prescritto (17).

Questa interpretazione estensiva è effettuata valorizzando il fatto che l'art. 164, comma 1, c.p. richiami in blocco l'art. 133. Quest'ultimo afferma, nel secondo comma, che il giudice deve tenere conto di tutti i "precedenti penali e giudiziari": formulazione, evidentemente, più ampia rispetto a quella dell'art. 164, comma 2, c.p. che attribuisce il valore ostativo alla "precedente condanna a pena detentiva per delitto". Così, all'interno di tale più ampio contenitore, la giurisprudenza sceglie, come indicato, di ricondurre persino i precedenti di polizia.

Da un lato, in sintesi, il legislatore esclude, *in astratto*, la concedibilità della sospensione condizionale a chi abbia riportato una precedente condanna a pena detentiva per delitto (art. 164, comma 2, c.p.). Dall'altro, la giurisprudenza esclude, *in concreto*, tale beneficio per chi abbia riportato precedenti penali e giudiziari in genere (art. 133, comma 2, n. 2, c.p. richiamato dall'art. 164, comma 1, c.p.). In altri termini, la giurisprudenza opera una specificazione in *malam partem*: la disposizione dell'art. 164, comma 2, c.p. (che preclude la sospensione condizionale a chi ha riportato una precedente condanna a pena detentiva per delitto), più vantaggiosa, viene derogata dall'interpretazione effettuata sull'art. 164, comma 1, c.p., in combinato disposto con l'art. 133, comma 2, n. 2, c.p.

(che impedisce, allora, la sospensione condizionale con riferimento a tutti i precedenti penali e giudiziari). In questo senso, "le modalità di valutazione del rischio" di recidiva vengono determinate, non solo dal legislatore ma anche dalla giurisprudenza, facendo ricorso ad "una varietà di strumenti deboli o forti di predizione del rischio, che possono andare dalla semplice assunzione della fedina penale all'applicazione di tecniche di valutazione del rischio specificatamente progettate" (18).

Alla fine, l'interpretazione *in malam partem* della giurisprudenza *dissolve* il requisito della "precedente condanna a pena detentiva per delitto" dentro quello, più ampio, dei "precedenti penali e giudiziari e, in genere". È tutto ciò che resta vero anche a seguito dell'introduzione del nuovo art. 115-bis c.p.p., secondo cui "la persona sottoposta a indagini o l'imputato non possono essere indicati come colpevoli fino a quando la colpevolezza non è stata accertata con sentenza o decreto penale di condanna irrevocabili". Nonostante il tentativo del D.Lgs. n. 150/2022 di rafforzare la presunzione di non colpevolezza o, persino, di innocenza, a leggere la rubrica dell'art. 115-bis - la giurisprudenza ha riaffermato che il diniego della sospensione condizionale può fondarsi su qualsiasi precedente, ancorché non definitivo o non giudiziario (19).

### **Premessa. Il giudizio di ammissione alla messa alla prova come prognosi sulla base dei criteri di commisurazione della pena**

Anche con riferimento alla sospensione del procedimento con messa alla prova, la Suprema Corte procede ad evidenziare come, ugualmente, anche l'art. 464-*quater*, comma 3, c.p.p. richiami in blocco i parametri dell'art. 133 (20): così, la messa alla prova "è disposta quando il giudice, in base ai parametri di cui all'articolo 133 del codice penale... ritiene che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati".

(13) Cass. Pen., Sez. III, 30 settembre 2015, n. 44458; Cass. Pen., Sez. III, 12 novembre 2009, n. 9915.

(14) Cass. Pen., Sez. IV, 10 gennaio 2023, n. 4188; Cass. Pen., Sez. V, 21 ottobre 2019, n. 9106.

(15) Da ultimo, Cass. Pen., Sez. IV, 9 gennaio 2024, n. 669 (cfr. Cass. Pen., Sez. V, 11 febbraio 2005, n. 34682; Cass. Pen., Sez. IV, 11 settembre 2019, n. 41291). Per i precedenti giurisprudenziali in senso contrario, cfr. G.L. Gatta, *op. cit.*, 2275-2276, dove si segnala come preferibile l'orientamento opposto, in cui "non rappresenta ostacolo alla concessione una precedente condanna per fatti non più previsti dalla legge come reato... tale soluzione consegue alla disciplina dell'art. 2 c. 2, a norma del quale, in tali ipotesi, cessano gli effetti penali della condanna".

(16) Cfr. B. Assumma, *op. cit.*, 52, dove - con un richiamo al dettato alla pur risalente Cass. Pen. 9 novembre 1977, n. 1526 - si sottolinea plasticamente come l'amnistia "fa cessare solo l'esecuzione delle pena principale e di quelle accessorie, ma lascia sussistere gli altri effetti penali della condanna" e, quindi, tra di essi, l'ostatività rispetto ad una successiva seconda sospensione condizionale.

(17) Cass. Pen., Sez. IV, 7 aprile 2016, n. 18795.

(18) Cit. C. Cunneen, *La giustizia riparativa al vaglio della criminologia critica*, in *Studi sulla questione criminale*, 2009, 1, 46.

(19) Cass. Pen., Sez. VII, 7 giugno 2023, n. 30345, ord.

(20) Cass. Pen., Sez. III, 22 aprile 2024, n. 16703, par. 4 (motivi della decisione).

Anche qui, poi, nonostante la sentenza in commento non lo dica, deve ritenersi - richiamando un precedente di altra sezione, la Quarta - che il rinvio all'art. 133 non imponga che "il giudice [sia] tenuto a prendere in rassegna tutta la casistica di cui all'art. 133, cod. pen., ben potendo fondare la propria decisione su una o più emergenze che stimi decisive" (21).

Evidentemente, allora, il giudizio di ammissione alla prova condivide con quello circa la sospensione condizionale sia il medesimo parametro (l'art. 133), sia il medesimo oggetto (la prognosi di astensione dal commettere ulteriori reati).

La Cassazione, tuttavia, non approfondisce ulteriormente la questione, forse per evitare di confrontarsi con la *vexata quaestio* della natura del programma di prova.

Infatti, è proprio dal richiamo ai criteri dell'art. 133 c.p. che deriva la "ambivalenza" dell'inquadramento giuridico del *probation*: del resto, effettuare un giudizio di ammissione alla prova fondato sui criteri di commisurazione significa nient'altro che applicare un programma di prova *commisurato* "sia alla gravità in concreto del reato, in una prospettiva retributiva, sia alla capacità a delinquere del colpevole" (22): in altre parole, l'ammissione alla messa alla prova dipende da "valutazioni personologiche" (23) effettuate sulla base dell'art. 133: circostanza che, d'altronde, non è mai stata negata dalla giurisprudenza di legittimità, per cui il giudizio di ammissione riguarda "non già il merito dell'ipotesi di accusa", ma la "dimensione personale dell'autore" (24). Considerato, poi, che il sindacato sulla concedibilità

della messa alla prova si svolge sulla base di un - seppur ridotto e provvisorio - compendio di prova (25), ne risulta una "spiccata attitudine pregiudicante" (26), a tutti gli effetti un vero e proprio *pre-giudizio*, in cui "la gravità del reato, ricavata dai fattori di cui al primo comma dell'art. 133 Cp, suggerisce valutazioni retrospettive, orientate alla determinazione del quantum del rimprovero" (27).

Queste considerazioni sono assenti nella pronuncia che si commenta, ma utili per i rilievi che saranno sviluppati in seguito.

Nella pronuncia in esame, il Supremo Consesso ha preferito limitarsi ad affermare come la messa alla prova sia "una modalità alternativa di definizione del processo attraverso lo svolgimento per l'imputato di lavori di pubblica utilità e la piena riparazione delle conseguenze del reato" (28).

Manca, dunque, una presa di posizione netta, richiamando *indifferentemente* la dimensione punitivo-afflittiva del programma di prova (i lavori di pubblica utilità), quella rieducativo-riparativa (la riparazione delle conseguenze del reato), e, alla fine, quella processuale (come modalità alternativa di definizione del processo).

Ciò non stupisce, perché una soluzione altrettanto *pilatesca* - o, comunque, di *self-restraint* - era stata proposta dalle Sezioni Unite, per cui la messa alla prova sarebbe "da un lato, nuovo rito speciale, in cui l'imputato che rinuncia al processo ordinario trova il vantaggio di un trattamento sanzionatorio non detentivo; dall'altro, istituto che persegue scopi specialpreventivi in una fase anticipata" (29).

(21) Cass. Pen., Sez. IV, 8 marzo 2016, n. 9581, par. 3 (motivi della decisione), che, a sua volta, rinvia, infatti, alla giurisprudenza in materia di sospensione condizionale. Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 3 ottobre 2022, n. 37346, par. 2 (motivi della decisione); Cass. Pen., Sez. IV, 2 marzo 2020, n. 8158, par. 2 (motivi della decisione).

(22) Cit. A. Nappi, *La sospensione del procedimento con messa alla prova un rito affidato all'impegno degli interpreti*, in *Legisl. pen.*, 13 novembre 2015, 3.

(23) Cit. M.C. Saporito, *La messa alla prova nell'esperienza giurisprudenziale: un faticoso percorso verso l'allineamento costituzionale*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, 5, 1344.

(24) Cass. Pen., Sez. III, 20 gennaio 2016, n. 14750, par. 4.3. Sul punto, Plasticamente, C. Conti, *La messa alla prova tra le due Corti: aporie o nuovi paradigmi?*, in questa *Rivista*, 2018, 5, 671, sottolinea come "sia la valutazione sull'idoneità del programma, sia la prognosi di non recidiva debbono intendersi come parámetro sulla persona".

(25) Il Giudice per le indagini preliminari decide sulla base degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero (art. 135 disp. att. c.p.p., riferito all'applicazione della pena su richiesta, ma ritenuto applicabile alla messa alla prova da Corte cost. 27 aprile 2018, n. 91), nonché sulla base degli elementi addotti con la richiesta di ammissione alla messa alla prova. Egli può, inoltre, disporre la comparizione dell'imputato (art. 464-*quater*, comma 2, c.p.p.) e ad acquisire ulteriori informazioni "necessarie in relazione

alle condizioni di vita personale, familiare, sociale ed economica dell'imputato" (art. 464-*bis*, comma 5, c.p.p.).

(26) Cit. L. Parlato, *La messa alla prova dopo il dictum della Consulta: indenne ma rivisitata e in attesa di nuove censure*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 1, 98 (corsivo aggiunto).

(27) Cit. A. Martini, *Cronaca di un successo annunciato. Commento all'art. 3 della l. 28 aprile 2014, n. 67*, in *Legisl. pen.*, 2014, in *Legisl. pen.*, 2014, 4, 494.

(28) Cass. Pen., Sez. III, 22 aprile 2024, n. 16703, par. 4 (motivi della decisione). Nello stesso senso, un'altra pronuncia coeva, Cass. Pen., Sez. IV, 17 aprile 2024, n. 15938, par. 2 (motivi della decisione), per cui "la sospensione del processo con messa alla prova è una modalità alternativa di definizione del processo, attivabile sin dalla fase delle indagini preliminari, mediante la quale è possibile pervenire ad una pronuncia di proscioglimento per estinzione del reato".

(29) Cass. Pen., SS.UU., 1° settembre 2016, n. 32672, par. 6. Commentando l'inciso citato, I. Guerini, *In claris (non) fit interpretatio? Le Sezioni Unite in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Dir. pen. cont.*, 15 novembre 2016, 10, efficacemente rileva l'ambivalenza della messa alla prova, definendola come un "modello procedimentale" che, però, "inverte in modo del tutto innovativo la sequenza classica cognizione-esecuzione e prefigura una nuova idea di pena".

### Principio di diritto. La messa alla prova come “precedente” favorevole ai fini di una nuova sospensione condizionale

La considerazione per cui sia il giudizio di sospensione condizionale, sia quello di ammissione alla messa alla prova presentano il medesimo *oggetto* (una prognosi negativa di pericolosità sociale) e *parametro* (l'art. 133) è la premessa che consente, infine, alla Corte di enunciare il principio di diritto.

Se è vero, infatti, che l'ammissione alla messa alla prova importa una prognosi negativa di pericolosità sociale, essa, conseguentemente, “denota... l'assenza di una personalità negativa ed, anzi, contiene in sé una valutazione prognostica favorevole” (30).

In altre parole, se “il giudice della messa alla prova ha valutato che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati *ex art. 464-quater*, comma 3, cod. proc. pen.” (31), è *logico* che tale prognosi favorevole non possa fondare il successivo diniego della sospensione condizionale per un altro reato, ma, al contrario, possa essere valutata positivamente a tal fine.

Per avviso del Supremo Consesso, sarebbe “*illogico*” far “discendere una conseguenza negativa” (il diniego della sospensione condizionale) da una valutazione prognostica favorevole (l'ammissione alla messa alla prova) (32). Perciò, non solo la precedente ammissione alla messa alla prova non costituisce una condizione ostativa al riconoscimento della sospensione condizionale per un diverso reato, ma rappresenta addirittura un indice favorevole: più precisamente, l'ammissione alla messa alla prova non potrà, *di per sé sola*, fondare il diniego della sospensione condizionale, ma potrà, *insieme ad altri indici*, sostenere un giudizio positivo a tal fine.

La soluzione era già stata prospettata dalla dottrina, secondo cui “non è escluso che l'imputato, che abbia beneficiato della messa alla prova, possa usufruire della sospensione condizionale della pena” (33).

Tuttavia, risulta di particolare interesse il ragionamento che conduce la Suprema Corte ad esprimere il principio di diritto. Questo particolare interesse è da ricercarsi nel cambio di prospettiva, per cui la Cassazione decide di focalizzarsi non sul *tipo di precedente* ostativo, bensì sul *tipo di giudizio* prognostico, che è identico per la sospensione condizionale e per l'ammissione alla messa alla prova.

Se, in effetti, il giudice di legittimità avesse adottato la prima prospettiva, sarebbe stato lecito attendersi un principio di diritto opposto, una affermazione per cui la precedente ammissione al *probation* precluda la sospensione condizionale per un altro reato.

Anzitutto, perché per le ragioni esposte nel paragrafo precedente, l'accertamento ai fini del *probation* è sicuramente più accurato del mero precedente di polizia, pur sufficiente a precludere la sospensione condizionale per un diverso reato: se, quindi, può essere ostativo il mero precedente di polizia, potrà, *a fortiori*, esserlo una ordinanza contenente un *minimum* di accertamento in merito, come quella di ammissione alla messa alla prova.

Se la sentenza in commento si fosse focalizzata sul tipo di precedente ostativo, sarebbe stato, altresì, superabile l'argomento - sostenuto dalla difesa - per cui la possibile estinzione del reato, conseguente all'esito positivo del *probation*, impedirebbe di considerare ostativa la precedente ammissione alla prova. perché, in tal senso, essa perderebbe rilievo, in quanto rimossa dall'ordinamento in seguito alla vicenda estintiva (34). Tuttavia, di nuovo, se risulta ostativo il precedente amnistiato o prescritto - dove si verifica, appunto, una estinzione del reato - dovrà esserlo anche la pregressa ammissione alla prova. Dovrà, anzi, esserlo *a fortiori*, dal momento in cui se è ostativa una pronuncia liberatoria in rito (come quella sottesa all'estinzione per amnistia o prescrizione), dovrà, a maggior ragione, esserlo una pronuncia liberatoria in rito, ma avente, come visto nel paragrafo che precede, un *minimum* di accertamento in merito (l'estinzione conseguente all'esito positivo della prova).

L'ostatività del precedente, quando l'imputato sia stato ammesso alla prova, poteva sembrare, inoltre, l'esito più prevedibile, anche perché la sentenza in esame utilizza *sempre* la terminologia “precedente giudiziario” (35) per riferirsi alla messa alla prova (36).

Per tutte queste ragioni, se il giudice di legittimità si fosse concentrato sul tipo di precedente ostativo, sarebbe, verosimilmente, giunto ad una soluzione opposta, *in malam partem*, nel senso di dichiarare la ostatività della precedente ammissione alla prova rispetto ad una futura sospensione condizionale.

(30) Cass. Pen., Sez. III, 22 aprile 2024, n. 16703, par. 4 (motivi della decisione).

(31) *Ibidem*.

(32) *Ibidem* (corsivo aggiunto).

(33) Cit. G. Tabasco, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, in *Arch. pen.*, 2015, 1, 11.

(34) Cass. Pen., Sez. III, 22 aprile 2024, n. 16703, par. 2.1 (svolgimento del processo).

(35) Cass. Pen., Sez. III, 22 aprile 2024, n. 16703, parr. 3-4 (motivi della decisione).

(36) Si tratta, però, di un *lapsus*, atteso che il principio enunciato va nella direzione opposta.

Invece, l'affermazione circa l'omogeneità dei due tipi di giudizio conduce ad un esito *in bonam partem*. In tal senso, si può dire che l'argomentazione sul tipo di giudizio precede ogni altra indagine sul tipo di precedente: altrimenti detto, l'interpretazione *in malam partem* sul tipo di precedente (a valle) viene scongiurata ragionando (a monte) sul tipo di giudizio. D'altronde, se la consolidata interpretazione sul tipo di precedente aveva resistito, perfino, all'introduzione dell'art. 115-bis c.p.p. - e, quindi, ad una riforma impattante come quella operata dal D.Lgs. n. 150/2022 - non restava, per il provvedimento in esame, che tentare una *strada differente*, in grado di valorizzare non la natura del precedente ostativo, bensì gli aspetti logici che accomunano il giudizio di ammissione alla messa alla prova e quello di sospensione condizionale, identici per parametro ed oggetto. Il tutto, in una logica *fuzzy*, che vuole far risaltare la comunicabilità fra i diversi istituti appartenenti al "mercato della non punibilità" (37).

### Conclusioni. Necessità di un intervento legislativo per coordinare la messa alla prova e la sospensione condizionale

Netta è, in fin dei conti, l'illustrazione di un meccanismo di *osmosi favorevole*, in cui l'esito *positivo* circa l'ammissione alla messa alla prova vale quale indice *favorevole* ai fini della sospensione condizionale per un diverso reato.

Permangono, però, a mio avviso, due grandi criticità. Anzitutto, la Corte non esprime alcuna posizione sulla possibile *osmosi favorevole inversa*, cioè sulla ipotesi che la precedente concessione della sospensione condizionale possa essere valutata quale indice

favorevole ai fini della messa alla prova per un altro reato. Non si tratta, invero, di una criticità imputabile alla sentenza in commento, poiché, nella vicenda *de quo*, le parti processuali richiedevano al giudice di pronunciarsi esclusivamente circa la possibilità che fosse la messa alla prova ad operare come precedente per una nuova sospensione condizionale, non viceversa.

In ogni caso, merita rilevare come una statuizione sull'ipotesi *inversa* non si rinvenga in nessun'altra pronuncia di legittimità. La ragione è, probabilmente, da ricercarsi nel fatto che la naturale "progressività del trattamento" (38) conduce, in prima istanza, alla messa alla prova e, successivamente, alla sospensione condizionale: la messa alla prova assicura, effettivamente, una più rapida uscita dal circuito giudiziario, anche già nel corso delle indagini preliminari, avvantaggiando sia l'individuo - non sottoposto ai costi umani ed economici del processo - sia, collateralmente, il sistema giustizia, che ne guadagna in termini deflativi.

Lo scenario a cui si assiste, però, nella stragrande maggioranza dei casi, è quello inverso, in cui - con un "sovertimento della logica della progressività" (39) - la sospensione condizionale precede la messa alla prova. Se da un lato, infatti, è vero che la sospensione del procedimento con messa alla prova consente una celere definizione del procedimento, dall'altro, essa porta sempre con sé obblighi di natura afflittivo-punitiva e riparativa (40). Al contrario, la sospensione condizionale è di regola priva di obblighi (cd. *sospensione condizionale semplice*), salvi casi eccezionali in cui è corredata dai lavori di pubblica utilità, da obblighi riparativi o da prescrizione di trattamento psico-terapeutico (41): così, normalmente, il più

(37) Recuperando il titolo - a propria volta mutuato da C.E. Paliero, *Il mercato della penalità*, Torino, 2021 - del Convegno organizzato dal Dottorato di ricerca in Diritti e Istituzioni dell'Università degli Studi di Torino e ivi tenutosi il 18 aprile 2024 ([www.giurisprudenza.unito.it/do/avvisi.pl/ShowFile?\\_id=mzhj;field=allegato;key=drVaH37TTE7MU2Dh9E9NI5LeLiT5LCXA;t=5563](http://www.giurisprudenza.unito.it/do/avvisi.pl/ShowFile?_id=mzhj;field=allegato;key=drVaH37TTE7MU2Dh9E9NI5LeLiT5LCXA;t=5563)).

(38) Cit. A. Della Bella, *Un viaggio tra le misure sospensive: i nodi da sciogliere in attesa della promessa riforma del sistema sanzionatorio*, in questa *Rivista*, 2016, 3, 384.

(39) *Ibidem*.

(40) Nello specifico, la messa alla prova importa *obbligatoria-*mente il lavoro di pubblica utilità, la prestazione di condotte riparatorie e l'affidamento al servizio sociale che può implicare "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" (art. 168-bis c.p.). Sul punto, pare suggestivo il riferimento della Commissione Lattanzi (24 maggio 2021), *Relazione finale*, 24, ad un "terzium genus punitivo tra le sanzioni amministrative e quelle strettamente penali". Cfr. M.C. Saporito, *op. cit.*, 1331, per cui "gli obblighi imposti al probando... per quanto consensualmente assunti, presentano,

infatti, una carica afflittiva". V. anche B. Bertolini, *Esistono autentiche forme di "diversione" nell'ordinamento processuale italiano? Primi spunti per una riflessione*, in *Dir. pen. cont. trim.*, 2015, 4, 56, che sottolinea plasticamente il carattere "latamente punitivo" del lavoro di pubblica utilità". Cosicché, la "innegabile connotazione sanzionatoria" (Corte cost. 29 marzo 2019, n. 68, cons. dir., par. 3.2.1, con nota di E. Sylos Labini, *Scomputo di pena in caso di esito negativo del probation minorile? La Consulta rigetta una questione di legittimità costituzionale*, in *Arch. pen.*, 2020, 2, 1 ss.) del programma di prova è stata riconosciuta anche dalla Consulta, che ne ha, nondimeno, negato la natura di "sanzione penale" (Corte cost. 27 aprile 2018, n. 91, cons. dir., par. 7, con nota di R. Muzzica, *La Consulta "salva" la messa alla prova: l'onere di una interpretazione "convenzionalmente" orientata per il giudice nazionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 6, 173 ss.; L. Parlato, *op. cit.*, 98 ss.; G. Leo, *La Corte costituzionale ricostruisce ed "accredita", in punto di compatibilità costituzionale, l'istituto della messa alla prova*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 5, 303 ss.).

(41) Nella *sospensione condizionale semplice* (art. 164 c.p.) mancano le componenti afflittiva e generalpreventiva, ma è sempre presente quella rieducativa, per il fatto di impedire l'applicazione di una pena detentiva breve, con tutti i suoi connessi effetti

delle volte, la sospensione condizionale appare maggiormente appetibile della messa alla prova, con la conseguenza che l'imputato preferirà la prima alla seconda, nonostante il rischio ed il costo di sottoporsi all'intero processo di cognizione (42).

Sarebbe, pertanto, necessario che la giurisprudenza di legittimità intervenisse a regolare l'ipotesi più diffusa, in cui la sospensione condizionale precede la messa alla prova. Verosimilmente, l'esito non sarebbe diverso rispetto a quello della sentenza in commento, poiché la logica non cambia: sarebbe pur sempre *illogico* far discendere una conseguenza negativa (il diniego della messa alla prova) da una valutazione prognostica favorevole (il riconoscimento della sospensione condizionale) (43). Effettivamente, il problema è già da tempo noto alla dottrina, la quale non esclude che chi "ha una volta usufruito della sospensione condizionale, possa essere ammesso alla prova" (44).

Un primo argomento favorevole alla possibile *osmosi favorevole inversa* si rinviene in un precedente (45) non richiamato dalla pronuncia che si commenta, forse perché riguardante la giurisdizione minorile (46). In questo provvedimento, il giudice di legittimità segnalava come la sospensione condizionale - per i minori e per gli adulti - "si sostanzia in un giudizio prognostico del tutto precario e retrattabile" (47). Diversamente, l'ammissione alla messa alla prova necessita una prognosi particolarmente accurata, in cui "apprezzare l'intrapresa rimeditazione da parte del minore delle ragioni della devianza e la disponibilità dal medesimo dimostrata a seguire un percorso di recupero" (48): prognosi, perciò, così

accurata, da poter prescindere dai contenuti di un pregresso, precario e retrattabile giudizio di sospensione condizionale concernente un altro reato.

Un argomento ancor più valido rispetto all'*osmosi favorevole inversa* potrebbe ritrovarsi nel fatto che, per la messa alla prova, non sia prevista, una disposizione analoga a quella dell'art. 164, comma 2, c.p.: manca, cioè, una *presunzione assoluta* per cui il soggetto già condannato non possa, già *in astratto*, godere del beneficio. Si tratta di una "espressione di grande fiducia" (49) del legislatore, che non ha voluto riproporre la presunzione assoluta prevista per la sospensione condizionale: non ha, cioè, voluto porre preclusioni assolute alla concedibilità della messa alla prova. *A fortiori*, se non risulta preclusiva una precedente condanna, non dovrebbe esserlo neppure il previo riconoscimento della sospensione condizionale per un diverso reato.

Tuttavia, altra dottrina rimarca come, *in concreto*, "si tratta di argomenti che il giudicante sarà tenuto a considerare" ai sensi dell'art. 464-*quater*, comma 3, c.p.p., che, richiamando - come per la sospensione condizionale - i parametri dell'art. 133, dispone di valutare "i precedenti penali dell'imputato, considerati dall'art. 133 co. 2": talché, l'ammissione alla messa alla prova "potrebbe risultare ostacolata dalla presenza di precedenti condanne, sia pure a pena sospesa" (50). Da qui, si intuisce la seconda criticità, attinente all'esigenza che sia il legislatore a regolare i rapporti fra messa alla prova e sospensione condizionale. La "totale mancanza di coordinamento" (51) rischia, infatti, di prestarsi a soluzioni *in malam partem*, come quella proposta dal giudice di appello nel

criminogeni (così G.L. Gatta, *op. cit.*, 2228; cfr. *amplius* A. Bartulli, *op. cit.*, 115 ss. e B. Assumma, *op. cit.*, 5 ss.). Tutte le funzioni della pena sono, poi, recuperate nella *sospensione condizionale condizionata* (art. 165 c.p.), per mezzo di un programma che può avere contenuti afflittivo-punitivi (di nuovo, il lavoro di pubblica utilità), riparativi (l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose, il risarcimento e le restituzioni) e trattamentali (partecipazione agli specifici percorsi di recupero previsti dal recentemente riformato art. 165, comma 5, c.p.). Sulla natura "intrinsecamente punitiva" del lavoro di pubblica utilità, v. F. Palazzo - R. Bartoli, *Certezza o flessibilità della pena? Verso la riforma della sospensione condizionale*, Torino, 2007, 141 ss.; v. anche G.M. Locati, *Il contributo della giurisprudenza alla dimensione non indulgenziale della sospensione condizionale della pena*, in questa *Rivista*, 2022, 12, 1560 ss. Sulla natura trattamentale dei percorsi di recupero di cui all'art. 165, comma 5, sia consentito il rinvio ad A. Catania, *Rilievi sulla natura penale dei percorsi di recupero per sex offenders. Le tre interpolazioni dell'art. 15, L. n. 168/2023*, in questa *Rivista*, 2024, 2 193 ss. *Contra*, v. G.L. Gatta, *op. cit.*, 2231, che mette in risalto l'esistenza di un orientamento dottrinale minoritario, secondo cui la sospensione condizionale non riafferma le funzioni della pena, bensì le sacrifica, come forma di "fuga dalla sanzione": così, da un lato "contemplando una frattura fra irrogazione della pena ed esecuzione della pena irrogata, si pone strutturalmente al di fuori dell'ottica retributiva"; dall'altro lato, "la tenuta generalpreventiva del sistema penale e, quindi, la sua

credibilità, risulta senz'altro compromessa dalla minaccia di pene destinate a non essere applicate".

(42) Cfr. T. Padovani, *Aspetti problematici della sospensione della pena pecuniaria*, in *Cass. pen.*, 1980, 421, mette in risalto come esista sempre una "fascia di criminalità minore" per la quale "il mero svolgimento del processo, la pronuncia della condanna sospesa... costituiscono una risposta sanzionatoria sufficiente". Se ciò è vero, si potrebbe ritenere che la successiva introduzione della messa alla prova possa rappresentare, almeno per quella sola classe di criminalità minore, una alternativa preferibile rispetto alla sospensione condizionale.

(43) Cfr. nt. [32].

(44) Cit. G. Tabasco, *op. cit.*, 11.

(45) Cass. Pen., Sez. II, 21 ottobre 2021, n. 37860, par. 1.2 (motivi della decisione).

(46) Anche se, in verità, il Supremo Consesso si è, spesso, trovato a dover coordinare la messa alla prova degli adulti con la preesistente messa alla prova minorile.

(47) Cass. Pen., Sez. II, 21 ottobre 2021, n. 37860, par. 1.2 (motivi della decisione).

(48) Cass. Pen., Sez. II, 21 ottobre 2021, n. 37860, par. 1.2 (motivi della decisione).

(49) Cit. A. Martini, *Cronaca*, 498.

(50) *Ibidem*.

(51) Cit. A. Della Bella, *op. cit.*, 384. Cfr. G. Tabasco, *op. cit.*, 11.

caso in esame, che non sempre potranno essere rovesciate in sede di legittimità, atteso che, come visto, non sarebbero mancate le argomentazioni per adottare la diversa interpretazione sfavorevole, incentrata sul tipo di precedente.

Una eccessiva discrezionalità giurisdizionale sull'opportunità di applicare la sospensione condizionale o la messa alla prova si riverbera sulla demarcazione fra punibilità e non punibilità, sull'applicazione di un trattamento più o meno favorevole (52). Un trattamento che può essere restrittivo della libertà personale (la pena) o della "libertà individuale" (53) (la messa alla prova o la sospensione condizionale condizionale); o, ancora, la disapplicazione di qualsiasi trattamento, (nel caso della sospensione condizionale semplice). Spetta al legislatore una precisa *actio finium*, che assicuri prevedibilità e parità di giudizio (54).

Effettivamente, è ciò che aveva tentato di fare la Commissione Pisapia, laddove l'art. 47, comma 3, del progetto di riforma del codice penale - recepito all'interno del d.d.l. Senato n. 735 della 17ª Legislatura - prevedeva che quando "è già stata concessa la sospensione con messa alla prova per un reato punito con pena detentiva, la sospensione condizionale non possa essere concessa più di una volta" (55). In questo senso, la Commissione giungeva ad una soluzione *parzialmente* opposta rispetto alla sentenza in commento, stabilendo l'ostatività del precedente ammesso alla prova, *non in assoluto*, ma rispetto al riconoscimento della *seconda* sospensione condizionale per un diverso reato.

Una soluzione, ad ogni modo, non del tutto convincente, per diverse ragioni. Innanzitutto, perché, una

di nuovo, il testo della Commissione non fornisce una disciplina di quella che si è identificato come *osmosi favorevole inversa*: dei rapporti, cioè, fra precedente sospensione condizionale e successiva messa alla prova. Anche in relazione all'ipotesi di *osmosi diretta*, quella presa in esame della sentenza in commento, la proposta legislativa sembra, nondimeno, carente, limitandosi a prendere considerare - escludendola - soltanto l'evenienza di una seconda sospensione condizionale.

Nella proposta Pisapia continuava, dunque, a mancare una puntuale disciplina delle interconnessioni tra i due istituti, per cui, quand'anche l'elaborato della Commissione si fosse compiutamente tradotto in legge, comunque non sarebbe stato sufficiente ad escludere in radice future frizioni, come quelle che sono alla base della sentenza in commento. Certamente, però, alla proposta deve riconoscersi il buon proposito di aver affrontato, e di aver tentato di risolvere, anche piuttosto precocemente, una problematica che ancora oggi non trova alcuna risposta legislativa. Una chiosa, sul punto, per rilevare come l'inesorabile espandersi del *mercato della penalità* (56) presagisce di aumentare, sempre di più, il verificarsi di frizioni fra diverse cause di non punibilità o, comunque, fra diversi istituti che prevedono percorsi alternativi rispetto alla pena carceraria. Sempre di più, quindi, emerge la necessità che il legislatore, a margine di tutti i suoi spasmodici interventi, abbia cura di regolare le interazioni fra i diversi istituti del mercato della penalità (57).

(52) Con riferimento alla sospensione condizionale della pena, A. Bartulli, *op. cit.*, 22, evidenzia plasticamente come "sotto il profilo della punibilità" l'esercizio del potere discrezionale del giudice "se non agganciato ad un dato oggettivizzato, che rappresenti la causa dell'esercizio sospeso della potestà di punire, non può non concretizzare quell'inammissibile potere di perdono".

(53) Cit. E. Dolcini - C.E. Paliero, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Milano, 1989, 160, per cui la libertà individuale deve essere libertà individuale, "intesa come libertà di soggiorno, di circolazione, di occupazione del tempo libero... di libera autodeterminazione". Sicché, i contenuti afflittivi e riparativi che si accompagnano alla messa alla prova e, possono accompagnarsi alla sospensione condizionale, possono integrare, a parere di chi scrive, una lesione della libertà individuale, nella declinazione intesa dall'Autore citato.

(54) Al contempo, emerge, comunque, la necessità di tutelare la discrezionalità del giudice, che non può essere "costr[et]to a tal punto da soffocarne il convincimento, impedendogli di esprimersi sulla prognosi di non recidività" (v. G.L. Gatta, *op. cit.*, 2254).

(55) Cfr. Commissione Pisapia per la riforma del codice penale (27 luglio 2006), *Relazione finale*, XXVI. Il testo della Relazione e del d.d.l. sono reperibili su <https://www.senato.it/japp/bgt/>

[showdoc/17/DDLPRES/0/703892/index.html?part=ddlpres\\_ddlpres1-relpres\\_relpres1](https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/17/DDLPRES/0/703892/index.html?part=ddlpres_ddlpres1-relpres_relpres1).

(56) Cfr. nt. [37].

(57) Il testo della *Relazione conclusiva* della Commissione Lattanzi fornisce una puntuale esemplificazione di come l'intervento legislativo dovrebbe strutturarsi, quando, nella bozza di quello che sarebbe dovuto diventare l'art. 3-bis, L. delega n. 134 del 2021 - delega alla c.d. riforma Cartabia - disponeva di "introdurre nel codice penale una causa di estinzione del reato destinata a operare per effetto del tempestivo adempimento delle prestazioni e coordinare l'introduzione dell'archiviazione meritata con l'istituto della sospensione del processo per messa alla prova di cui all'art. 168-bis del codice penale, prevedendo che quest'ultima operi solo dopo l'esercizio dell'azione penale; coordinare l'archiviazione meritata con gli istituti della non punibilità per particolare tenuità del fatto, dell'oblazione, dell'estinzione del reato per condotte riparatorie" (Commissione Lattanzi, *Relazione conclusiva*, pp. 21-22: v. [https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione\\_LATTANZI\\_relazione\\_finale\\_24mag21.pdf](https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_LATTANZI_relazione_finale_24mag21.pdf)).

Nei successivi passaggi dell'iter legislativo, comunque, il proposito di introdurre una nuova fattispecie di archiviazione meritata è venuto meno e, così, anche la necessità per il legislatore di intervenire a coordinare la materia.

### Minorile

Tribunale per i Minorenni di Trento, 6 marzo 2024 - Gip. Gallo

**Non è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 27-bis, d.P.R. n. 448/1988, disciplinante la definizione anticipata del procedimento penale a carico del minore, per contrasto con gli artt. 3 e 31, comma 2, Cost. nella misura in cui cela, di fronte a un reato asseritamente commesso da un minore, una meccanica trattamentale fortemente improntata sul paradigma punitivo, scandita dal principio di proporzionalità, anziché assicurare un approccio trattamentale fondato su dinamiche educative e riabilitative.**

#### ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Nessun precedente.
Difforme	Nessun precedente.

#### Svolgimento del processo - Motivi della decisione

Il procedimento penale a carico del minore (...) trae origine da una lite in famiglia occorsa tra padre e figlio in data 15.10.2023. Nello specifico, da quanto si può apprendere dall'annotazione di PG redatta dai Carabinieri della Sezione mobile della Compagnia di Trento, il minore (...) avrebbe minacciato il padre con un coltello preso dalla cucina, perché, a suo dire, aveva paura che il padre gli facesse del male poiché avevano avuto un'accesa discussione in precedenza.

(...) veniva sottoposto a indagini preliminari per il reato previsto e punito dagli artt. 612 e 339 c.p. perché minacciava al padre un danno ingiusto, usando un coltello da cucina.

Esperito in data 30.10.2023 l'interrogatorio del minore, che confermava quanto riportato all'interno dell'annotazione della Polizia giudiziaria in merito alla lite occorsa con il padre, il Pubblico ministero minorile (da ora PMM) notificava, con provvedimento di data 27.11.2023, la proposta di definizione anticipata del procedimento ai sensi dell'art. 27 bis, comma I, D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 (approvazione delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni). Tale proposta veniva regolarmente notificata al minore, all'esercente la responsabilità genitoriale e al difensore per la redazione del programma rieducativo da depositarsi presso la Procura minorile entro 60 giorni dalla notifica.

In data 15.01.2024 il difensore dell'indagato, segnalando la delicatezza della situazione familiare del minore e la necessità di un intervento maggiormente strutturato e in collaborazione tra servizi sociali, scuola e famiglia, chiedeva che la Procura minorile invitasse i servizi sociali a effettuare un'indagine sociale sul minore e sulla famiglia di quest'ultimo. Per queste ragioni richiedeva formalmente una proroga del termine previsto dall'art. 27 bis del D.P.R. n. 448 del 1988 (da ora art. 27 bis) al fine di poter predisporre un programma rieducativo sulla base dell'esito dell'indagine sociale.

Il PMM, dando atto che era già stata avviata un'indagine da parte del Servizio sociale del Comune di Trento,

rigettava l'istanza di proroga del difensore, in quanto la norma di cui all'art. 27 bis non prevede la possibilità di prorogare il termine per il deposito del programma rieducativo.

In data 22.01.2024 la difesa del minore - prendendo atto del rigetto della richiesta - depositava una proposta di progetto rieducativo, individuata unitamente al Servizio sociale territoriale, che prevedeva lo svolgimento di un'attività di volontariato all'interno di un centro di aggregazione territoriale.

Nella medesima data il PMM disponeva la trasmissione del programma al Giudice per le indagini preliminari per la fissazione dell'udienza in camera di consiglio ai sensi dell'art. 27 bis.

Con Ordinanza 12.02.2024 veniva fissata udienza camerale per la data odierna al fine di deliberare sull'ammissione del minore al percorso di reinserimento e rieducazione (art. 27 bis, comma II);

all'odierna udienza erano presenti l'imputato, assistito dal difensore, gli esercenti la responsabilità genitoriale dell'imputato e il PMM;

Rilevato che - per deliberare sull'ammissione del minore al percorso di reinserimento e rieducazione - il Giudice scrivente è chiamato dalla norma a valutare la congruità del percorso di reinserimento e rieducazione, per eventualmente emettere l'ordinanza di ammissione, stabilire la durata del percorso e sospendere il processo per il tempo corrispondente (art. 27 bis comma III);

rilevato che, nel caso di specie, non è possibile giudicare se le ore di volontariato previste dal programma rieducativo, in assenza di informazioni specifiche sulle caratteristiche personali del minore e in relazione ai parametri di riferimento normalmente in rilievo, quali l'ambiente familiare, la rete amicale, la condizione di salute, la frequenza scolastica o l'impegno lavorativo, siano congrue a perseguire una funzione educativa, intesa come concreta opportunità di crescita, maturazione e responsabilizzazione del giovane;

rilevato che la stessa difesa del minore aveva richiesto al PMM una proroga del termine per il deposito del programma proprio per consentire di ottenere maggiori

informazioni sul minore e per redigere un programma capace di rispondere alle specifiche esigenze personali e familiari del minore, proroga che, come si è detto, non è stata concessa dal PMM in quanto non prevista dalla Legge;

rilevato dunque che mancano gli elementi conoscitivi indispensabili per valutare se il contenuto del programma rieducativo sia congruo rispetto ai fini educativi cui costituzionalmente deve tendere il processo penale minorile; rilevata altresì la composizione monocratica dell'organo chiamato a pronunciarsi e quindi l'assenza della componente onoraria e del suo apporto per la valutazione in termini personalistici ed educativi del minore;

rilevato che a tali condizioni l'unica valutazione in concreto possibile afferisce alla proporzionalità tra il contenuto del programma rieducativo proposto e i fatti per cui si procede con riferimento alla tipologia e alla gravità del reato contestato;

rilevato che tuttavia una simile valutazione implicherebbe una logica esclusivamente retributiva, anziché educativa, nella risposta trattamentale, contraria agli assiomi basilari del processo minorile;

rilevato altresì che l'art. 27 bis non regola l'ipotesi di un giudizio da parte del Giudice per le indagini preliminari di incongruità della proposta e che delle possibili soluzioni interpretative, nel silenzio della norma, nessuna pare essere idonea a soddisfare le esigenze tipiche del processo minorile;

considerato che le criticità in rilievo non attengono solo al caso oggi sottoposto all'attenzione dello scrivente, ma risultano essere intrinsecamente connesse con la disciplina dettata dall'istituto delineato dall'art. 27 bis, laddove introduce nel sistema penale minorile una risposta trattamentale solo nominalmente educativa, ma che nella sostanza riesuma una funzione prettamente retributiva, determinando allo stesso tempo delle possibili disparità di trattamento.

A fronte di tutto ciò lo scrivente Giudice ritiene di sospendere il processo e sottoporre al Giudice delle Leggi il rito deflattivo di cui oggi si richiede l'applicazione, in quanto ritiene non infondato il dubbio di legittimità costituzionale in relazione alla disciplina contenuta all'art. 27 bis, dimettendo le seguenti ragioni.

Non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 27 bis del D.P.R. n. 448 del 1988 con riferimento agli artt. 3 e 31, II comma, Costituzione. La disciplina dettata dall'art. 27 bis del D.P.R. n. 448 del 1988 (da ora art. 27 bis) solleva significativi dubbi di costituzionalità nella misura in cui prevede per il minore sottoposto a procedimento penale una risposta giurisdizionale di tipo sanzionatorio piuttosto che di tipo educativo, in contrasto con quanto richiesto dall'art. 31 comma II Costituzione, così come sistematicamente interpretato dalla giurisprudenza di questa Corte, secondo cui qualsiasi trattamento punitivo nei confronti di un minore è ammesso solo e solo se è sorretto, animato e orientato da fini educativi.

Il procedimento alternativo introdotto all'art. 27 bis, che vorrebbe nell'intenzione del Legislatore costituire "una messa alla prova 'semplificata'" (Dossier n. 155, Legislatura 19, Scheda di lettura presentata al Senato della Repubblica), è primariamente proteso all'attuazione dei principi di razionalizzazione della risorsa giudiziaria e di celere definizione del procedimento penale, fornendo al minore la possibilità di addivenire a una rapida fuoriuscita dal procedimento penale, incardinato per l'accertamento di reati di lieve offensività.

Nello specifico, la procedura in esame si caratterizza e si distingue per la significativa riduzione dei tempi e delle forme processuali, in ragione del reato per cui si procede. Infatti, il primo comma prevede che "durante le indagini preliminari, il pubblico ministero, quando procede per reati per i quali la legge stabilisce una pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni di reclusione ovvero una pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena detentiva, se i fatti non rivestono particolare gravità, può notificare al minore e all'esercente la responsabilità genitoriale la proposta di definizione anticipata del procedimento".

La previsione di un duplice filtro, quello edittale e quello relativo alla gravità in concreto dei fatti, circoscrive l'applicazione dell'istituto in esame solo per quei reati connotati da un lieve grado di offensività.

Proprio quest'ultimo presupposto applicativo accomuna l'istituto in esame con un altro istituto del diritto penale minorile e cioè quello della sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto ex art. 27 del D.P.R. n. 448 del 1988. La sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto, tuttavia, richiede che, sulla base delle informazioni assunte, il reato si presenti come un accadimento occasionale nel percorso di crescita del giovane. L'occasionalità della condotta si desume dalla concreta presenza nella vita del minore di quegli elementi protettivi socio-ambientali tali per cui è possibile ritenere che il reato non rappresenti una manifestazione indicativa di bisogno non corrisposti del minore, quanto piuttosto un episodio isolato all'interno di un regolare percorso di crescita, avulso da un tangibile rischio di devianza.

L'art. 27 bis, invece, trova applicazione per tutta quella casistica in cui l'agito deviante, per quanto di lieve entità, non può dirsi occasionale, e quindi necessita di un intervento giudiziario e osta all'immediata fuoriuscita dal processo penale, tramite la sentenza di non luogo a procedere ex art. 27 del D.P.R. n. 448 del 1988.

In una prospettiva tassonomica l'istituto ex art. 27 bis si colloca tra la sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto e la messa alla prova "tradizionale", suggerendo una natura composita tra i due istituti. A fronte di reati non contraddistinti da un particolare allarme sociale ma che comunque richiedono una risposta trattamentale giudiziaria il Legislatore ha delineato un rito deflattivo che prevede un coinvolgimento attivo del minore, all'interno di una procedura significativamente destrutturata nelle forme.

# Giurisprudenza

## Processo penale

La semplificazione della procedura, aspetto saliente dell'istituto, può essere sintetizzata nei seguenti tratti distintivi: l'esercizio informale dell'azione penale, l'accertamento del fatto in forma sommaria, una significativa restrizione dei tempi, il mancato coinvolgimento della persona offesa, la natura negoziale del programma rieducativo, la devoluzione della procedura alla cognizione del Giudice monocratico per le indagini preliminari, l'intervento ridotto dei servizi minorili dell'amministrazione della giustizia.

A fronte di una palmare comparazione normativa, la semplificazione della procedura risulta essere così accentuata da determinare una netta differenziazione dell'istituto in esame non solo rispetto alla messa alla prova prevista per i minorenni dall'art. 28 del D.P.R. n. 448 del 1988, ma anche rispetto alla messa alla prova in fase di indagini introdotta per gli adulti di cui agli artt. 464 *bis* e segg. cod. proc. pen.

Il sillogismo sotteso alla scelta di prevedere una procedura estremamente semplificata pare essere il seguente: a fronte di un reato non particolarmente offensivo né però occasionale è possibile addivenire, in tempi ristretti, a una sentenza di proscioglimento per estinzione del reato all'esito del corretto svolgimento di determinate attività, individuate dallo stesso minore, a sfondo socio-lavorativo.

Ed è proprio in questo sillogismo che si radica l'irragionevolezza della norma, poiché prevede, a fronte di un reato non occasionale o ipoteticamente tale, una procedura che, per le ragioni che si diranno, non permette un adeguato approfondimento informativo e conseguentemente un'effettiva presa in carico del minore e dei suoi bisogni educativi. Ancor più, risulta essere irragionevole se comparata con l'omologo istituto previsto per gli adulti durante le indagini preliminari, per il quale il Legislatore ha delineato un'articolata e puntuale disciplina volta a un'effettiva presa in carico del soggetto, posto che il minore, stante la sua personalità in via di sviluppo, necessita di un'attenzione maggiorata e non minorata rispetto a quella riservata a un soggetto adulto.

Il sillogismo sopra descritto risulta sicuramente valido in una prospettiva preventiva e retributiva ma erroneo e fallace in una prospettiva capace di porre al centro il minore e di cogliere le cause esogene ed endogene dell'atto deviante. Infatti, l'entità dell'offesa del reato non può ritenersi proporzionale né indice dei bisogni educativi del minore, la cui ponderazione necessita di un accertamento istruttorio, attraverso l'acquisizione di informazioni eterogenee rispetto a quelle ricercate dall'attività di indagine penale.

In altre parole, dietro alla commissione di un reato, non particolarmente grave né punito dalla Legge severamente, possono celarsi significativi bisogni educativi, i quali esulano dall'attività di indagine penale propriamente intesa. Al minore, infatti, non vengono normalmente contestati comportamenti mossi da venali intenti di arricchimento illecito, quali ad esempio i delitti di peculato, di truffa contro lo Stato, di corruzione, o di evasione fiscale, ma condotte sintomatiche di una difficoltà socio-relazionale e di un malessere interiore, quali ad esempio i delitti di

rapina, di piccolo spaccio, di furto, di rissa, di violenza contro le cose o le persone. È allora evidente che i bisogni sottesi a simili fatti di devianza richiedono un approfondimento ed esprimono una situazione di disagio rispetto alla quale è costituzionalmente pretesa, tanto dall'art. 3 quanto dall'art. 31, l'adozione di quelle scelte di politica criminale proiettate sia alla presa in carico del disagio che alla promozione del soggetto deviante, tramite misure che corrispondano ai principi di personalizzazione, differenziazione e sussidiarietà.

Il fatto reato, in questa prospettiva, diventa quindi l'occasione per intercettare il disagio giovanile e assumere quelle misure, seppur non prive anche di una componente afflittivo-retributiva, volte da un lato al contrasto della devianza e dall'altro alla cura dei bisogni educativi del minore.

Allora, il procedimento penale minorile diviene lo strumento per offrire al minore un'occasione per emanciparsi dalle cause che hanno indotto l'atto deviante e solo così risultano pienamente attuati, in tutta la loro forza semantica, i precipitati costituzionali secondo cui la Repubblica protegge la gioventù ed è suo compito rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana.

Ciò posto si osserva come l'eccessiva accentuazione dei principi di celerità e razionalizzazione - con la scelta legislativa di collocare l'istituto in esame all'interno della fase delle indagini preliminari - abbia comportato la compromissione di quegli strumenti, propri di un sapere scientifico-pedagogico, necessari ad assicurare quell'approccio personalistico indispensabile per garantire al trattamento giurisdizionale minorile la sua finalità educativa. Non è un caso se tutte le ipotesi normative rivolte a introdurre nel rito minorile forme di definizione anticipata del procedimento sono sempre rimaste su un piano teorico, non riuscendo a superare i dubbi in ordine alla loro compatibilità a Costituzione. Così è avvenuto, ad esempio, con riferimento alla possibilità di introdurre nel rito minorile l'applicazione della pena su richiesta delle parti (sentenza Corte cost. n. 272 del 2000) oppure con riferimento alla possibilità di estendere la messa alla prova per adulti nel corso delle indagini preliminari anche nei confronti di soggetti minorenni (sentenza Corte cost. n. 139 del 2020).

L'intervento personalistico a valenza educativa, e quindi non a punizione ma a protezione del giovane, così come richiesto dall'art. 31, II comma, Costituzione, opera mediante due fondamentali strumenti: la conoscenza del minore e il carattere multidisciplinare dell'Organo giudicante, capace di cogliere anche quegli aspetti extragiuridici propri di un sapere pedagogico-educativo.

L'assenza tanto degli elementi conoscitivi sul minore quanto della componente onoraria all'interno dell'Organo giudicante, se determina l'impossibilità di assicurare la portata educativa della risposta trattamentale introdotta all'art. 27 *bis*, allo stesso tempo - larvamente - ne riesuma la funzione retributiva.

La valenza sostanzialmente retributiva dell'istituto, al di là della terminologia impiegata dal Legislatore, si evince da una lettura sistematica della norma. Infatti, se si analizza l'intera procedura scomponendola in tre distinte fasi, risulta come gli strumenti indispensabili per perseguire un fine educativo siano per ciascuna fase fortemente ridotti o del tutto assenti.

Si procederà quindi ad analizzare l'intero iter dell'istituto scomponendolo secondo la seguente tripartizione: la fase prodromica, cioè la redazione della proposta del programma rieducativo, la fase intermedia, cioè l'ammissione da parte del Giudice al programma proposto, la fase conclusiva, cioè la valutazione all'esito del periodo di osservazione.

Con riferimento alla prima fase, la redazione del progetto, si osserva che l'assenza di un approfondimento sulla situazione del minore preclude la possibilità di redigere un programma personalizzato, rispettoso delle specifiche esigenze pedagogico-rieducative del minore.

La conoscenza del minore risulta essere un presupposto fondamentale per redigere un progetto a valenza educativa e permettere la definizione di un programma capace di tenere in considerazione sia gli aspetti di forza del minore, che devono essere valorizzati, sia quelli di fragilità, su cui improntare il programma, anche nella prospettiva di contrasto alla recidiva, posto che gli aspetti di fragilità spesso risultano intimamente avvinti al fatto per cui si procede penalmente.

Dalla lettura della disciplina prevista dalla norma in esame invece risulta plausibile ritenere che il contenuto del progetto educativo venga in concreto stilato sulla base della tipologia e della gravità del reato contestato e non già sulla base delle specifiche esigenze di recupero del minore, posto che il reato contestato è l'unico dato certo sul minore.

Date queste premesse si deduce che il contenuto del programma educativo sarà calibrato, per durata e tipo di attività, in ragione della tipologia e della gravità del reato per cui si procede, secondo valutazioni strettamente proporzionalistiche, tipiche di una concezione retributiva della risposta ordinamentale.

Se la carenza informativa è riconducibile al fatto che per la stesura del programma rieducativo non è richiesto un preventivo accertamento sulla situazione personale del minore, si osserva inoltre che la raccolta di informazioni sarebbe peraltro di difficile esecuzione in ragione dei ristretti tempi dettati dal Legislatore, posto che tra la data della notifica della proposta da parte del PMM e la presentazione del progetto a cura del minore o del suo difensore è previsto un termine di 60 giorni, senza possibilità di proroga.

La redazione del programma, inoltre, risente delle modalità di coinvolgimento dei servizi minorili dell'amministrazione della giustizia previste dall'art. 27 bis, nella misura in cui la partecipazione dei servizi minorili dell'amministrazione della giustizia, al di là se essa debba intendersi obbligatoria o facoltativa, posta l'ambivalenza della norma sul punto, risulta in ogni caso essere secondaria e strumentale, volta non già a elaborare il programma,

previa conoscenza del minore, ma limitata alla mera individuazione di quelle attività che dovranno essere poste a completamento del programma rieducativo quali i "lavori socialmente utili o la collaborazione a titolo gratuito con enti del Terzo settore o lo svolgimento di altre attività a beneficio della comunità di appartenenza" (art. 27 bis, comma I).

Né appare applicabile la procedura delineata dalla Legge in ordine alla stesura del progetto di messa alla prova di cui all'art. 28 del D.P.R. n. 448 del 1988, laddove l'attribuzione ai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia del compito di predisporre il progetto, secondo quanto previsto dall'art. 27 D.Lgs. 28 luglio 1989, n. 272 (norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448) e cioè previo approfondimento della situazione personale e familiare del minore, è a garanzia della funzione educativa dell'istituto. Nondimeno nella MAP in fase di indagini prevista per gli adulti è previsto che il progetto sia elaborato dall'Ufficio esecuzione penale esterna (artt. 464 bis e ter 1 c.p.p.).

L'attribuzione della redazione del programma ai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia, nondimeno, si pone come un importante baluardo in difesa del principio di eguaglianza sostanziale, posto che assicura la parità di trattamento, la non imputabilità alla difesa del mancato rispetto del termine di 60 giorni per il deposito del programma e il diritto a ciascun giovane di accedere all'Istituto. L'individuazione delle attività da inserire nel programma da presentare all'Autorità giudiziaria, infatti, non appare essere un'operazione di pronta soluzione e può rilevarsi specialmente difficoltosa per i minori che vivono in contesti familiari e in situazioni sociali periferiche e marginali.

È pur vero che il Legislatore prevede la possibilità per la difesa di collaborare con i servizi minorili dell'amministrazione della giustizia, ma è altrettanto vero che è la difesa a dover presentare il progetto nel termine di 60 giorni dalla notifica e quindi eventuali ritardi saranno processualmente a essa imputabili. In caso di mancato rispetto del termine si osserva in primo luogo che la difesa non potrà avvantaggiarsi della procedura deflattiva e in secondo luogo sarà esposta all'incertezza normativa, posto che tale ipotesi non è regolata dalla disposizione. Ci si può chiedere se vi possano essere delle ripercussioni processualmente sfavorevoli per il minore, come ad esempio la possibilità per il PMM di esercitare l'azione penale nelle forme del rito immediato, ipotesi non escludibile a mente del quinto comma dell'art. 27 bis in forza del quale "nel caso in cui il minore non intenda accedere al percorso di reinserimento e rieducazione o lo interrompa senza giustificato motivo, il giudice restituisce gli atti al pubblico ministero, che può procedere con richiesta di giudizio immediato anche fuori dei casi previsti dall'articolo 453 del codice di procedura penale".

L'assenza di una disciplina analoga a quella prevista per la MAP, sia ex art. 28 D.P.R. n. 448 del 1988 sia ex art. 464 bis c.p.p., che delinea una procedura ad hoc per la stesura del progetto, e la ristrettezza dei tempi, inducono a ritenere che le attività contenute nel progetto saranno individuate

# Giurisprudenza

## Processo penale

secondo meccaniche seriali a discapito dei reconditi bisogni educativi del minore. Né il solo fatto che il progetto venga redatto dal minore o dal suo difensore può intendersi per ciò solo una garanzia sufficiente a che le attività proposte siano congrue rispetto agli specifici bisogni educativi del minore. Invero, il contenuto del programma rieducativo sarà determinato, per durata e tipo di attività, in ragione della tipologia e della gravità del reato per cui si procede, secondo valutazioni strettamente proporzionalistiche, tipiche di una concezione retributiva della risposta ordinamentale.

Con riferimento invece alla seconda e alla terza fase, rispettivamente l'ammissione e la valutazione conclusiva del progetto, si rileva che entrambe sono demandate al Giudice monocratico per le indagini preliminari e non al Giudice collegiale, formato ai sensi dell'art. 50 bis, comma II, del R.D. n. 12 del 1941, che prevede all'interno del Collegio la presenza, accanto al Giudice togato, di un uomo e una donna esperti in ambito psico-pedagogico.

Tale scelta processuale riduce significativamente la possibilità di procedere mediante un giudizio a base personalistica, laddove priva l'Organo giudicante dell'apporto interdisciplinare garantito dalla presenza della componente onoraria e della dialettica che si instaura tra essa e il Giudice togato. La novella legislativa, da questo punto di vista, non pare tenere in debita considerazione la giurisprudenza costituzionale e di legittimità formatasi sull'importanza della presenza della componente onoraria all'interno dell'Organo giudicante nel processo penale minorile. Si osserva inoltre che, in assenza di specifiche informazioni sulla situazione del minore, la valutazione, dapprima sulla congruità del progetto - ai fini dell'ammissione di cui all'art. 27 bis comma III - e successivamente sull'esito del progetto - ai fini della declaratoria di estinzione del reato di cui all'art. 27 bis ult. comma - potrà avvenire solo attraverso dati strettamente oggettivi quali il reato per cui si procede, in ordine alla fase dell'ammissione, e l'espletamento degli impegni presi, in ordine alla fase della valutazione conclusiva.

In merito a ciò si rileva come entrambe le fasi risentano nuovamente della mancata previsione volta a garantire un pieno coinvolgimento dei servizi minorili dell'amministrazione della giustizia.

Va rammentato a tal proposito che la Legge prevede espressamente che nella MAP, sia ex art. 28 D.P.R. n. 448 del 1988 che ex art. 464 bis e segg. c.p.p., vi sia una presa in carico del soggetto da parte dei servizi dell'Amministrazione della giustizia. In particolare, è previsto che il minore, ammesso alla prova, venga "affidato" dal Giudice ai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia (art. 28 comma II D.P.R. n. 448 del 1988) e che l'adulto, ammesso alla prova, debba essere preso in carico dell'ufficio esecuzione penale esterna (art. 464 *quinquies* comma II c.p.p.).

Rimanendo nell'ambito minorile, l'affidamento ai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia, oltre a corrispondere alle dovute esigenze di supporto psicologico in favore del minore, garantisce un costante monitoraggio sull'andamento del progetto e permette: in primo luogo di

mantenere sempre informato il Giudice (art. 27, comma III, D.Lgs. n. 272 del 1989); in secondo luogo di assumere tutti quegli accorgimenti in corso d'opera protesi ad adattare la progettualità avviata in relazione agli specifici e cangianti bisogni educativi del minore (art. 27, comma III, D.Lgs. n. 272 del 1989); in terzo luogo di fornire una dettagliata relazione al termine del percorso in cui si dà atto dell'esito del progetto con riferimento all'evoluzione personale del minore (art. 27, comma III, D.Lgs. n. 272 del 1989).

Questo complesso sistema previsto per la messa alla prova tradizionale non pare possa essere mutuato all'interno della procedura in esame, sia per un rilievo pratico, attesi i tempi ristretti entro cui deve essere svolta la procedura, sia per un rilievo normativo, posto che non vi è un espresso richiamo all'art. 27 del D.Lgs. n. 272 del 1989 che, ai sensi del primo comma, trova applicazione quando "il giudice provvede a norma dell'articolo 28 del D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448".

In ordine, invece, alla terza e ultima fase, quella decisoria, è richiesto al Giudice di valutare l'esito del percorso "tenuto conto del comportamento dell'imputato e dell'esito positivo del percorso rieducativo" (art. 27 bis, ult. comma). Anche rispetto a tale momento valutativo non è specificato sulla base di quali elementi informativi debba essere svolto il giudizio, posto che non è previsto l'intervento dei servizi minorili dell'amministrazione della giustizia al termine del percorso, diversamente da quanto accade al termine della MAP ex art. 28 D.P.R. n. 448 del 1988, dove è previsto l'inoltro di una relazione conclusiva ai sensi dell'art. 27, comma V, del D.Lgs. n. 272 del 1989, e al termine della MAP per adulti in fase di indagine, dove è previsto che il Giudice, al fine di valutare l'esito del progetto, "acquisisce la relazione conclusiva dell'ufficio di esecuzione penale esterna che ha preso in carico l'imputato" (art. 464 *septies* c.p.p.).

L'assenza di una relazione, redatta a cura da un soggetto pubblico e altamente specializzato, qual è l'Ufficio dei servizi minorili dell'amministrazione della giustizia, impedisce di tenere in debita considerazione l'incidenza che l'espletamento del progetto ha avuto sul percorso evolutivo del minore in relazione ai profili di crescita, maturità e responsabilizzazione.

In assenza, ancora una volta, di adeguati elementi informativi, l'emissione o meno della sentenza di non luogo a procedere per estinzione del reato dipenderà dall'adempimento o meno da parte dell'imputato degli impegni presi a prescindere della valenza educativa che possono aver assunto nel suo percorso di crescita.

A fronte di queste considerazioni si procederà a verificare se è possibile un'interpretazione conforme a Costituzione della disposizione in esame, intesa cioè ad assicurare che il "programma rieducativo possa essere realmente tale per il minore e che la sua valenza educativa possa essere oggetto di valutazione da parte del Giudice, tanto in fase di vaglio sull'ammissione al programma quanto in fase di verbalizzazione del suo svolgimento.

L'attività ermeneutica in rilievo deve quindi colmare le lacune informative sia sotto il profilo della situazione

personale del minore sia sotto il profilo dell'andamento del progetto in relazione al percorso di crescita del minore. Con riferimento al primo profilo, la carenza di informazioni sul minore potrebbe essere colmata mediante lo strumento previsto all'art. 9 D.P.R. n. 448 del 1988, in forza del quale è riconosciuto al Pubblico ministero e al Giudice il potere di acquisire d'ufficio "elementi circa le condizioni e le risorse personali, familiari, sociali e ambientali del minorenne al fine di accertarne l'imputabilità e il grado di responsabilità, valutare la rilevanza sociale del fatto".

Con riferimento invece al secondo profilo, l'unico strumento utile sarebbe un maggior coinvolgimento dei servizi socio-sanitari all'interno della procedura in esame. Ciò potrebbe essere attuato ricorrendo allo strumento previsto dall'art. 6 D.P.R. n. 448 del 1988 in forza del quale "in ogni stato e grado del procedimento l'autorità giudiziaria si avvale, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, dei servizi minorili dell'amministrazione della giustizia e dei servizi di assistenza sociali e sanitari istituiti dagli enti locali e dal Servizio sanitario nazionale". Si potrebbe ipotizzare che il Giudice si possa avvalere dei servizi pubblici per attribuire loro tutti quei compiti assegnati ai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia nell'ambito della messa alla prova ex art. 28 D.P.R. n. 448 del 1988.

Entrambe queste ipotesi, tuttavia, non risultano giuridicamente e razionalmente percorribili, e si mostrano antitetiche rispetto alle specifiche finalità perseguite dal legislatore con le misure introdotte con il D.L. 15 settembre 2023, n. 123, convertito, con modificazioni, dalla L. 13 novembre 2023, n. 159.

Infatti, per quanto concerne l'integrazione informativa, si osserva che tale attività determinerebbe una significativa dilazione temporale che si contrapporrebbe alle esigenze di celerità e deflazione perseguite con l'istituto di cui all'art. 27 bis.

Inoltre, venuta meno la possibilità di addivenire a una definizione del procedimento in tempi rapidi, la sottrazione della componente onoraria dall'organo giudicante, ammesso che tale privazione possa ritenersi costituzionalmente plausibile, risulterebbe tanto più irragionevole, in quanto, pur in assenza di alcun beneficio in termini di durata del procedimento, sacrificerebbe quell'approccio multidisciplinare e diversificato nel genere idoneo a corrispondere in modo altamente qualificato e completo a tutte le esigenze in rilievo.

Analoghe considerazioni possono essere svolte rispetto alla possibilità di rafforzare l'intervento dei servizi, poiché tale attività implicherebbe ugualmente una dilazione temporale.

Si osserva inoltre come un maggior impiego dei servizi pubblici risulti distonico rispetto alla stessa struttura dell'istituto in esame e ai fini perseguiti dal Legislatore volti a contenere i costi erariali e di alleggerire il carico di lavoro dei servizi minorili dell'amministrazione della giustizia. Risulta, infatti, evidente che il pieno coinvolgimento da parte dei servizi minorili dell'amministrazione della giustizia priverebbe il programma rieducativo della natura

negoziale che lo caratterizza e neutralizzerebbe l'intero impianto processuale volto al contenimento dei tempi. D'altro canto, si evidenzia che l'esigenza di alleggerire l'aggravio di lavoro dei servizi minorili dell'amministrazione della giustizia, con conseguente tutela delle risorse pubbliche, trova espressa conferma nel fatto che lo stesso Legislatore che ha introdotto la procedura in esame ha apportato una modifica propriamente alla norma che regola la dipendenza funzionale dei servizi minorili dell'amministrazione della giustizia rispetto al Giudice. Infatti l'inciso "senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica", al richiamato art. 6 D.P.R. n. 448 del 1988, è stato apportato dall'art. 6, comma 1, lett. O a), del D.L. 15 settembre 2023, n. 123, convertito, con modificazioni, dalla L. 13 novembre 2023, n. 159. Tale inciso mette in luce l'incertezza del Legislatore nel regolare l'intervento dei servizi minorili dell'amministrazione della giustizia all'interno dell'istituto in esame, nella misura in cui dapprima prevede che il progetto debba essere redatto "sentiti i servizi minorili dell'amministrazione della giustizia" e successivamente che il progetto debba essere redatto "in collaborazione anche con i servizi minorili dell'amministrazione della giustizia". La coordinazione logica tra le due diciture e la riformulazione dell'art. 6 D.P.R. n. 448 del 1988 determina che l'intervento in parola non sia obbligatorio, potendo la difesa limitarsi a un'interlocuzione con i servizi minorili dell'amministrazione della giustizia prima di presentare il progetto, e in secondo luogo come già accennato che l'intervento dei servizi sia limitato al reperimento delle attività e non già a una presa in carico del minore nelle forme dell'affidamento.

In sintesi, in ragione delle considerazioni esposte, non appare possibile una interpretazione costituzionalmente orientata, volta a colmare le lacune informative sia sulla situazione personale del minore sia sull'incidenza del progetto educativo sul percorso di crescita del minore.

Rimane infine a disposizione del Giudice un'ultima soluzione applicativa, cioè quella di limitarsi a ritenere il progetto educativo non congruo, in quanto non è possibile determinare se sia in grado di soddisfare le esigenze educative del minore.

Tuttavia, si rileva che - diversamente da quanto accade nel caso in cui il progetto dovesse fallire per ragioni riconducibili all'imputato, puntualmente regolate dall'art. 27 bis ai commi IV, V e VI - il Legislatore non fornisce indicazioni né prevede conseguenze processuali nel caso in cui il Giudice dovesse ritenere, per una qualunque ragione, il progetto non congruo.

Ciò posto, si possono ipotizzare due possibili soluzioni, nessuna delle quali tuttavia pare essere percorribile.

Una prima soluzione è quella di disporre la restituzione degli atti al PMM, così come avviene nei casi di mancato avvio, di interruzione o di esito negativo del progetto (art. 27 bis, V e VI commi). Invero tale ipotesi non appare attuabile in quanto determina una regressione del procedimento penale in assenza di un'espressa previsione normativa o di un vizio tale da inficiare la prosecuzione del procedimento. Infatti, si osserva che l'eventuale restituzione degli atti al PMM

rappresenterebbe una regressione del procedimento in senso tecnico, poiché, nel momento in cui il Giudice è chiamato a esprimersi sul progetto, vi è stato l'esercizio dell'azione penale da parte del PMM, stante l'impiego delle dizioni "processo" (art. 27 bis, III comma) e "imputato" (art. 27 bis, III e V comma), univoche nel presupporre l'avvenuto esercizio dell'azione penale.

Al di là dei profili di legittimità processuale afferente all'esercizio dell'azione penale senza alcuna garanzia processuale tipicamente associata a tale atto, tra cui l'assenza degli avvisi informativi tanto all'indagato quanto alla persona offesa, si osserva che l'eventuale determinazione del Giudice nel senso di una remissione degli atti al PMM, oltre ad essere priva di un'espressa previsione normativa, si contrapporrebbe alla determinazione processuale assunta dalla difesa, che con la presentazione del progetto educativo ha univocamente palesato, con parziale sacrificio della presunzione di non colpevolezza, la volontà di addivenire a una rapida definizione del procedimento. Alla luce di queste considerazioni, richiamato il principio irrettrattabilità dell'azione penale, codificato all'art. 50, comma III, c.p.p., si ritiene tale ipotesi non percorribile in quanto *contra legem*.

Una seconda soluzione è rappresentata dal potere per il Giudice di integrare il progetto educativo presentato dalla difesa. In tal caso riaffiorerebbero tutte le criticità sopra descritte circa la possibilità per il Giudice di ricorrere agli strumenti normativi volti a colmare il quadro conoscitivo. Inoltre, l'integrazione ufficiosa del progetto risulta incompatibile con la natura negoziale della proposta educativa, posto che la determinazione del suo contenuto è rimessa alla difesa e quindi ogni attività integrativa dettata dal Giudice rimarrebbe priva di titolo legittimante.

Infine, l'integrazione del progetto sarebbe comunque rimessa al Giudice monocratico, privo del supporto scientifico apportato dalla componente onoraria. Quest'ultimo aspetto, ovvero la mancata attribuzione del giudizio a un Organo collegiale multidisciplinare e altamente formato, appare invero non superabile e preclude in modo definitivo la possibilità di assicurare i fini propri del processo minorile, che evidentemente travalicano una logica trattamentale meramente proporzionale e a valenza retributiva.

In definitiva, a giudizio dello scrivente, l'istituto introdotto all'art. 27 bis D.P.R. n. 448 del 1988 solleva dei dubbi non manifestamente infondati in relazione all'art. 3 e all'art. 31 comma II Costituzione, perché ceta, di fronte a un reato asseritamente commesso da un minore, una meccanica trattamentale fortemente improntata sul paradigma punitivo, scandita dal principio di proporzionalità, anziché assicurare un approccio trattamentale fondato su dinamiche educative e riabilitative, definite dal principio personalistico e assicurate dalla multidisciplinarietà dell'Organo giudicante minorile.

### P.Q.M.

Visto l'art. 23 della L. 11 marzo 1953, n. 87; ritenutane la rilevanza e la non manifesta infondatezza, solleva, nei termini dianzi indicati, questione di legittimità costituzionale dell'art. 27 bis, del D.P.R. n. 448 del 1988, così come inserito dall'art. 8, comma 1, lettera b) del D.L. 15 settembre 2023, n. 123, convertito con modificazioni dalla L. 13 novembre 2023, n. 159, per la violazione degli articoli 3 e 31 della Costituzione.

## **Il percorso di rieducazione del minore *ex art. 27-bis*, d.P.R. n. 448/1988: dubbi di costituzionalità, nodi interpretativi ed occasione di riflessione sul processo penale minorile**

*di Andrea Conti (\*)*

L'Autore prenderà in esame l'art. 27-bis, d.P.R. n. 448/1988 al fine di evidenziare sia i dubbi di costituzionalità che pone l'istituto introdotto dal c.d. decreto Caivano sia i profili critici della disciplina. Inoltre, verranno analizzati il ruolo del giudice onorario ed il rapporto tra la funzione giurisdizione e la tutela delle esigenze educative del minore nel processo penale minorile.

*The Author will examine art. 27-bis of Presidential Decree 448/1988 in order to highlight both the doubts of constitutionality that the institution introduced by the so-called Caivano decree raises and the critical aspects of the discipline. Furthermore, the role of the honorary judge and the relationship between the jurisdictional function and the protection of the educational needs of the child in the juvenile criminal process will be analyzed.*

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

## L'ordinanza del Tribunale per i Minorenni di Trento: i dubbi di costituzionalità ed il peccato originale dell'art. 27-bis, d.P.R. n. 448/1988

Il Tribunale per i Minorenni di Trento, con l'ordinanza in commento, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 27-bis, d.P.R. n. 448/1988 - rubricato *Percorso di rieducazione del minore* ed introdotto dall'art. 8, comma 1, lett. b), D.L. 15 settembre 2023, n. 123 (c.d. D.L. Caivano), conv. con mod. dalla L. 13 novembre 2023, n. 159 - che prevede la possibilità, nel caso in cui si proceda per reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni di reclusione - ovvero la pena pecuniaria, solo o congiunta alla pena detentiva -, di una definizione anticipata del procedimento penale - già in fase di indagini preliminari - con la pronuncia di una sentenza di non luogo a procedere laddove il percorso di reinserimento e rieducazione civica e sociale avviato dal minore abbia avuto un esito positivo.

In particolare, la critica di costituzionalità mossa dal giudice trentino evidenzia come l'art. 27-bis, d.P.R. n. 448/1988 sia privo di una finalità educativa ed incompatibile con i principi del processo penale minorile posto che si caratterizza per "una logica esclusivamente retributiva, anziché educativa, nella risposta trattamentale, contraria agli assiomi basilari del processo minorile [...] nella misura in cui prevedere per il minore sottoposto a procedimento penale una risposta giurisdizionale di tipo sanzionatorio piuttosto che di tipo educativo, in contrasto con

quanto richiesto dall'art. 31 comma II Costituzione" (1). Alla luce di tali considerazioni, il Tribunale per i Minorenni di Trento ritiene che siano violati gli artt. 3 e 31 Cost. in quanto l'art. 27-bis, d.P.R. n. 448/1988 "cela, di fronte ad un reato asseritamente commesso da un minore, una meccanica trattamentale fortemente improntata sul paradigma punito, scandita dal principio di proporzionalità, anziché assicurare un approccio trattamentale fondato su dinamiche educative e riabilitative, definite dal principio personalistico e assicurate dalla multidisciplinarietà dell'Organo giudicante minorile" (2).

Prima di prendere in considerazione le argomentazioni dell'ordinanza di rimessione, occorre evidenziare come il Tribunale per i Minorenni di Trento non abbia colto quello che, almeno a parere dello scrivente, può essere definito come il peccato originale di incostituzionalità (3) dell'art. 27-bis, comma 1, d.P.R. n. 448/1988 e che affiora se si pone in relazione la fase procedimentale in cui l'istituto in esame si colloca - ovvero, come espressamente chiarito dall'*incipit* dell'art. 27-bis, comma 1, d.P.R. n. 448/1988, le indagini preliminari (4) - ed il fatto che l'art. 27-bis, d.P.R. n. 448/1988 rappresenta, come espressamente affermato dalla relazione illustrativa al D.L. 15 settembre 2023, n. 123, una versione ridotta - un fratello minore - della messa alla prova (5).

Infatti, la messa alla prova di cui agli artt. 28 e 29, d.P.R. n. 448/1988, come confermato dalla Corte costituzionale (6), non risulta applicabile nel corso delle indagini preliminari (7) nella misura in cui, pur

(1) Così Trib. min. Trento, G.I.P., 6 marzo 2024, ord., est. Gallo, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 3-4.

(2) Così Trib. min. Trento, G.I.P., 6 marzo 2024, ord., cit., 14.

(3) L'espressione è usata da A. Conti, *Le modifiche introdotte dal d.l. 15 settembre 2023, n. 123 (d.l. Caivano) in tema di processo penale minorile*, in *Il processo*, 2023, 1098.

(4) Sul punto risultano condivisibili le osservazioni di G. Mastrangelo, *Il d.l. 15 settembre 2023, n. 123 e il processo penale minorile*, in *Cass. pen.*, 2024, 1137, secondo il quale l'art. 27-bis, d.P.R. n. 448/1988 può trovare applicazione unicamente nel corso delle indagini preliminari.

(5) Cfr. *Dossier* del 25 settembre 2023, di accompagnamento al d.d.l. 878, *Conversione in legge del decreto-legge 15 settembre 2023, n. 123, recante misure urgenti di contrasto al disagio giovanile, alla povertà educativa e alla criminalità minorile, nonché per la sicurezza dei minori in ambito digitale*, in [www.senato.it](http://www.senato.it), ove si legge che "l'istituto introdotto con il decreto in esame costituisce una versione 'semplificata' dell'istituto della messa alla prova [...] per i reati di minore gravità", tanto che nella prassi già si parla di "mini messa alla prova" e di "messa alla prova semplificata".

(6) Cfr. Corte cost. 10 giugno 2020, n. 139, in *Giur. cost.*, 2020, 1599 ss. (con nota di M. Miraglia, *Indagini preliminari e messa alla prova: ragionevoli divergenze tra probation minorile e rito codicistico*), la quale dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 28, d.P.R. n. 448/1988 nella parte in cui non prevede la possibilità di disporre nel corso delle indagini

preliminari la sospensione del processo con contestuale messa alla prova.

(7) Cfr. G. Battistacci, *Il processo minorile*, in AA.VV., *Le riforme complementari. Il nuovo processo minorile e l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario*, a cura di G. Fumu, Padova, 1991, 36; A. Mestiz - M. Colamussi, *Processo penale minorile: l'irrelevanza del fatto e la messa alla prova*, Bologna, 1997, 134; S. Di Nuovo - G. Grasso, *Diritto e procedura penale minorile. Profili giuridici, psicologici e sociali*, Milano, 2005, 356; G. Di Paolo, *Riflessioni in tema di probation minorile*, in *Cass. pen.*, 1992, 2869; L. Fadiga, *Riti speciali nel processo minorile*, in *Quad. C.S.M.*, 1989, 28, 523; L. Pepino, *Processo minorile e formule definitorie*, in *Quad. C.S.M.*, 1989, 28, 533; A. Ghiara, *La "messa alla prova" nella legge processuale minorile*, in *Giust. pen.*, 1991, III, 87; E. Lanza, *La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minore, milanese*, Milano 2003, 107; A.C. Moro, *Manuale di diritto minorile*, Bologna, 2014, 611; G. Pucci - T. Baglione, *Il processo penale a carico di imputati minorenni*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1990, 111; M. Bouchard, voce *Processo penale minorile*, in *Dig. disc. pen.*, X, Torino, 1995, 153; L. Caraceni, voce *Processo penale minorile*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 2000, 1038; C. Cottatellucci, sub art. 28, d.P.R. n. 448/1988, in AA.VV., *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi - E. Lupo, X, Milano, 2017, 649 ss. e C. Cesari, sub art. 28, d.P.R. n. 448/1988, in AA.VV., *Il processo penale minorile. Commento al D.P.R. 448/1988*, a cura di G. Giostra, Milano, 2021, 495, secondo

volendo sottacere il dirimente dato testuale (8), “la finalità essenzialmente rieducativa della messa alla prova minorile si oppone a un’eccessiva anticipazione procedimentale delle relative valutazioni” (9) tanto che “l’opzione legislativa di fissare nell’udienza preliminare, e quindi dopo l’esercizio dell’azione penale, il primo momento utile per la messa alla prova del minore corrisponde ragionevolmente all’esigenza di assicurare che le relative valutazioni siano esercitate su un materiale istruttorio sufficientemente definito, oltre che da un giudice strutturalmente idoneo ad apprezzarne tutti i riflessi personalistici” (10), senza considerare che “la scelta del legislatore di affidare la messa alla prova minorile al giudice dell’udienza preliminare, e di non consentire una valutazione anticipata da parte del giudice per le indagini preliminari, trova la sua *ratio* anche nella struttura dell’organo giudicante, collegiale e interdisciplinare nell’un caso, monocratico e togato nell’altro” (11).

Le ragioni di incompatibilità tra la messa alla prova e le indagini preliminari risultano applicabili anche all’art. 27-*bis*, d.P.R. n. 448/1988 posto che quest’ultimo condivide con la messa alla prova l’essenza e la natura: si tratta di una messa alla prova ridotta, una *editio minor* appunto. Tale equiparazione sostanziale consente di estendere i dubbi di costituzionalità mossi alla messa alla prova c.d. *maior* prevista dall’art. 28, d.P.R. n. 448/1988 anche al percorso di rieducazione del minore, qualificato proprio come una forma di messa alla prova anticipata e semplificata.

Pertanto, salvo non voler considerare la forma semplificata prevista dall’art. 27-*bis*, d.P.R. n. 448/1988 come una modalità processuale meno garantita, se la

premessa maggiore è che la messa alla prova non è applicabile nel corso delle indagini preliminari e la premessa minore è che l’art. 27-*bis*, d.P.R. n. 448/1988 rappresenta una *editio minor* della messa alla prova, allora la conclusione del sillogismo di incostituzionalità non può che essere che l’art. 27-*bis*, d.P.R. n. 448/1988 non dovrebbe essere applicabile in indagine preliminare.

### Il Tribunale per i Minorenni di Trento ed i nodi gordiani dell’art. 27-*bis*, d.P.R. n. 448/1988

Nonostante il giudice trentino non colga il vizio genetico e di fondo dell’art. 27-*bis*, d.P.R. n. 448/1988, l’ordinanza, non solo rappresenta l’occasione per riflettere sul ruolo del Giudice onorario all’interno del collegio giudicante del Tribunale per i Minorenni (12) e sul il rapporto tra funzione giurisdizionale e tutela delle esigenze educative (13), ma pone anche l’attenzione su alcune criticità del *novum* introdotto dal c.d. decreto Caivano.

In particolare, il Tribunale per i Minorenni di Trento ritiene che l’art. 27-*bis*, d.P.R. n. 448/1988 si caratterizzi per i “seguenti tratti distintivi: l’esercizio informale dell’azione penale, l’accertamento del fatto in forma sommaria, una significativa restrizione dei tempi, il mancato coinvolgimento della persona offesa, la natura negoziale del programma rieducativo, la devoluzione della procedura alla cognizione del Giudice monocratico per le indagini preliminari, l’intervento ridotto dei servizi minorili dell’amministrazione della giustizia” (14). Tuttavia, tale definizione coglie perfettamente le ampie criticità insite nell’istituto in esame tanto che sarebbe più corretto

la quale “la scelta di collocare in fase processuale il provvedimento di messa alla prova è coerente con la delicatezza della decisione sul punto, che postula raggiunta la prova della colpevolezza, scartati possibili esiti alternativi del processo e verificati i presupposti per l’adozione della misura”.

(8) Infatti, l’art. 28, d.P.R. n. 448/1988 utilizza i termini “processo” ed “imputato”, evocando la fase processuale ed escludendo la fase delle indagini preliminari. Sul punto si vedano L. Caraceni, voce *Processo penale minorile*, cit., 1038; E. Lanza, *La messa alla prova processuale. Da strumento di recupero per i minorenni a rimedio generale deflattivo*, Milano, 2017, 89 ss.; M. Colamussi, voce *Messa alla prova*, in *Dig. disc. pen.*, V Agg., Torino, 2010, 572 e L. Pepino, voce *Sospensione del processo con messa alla prova*, in *Dig. disc. pen.*, XIII, Torino, 1997, 485.

(9) In questi termini si esprime Corte cost. 10 giugno 2020, n. 139, cit., 1607.

(10) Così Corte cost. 10 giugno 2020, n. 139, cit., 1608.

(11) In questi termini si esprime Corte cost. 10 giugno 2020, n. 139, cit., 1608, la quale prosegue evidenziando che “la preminente funzione rieducativa del procedimento penale minorile trov [a] una fondamentale rispondenza nella particolare composizione ‘mista’ del giudice specializzato, arricchita dalla dialettica interna

tra la componente togata e quella esperta: [è], infatti, grazie alle competenze scientifiche dei soggetti che compongono il collegio giudicante che viene svolta una corretta valutazione delle particolari situazioni dei minori, la cui evoluzione psicologica, non ancora giunta a maturazione, richiede l’adozione di particolari trattamenti penali che consentano il loro completo recupero, ponendosi, quest’ultimo, quale obiettivo primario, cui tende l’intero sistema penale minorile” (sentenza n. 310 del 2008)”. Sul punto si veda anche M. Miraglia, *La sospensione del processo con messa alla prova nel rito minorile non può essere disposta durante le indagini preliminari. La Corte Costituzionale ribadisce l’imprescindibilità della “collegialità interdisciplinare”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1594 ss.

(12) Sul punto si veda quanto si dirà nel par. *Il Giudice onorario: l’essenza indispensabile del Tribunale per i Minorenni* del presente lavoro.

(13) Sul punto si veda quanto si dirà nel par. *Il rapporto tra la funzione giurisdizionale e la tutela delle esigenze educative del minore nel processo penale minorile: alla ricerca di un delicato equilibrio del presente lavoro*.

(14) In questi termini si esprime Trib. min. Trento, G.I.P., 6 marzo 2024, ord., cit., 5.

parlare, non di “procedura significativamente destrutturata nelle forme” (15), ma di un *mostrum* caratterizzato da una procedura significativamente critica nelle forme.

### **Il Pubblico Ministero minorile ed il minore tra esercizio dell'azione penale e predisposizione del programma di rieducazione**

Un primo profilo di criticità, su cui il Tribunale trentino sorvola parlando di “esercizio informale dell'azione penale” (16), riguarda l'iniziativa del Pubblico ministero minorile chiamato a notificare al minore ed all'esercente la responsabilità genitoriale la proposta di definizione anticipata e, in particolare, ci si deve domandare se tale attività comporti l'esercizio dell'azione penale.

La *quaestio iuris* dovrebbe essere risolta in senso affermativo come suggerisce l'uso dei termini “imputato” (17) (art. 27-bis, comma 3 e 6, d.P.R. n. 448/1988) e “processo” (art. 27-bis, comma 3, d.P.R. n. 448/1988) (18) ed il fatto che l'esito positivo conduce alla conclusione dell'*iter* processuale con una sentenza di non luogo a procedere (19). Pertanto, il Pubblico ministero minorile, previa notifica della proposta di cui all'art. 27-bis, comma 1, d.P.R. n.

448/1988, dovrà esercitare l'azione penale formulando l'imputazione (20).

Ritenere che l'iniziativa del Pubblico ministero minorile comporti l'esercizio dell'azione penale ha una ricaduta nel caso in cui il programma di rieducazione e di reinserimento venga ingiustificatamente interrotto dal minore (cfr. art. 27-bis, comma 5, d.P.R. n. 448/1988) o, al termine del suo regolare svolgimento, venga ritenuto che il percorso effettuato dal minore non abbia avuto un esito positivo (cfr. art. 27-bis, comma 6, d.P.R. n. 448/1988). Infatti, in queste ipotesi, il Giudice per le indagini preliminari deve restituire gli atti al Pubblico ministero minorile, il quale dovrà, necessariamente, determinarsi per il rinvio a giudizio dell'imputato (21).

Tuttavia, il percorso processuale non dovrebbe essere così rigidamente determinato nella misura in cui, nel rispetto del principio della irretrattabilità dell'azione penale, il Pubblico ministero minorile ben potrebbe: a) notificare una nuova istanza di definizione anticipata ex art. 27-bis, d.P.R. n. 448/1988, laddove emergano nuove circostanze; b) esercitare l'azione penale con modalità diverse (22); c) procedere, ai sensi di quanto dispone l'art. 27-bis, comma 6, d.P.R. n. 448/1988, con la richiesta di giudizio immediato,

(15) Così Trib. min. Trento, G.I.P., 6 marzo 2024, ord., cit., 5.

(16) In questi termini si esprime Trib. min. Trento, G.I.P., 6 marzo 2024, ord., cit., 5.

(17) Sul punto si deve evidenziare una criticità nella stesura della norma: l'art. 27-bis, comma 2, d.P.R. n. 448/1988 nell'individuare il soggetto tenuto a depositare il programma rieducativo utilizza il termine indagato, mentre l'art. 27-bis, comma 3, d.P.R. n. 448/1988 attribuisce al minore chiamato a partecipare all'udienza tenuta al fine di valutare la congruità del percorso di reinserimento e rieducazione la qualifica di imputato. Stando all'interpretazione letterale, dovremmo ritenere che il deposito del programma di rieducazione determini il passaggio da indagato ad imputato: tuttavia, questo significherebbe far coincidere l'esercizio dell'azione penale con il deposito del programma da parte del minore. Pertanto, non ritenendo percorribile una simile ipotesi appare necessario ritenere un mero errore di *drafting* l'utilizzo del termine indagato da parte dell'art. 27-bis, comma 2, d.P.R. n. 448/1988. Sul punto si veda G. Mastrangelo, *Il d.l. 15 settembre 2023, n. 123 e il processo penale minorile*, cit., 1134, che, valorizzando i termini indagato ed imputato utilizzati dall'art. 27-bis, comma 2 e 3, d.P.R. n. 448/1988, afferma che l'atto di esercizio dell'azione penale dovrebbe coincidere non la proposta formulata dal Pubblico Ministero, ma con la trasmissione del programma al Giudice per le indagini preliminari.

(18) Dello stesso avviso sembra essere anche Procura della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni di Genova, *Direttive e indicazioni in merito all'applicazione dell'art. 27-bis DPR 448/1988*, 23 gennaio 2024, secondo cui il momento più opportuno per l'applicazione dell'istituto in esame deve essere individuato nella fase conclusiva delle indagini preliminari, tanto che la notifica della proposta di definizione anticipata del procedimento di cui all'art. 27-bis, comma 1, d.P.R. n. 448/1988, deve essere contenuta nell'avviso di conclusione delle indagini preliminari. Tale opzione comporta la chiusura delle indagini preliminari e l'esercizio

dell'azione penale posto che l'art. 415-bis c.p.p. si applica solo laddove il Pubblico ministero non debba formulare la richiesta di archiviazione.

(19) Cfr. L. Bartoli, *Il processo al minore nel decreto “Caivano”*, in *Leg. pen.*, 21 maggio 2024, 20-21.

(20) Dello stesso avviso anche L. Bartoli, *Il processo al minore nel decreto “Caivano”*, cit., 20, la quale precisa che “senza una formale contestazione, sarebbe difficilissimo decidere se accettare o meno l'offerta; sarebbe complesso anche elaborare un programma ‘congruo’ o, più banalmente, valutare l'ammissibilità del percorso”.

(21) Cfr. Corte cost. 7 aprile 1997, n. 103, ord., in *Giur. cost.*, 1997, 1019 ss., pur relativa all'istituto dell'irrelevanza del fatto.

(22) Sul punto si vedano L. Pepino, sub art. 27, d.P.R. n. 448/1988, in AA.VV., *Commento al codice di procedura penale. Leggi collegate. Il processo minorile*, a cura di M. Chiavario, Torino, 1994, 287 e M. Cerato, *Riflessioni critiche sull'“irrelevanza del fatto” nel processo penale minorile*, in questa *Rivista*, 1997, 1543, secondo la quale il Pubblico ministero minorile potrà “formulare: a) una nuova richiesta di irrilevanza, se acquisisce ulteriori elementi in proposito; b) una richiesta di archiviazione (improbabile salvo che ad esempio intervenga nel frattempo una remissione di querela); c) una richiesta di rinvio a giudizio”. Di questo avviso sono V. Patané, *L'irrelevanza del fatto nel processo minorile*, in *Esp. giust. min.*, 1992, 67 e G. Grasso, sub art. 27, d.P.R. n. 448/1988, in AA.VV., *Codice di procedura penale*, a cura di G. Tranchina, II, Milano, 2008, 5709. Si vedano, in giurisprudenza, Cass. Pen., Sez. I, 10 aprile 2001, n. 24617, P.M. in proc. De Siena e altri, in *CED*, n. 219949; Cass. Pen., Sez. V, 25 marzo 2003, n. 26480, P. M. in proc. Taronna, in *CED*, n. 226119; Cass. Pen., Sez. VI, 14 gennaio 2004, n. 7681, P. O. in proc. Pierotti Cei ed altro, in *CED*, n. 229830 e Cass. Pen., Sez. V, 20 settembre 2004, n. 41392, P. M. in proc. Grimaldi, in *CED*, n. 230328.

# Giurisprudenza

## Processo penale

anche in deroga ai presupposti previsti dall'art. 453 c.p.p. (23) e d) optare per l'archiviazione (24). Tale ultima opzione, però, appare, da un lato, teoricamente critica nella misura in cui "ciò comporterebbe, di fatto, una ritrattazione dell'azione penale [...], con conseguente violazione del principio dell'irretrattabilità della medesima" (25) e, dall'altro lato, statisticamente improbabile posto che il presupposto implicito dell'art. 27-bis, d.P.R. n. 448/1988 - in linea con quanto previsto per l'irrelevanza del fatto (26) e la messa alla prova (27) - risulta essere l'accertamento della responsabilità del minore (28).

(23) Tuttavia, si deve considerare che, a mente di quanto dispone l'art. 25, comma 2-ter, d.P.R. n. 448/1988, il giudizio immediato può essere instaurato solo se ciò non rechi un grave pregiudizio alle esigenze educative del minore. Per un approfondimento sul punto si vedano, tra i tanti, C. Cesari, sub art. 25, d.P.R. n. 448/1988, in AA.VV., *Il processo penale minorile. Commento al D.P.R. 448/1988*, a cura di G. Giostra, Milano, 2021, 359 ss.; C. Cottatellucci, sub art. 25, d.P.R. n. 448/1988, in AA.VV., *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi - E. Lupo, X, Milano, 2017, 575 ss.; F. Della Casa, *I riti speciali*, in AA.VV., *Procedura penale minorile*, a cura di M. Bargis, Torino, 2024, 247 ss.; G. Varraso, *Il "doppio binario" del giudizio immediato richiesto dal pubblico ministero*, in AA.VV., *Il decreto sicurezza: d.l. n. 92/2008 convertito con modifiche in legge n. 125/2008*, a cura di A. Scafati, Torino, 2008, 192 ss.; P. Renon, *I procedimenti speciali*, in AA.VV., *Trattato di diritto di famiglia*, a cura di P. Zatti, V, a cura di E. Palermo Fabbris - A. Presutti, Milano, 2011, 566 e D. Vigoni, *I giudizi direttissimo e immediato e le esigenze educative del minore*, in *Cass. pen.*, 2009, 360 ss.

(24) Secondo alcuni si potrebbe anche ipotizzare la prosecuzione delle indagini. Sul punto si vedano V. Patané, *L'irrelevanza del fatto nel processo minorile*, cit., 67 e G. Grasso, sub art. 27, d.P.R. n. 448/1988, cit., 5709.

(25) Così C. Cesari, sub art. 27, d.P.R. n. 448/1988, in AA.VV., *Il processo penale minorile. Commento al D.P.R. 448/1988*, a cura di G. Giostra, Milano, 2021, 447.

(26) Si veda, per tutti, C. Cesari, sub art. 27, d.P.R. n. 448/1988, cit., 415 ss. e la bibliografia ivi citata.

(27) Si veda, per tutti, C. Cesari, sub art. 28, d.P.R. n. 448/1988, cit., 470 ss. e la bibliografia ivi citata.

(28) Sul punto si vedano G. Mastrangelo, *Il d.l. 15 settembre 2023, n. 123 e il processo penale minorile*, cit., 1136 e L. Bartoli, *Il processo al minore nel decreto "Caivano"*, cit., 25. Si ricordino anche le osservazioni di C. Cesari, sub art. 29, d.P.R. n. 448/1988, in AA.VV., *Il processo penale minorile. Commento al D.P.R. 448/1988*, a cura di G. Giostra, Milano, 2021, 559, secondo cui "l'affermazione di responsabilità [...] è pronunciata allo stato degli atti e seguita da un congelamento temporaneo dell'attività probatoria; ove il rito prosegue per il fallimento della prova, l'istruzione (nella sua pienezza in dibattimento ed in forma 'contratta' nell'udienza preliminare) può riavere corso e completare le cognizioni già acquisite, modificando le conclusioni raggiunte in precedenza anche quanto alla ricostruzione 'storica' della *res iudicanda*".

Si veda anche Procura della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni di Bari, *Linee guida nell'interpretazione ed applicazione del disposto dell'art. 27 bis*, 10 gennaio 2024, ove si legge che l'istituto in esame "deve avere come presupposto implicito anche l'ammissione dei fatti ascritti, o quanto meno, una generica assunzione di responsabilità con conseguente presa di coscienza dell'errore commesso e manifestazione di volontà di reinserimento sociale". Dello stesso avviso anche Procura della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni di Genova, *Direttive e indicazioni in merito all'applicazione dell'art. 27-bis DPR 448/1988*, cit.

Un ulteriore profilo di criticità riguarda l'individuazione del soggetto tenuto a predisporre il percorso rieducativo.

Il percorso ed il conseguente programma di rieducazione dovranno essere predisposti, non dai servizi minorili come avviene per la messa alla prova (29), ma dal minore (30), eventualmente supportato dall'esercente la responsabilità genitoriale e dal difensore (31). Tale conclusione appare corroborata dall'interpretazione letterale dell'art. 27-bis, d.P.R. n. 448/1988, il quale precisa che il percorso è predisposto "sentiti i servizi minorili" (comma 1) e che il

(29) Nell'ambito della messa alla prova il progetto, come precisa l'art. 27, comma 1, D.Lgs. 28 luglio 1989, n. 272 (disp. att. d.P.R. n. 448/1988), viene elaborato dai servizi minorili. Sul punto, si vedano, per tutti, F. Palomba, *Il sistema del processo penale minorile*, Milano, 2002, 427; S. Di Nuovo - G. Grasso, *Diritto e procedura penale minorile. Profili giuridici, psicologici e sociali*, cit., 365 ss. e C. Cesari, sub art. 28, d.P.R. n. 448/1988, cit., 503, la quale precisa che "vengono in tal modo chiariti due punti qualificanti dell'istituto di cui all'art. 28, ossia, per un verso, la centralità dell'affidamento al servizio sociale come occasione di risocializzazione e responsabilizzazione, fondata sull'osservanza di impegni specifici e predeterminati; per altro verso, l'importanza, sin dal momento della decisione, del ruolo dei servizi sociali".

(30) L'attivazione del minore dovrebbe coincidere con la prestazione del consenso necessario per la definizione anticipata del procedimento. Infatti, il consenso risulta necessario nel caso in cui la sentenza di non luogo a procedere presuppone un accertamento di responsabilità (cfr. Corte cost. 16 maggio 2002, n. 195, in *Giur. cost.*, 2002, 1543, con nota di M.C. Coppetta; in questa *Rivista*, 2002, 968-974, con nota di F. Verdoliva, *Consenso preventivo dell'imputato alla definizione del processo: un'altra occasione persa da parte della Corte costituzionale*; in *Cass. pen.*, 2002, 3404, con nota di V. Patané, *Consenso del minore alla definizione anticipata tra esigenze di garanzia del contraddittorio e di ragionevole durata*; in *D&G*, 2002, 10 con nota di P. Rossi, *È irrazionale rinviare a giudizio soltanto per poter assolvere*; Corte cost. 2 aprile 2004, n. 110, in *Giur. cost.*, 2004, 2 ss. e Corte cost. 14 febbraio 2013, n. 24, in *Giur. cost.*, 2013, 1171 ss. con nota di V. Patané, *Contumacia dell'imputato minore e prestazione del consenso alla definizione anticipata del processo*. In relazione a quest'ultima pronuncia P. Zoerle, *Il consenso del minore all'anticipata definizione del processo in udienza preliminare*, in *Cass. pen.*, 2013, 4183, osserva che "l'art. 32 proc. pen. min. nella sua attuale formulazione va interpretato nel senso che sono vincolate al previo consenso del minore tutte le pronunce che, implicitamente o esplicitamente, ritengono l'imputato responsabile del fatto a lui ascritto". Si vedano anche D. Baldino, *Il problema del consenso del minore alla definizione anticipata del processo*, in *Giust. pen.*, 2003, 57; R. Brichetti, *Una possibilità che resta preclusa al giudice se la pronuncia accerta delle responsabilità*, in *Guida dir.*, 2002, 56 ss. e D. Vigoni, *Consenso ed opposizione in rapporto agli esiti dell'udienza preliminare minorile*, in *Cass. pen.*, 2004, 3853).

(31) Tale scelta normativa pone un problema in punto di competenze. Infatti, si impone ad un soggetto privo di competenze specifiche l'elaborazione di una progettualità normalmente affidata ai servizi minorili e, quindi, ad una equipe multidisciplinare. Inoltre, si obbliga il minore ed il suo difensore, pur senza possedere alcuna professionalità in materia, a sostituirsi ai servizi minorili anche nell'individuazione dei soggetti a cui appoggiarsi per effettuare l'attività di rieducazione, senza, però, poter sondare la solidità e la serietà di tali soggetti che - come suggerito da Procura della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni di Genova, *Direttive e indicazioni in merito all'applicazione dell'art. 27-bis DPR*

programma su cui si basa il percorso rieducativo viene “redatto anche in collaborazione con i soggetti di cui all’art. 6” (comma 2). Pertanto, il dato testuale dimostra come i servizi minorili svolgano una funzione eventuale e meramente consultiva, lasciando il minore unico protagonista della stesura e della strutturazione del percorso rieducativo.

L’uso della congiunzione “anche” da parte dell’art. 27-bis, comma 2, d.P.R. n. 448/1988 non scalfisce l’approdo interpretativo appena descritto: pur volendo tralasciare che la congiunzione anche possa avere un valore dubitativo e non necessariamente copulativo, il dato testuale impone il coinvolgimento del servizio minorile al solo fine di individuare l’attività in cui si cristallizza il programma. Pertanto, i servizi minorili, non conoscendo la situazione personale e familiare del minore, si ridurranno ad individuare attività “secondo meccaniche seriali a discapito dei bisogni educativi del minore” (32), tanto che il Tribunale per i Minorenni di Trento evidenzia come i servizi minorili sono chiamati a svolgere una forma di partecipazione “secondaria e strumentale, volta non già a elaborare il programma, previa conoscenza del minore, ma limitata alla mera individuazione di quelle attività che dovranno essere posta a completamento del programma rieducativo” (33).

Alla luce di tale interpretazione, grava sul soggetto coinvolto nel procedimento penale l’onere di attivazione e di predisposizione del programma di rieducazione. Tuttavia, tale approdo interpretativo presenta una evidente falla logica dato che l’art. 27-bis, d.P.R. n. 448/1988 non tiene conto che il minore - oltre a poter vivere in un contesto geografico privo di sufficienti attività necessarie per predisporre il

programma - potrebbe, da un lato, non possedere la maturità e le competenze necessarie per individuare quali attività possano meglio attagliarsi alla sua situazione personale e possano essere effettivamente idonee ad una rieducazione - di cui, peraltro, il minore dovrebbe avere consapevolezza - e, dall’altro lato non disporre delle risorse e degli strumenti per individuare un’attività idonea allo scopo (34). In altri termini l’art. 27-bis, d.P.R. n. 448/1988 richiede la presenza di un minore con un alto tasso di rielaborazione critica del proprio agito ed una capacità di costruirsi in autonomia un percorso di crescita idoneo a colmare le proprie lacune: si tratta, però, di un’aspettativa che forse più si adatta ad un *Übermensch* che ad imputato minorenni.

### **Gli accertamenti sulla personalità del minorenni: da protagonisti a gregari inapplicabili**

La struttura procedimentale dell’art. 27-bis, d.P.R. n. 448/1988 non consente di considerare presupposto dell’istituto in esame un giudizio prognostico sul positivo esito del percorso rieducativo, ossia “sulla rieducazione e sulla evoluzione del minore verso modelli socialmente adeguati” (35). Tale conclusione risulta corroborata dal fatto che la collocazione sistematica dell’art. 27-bis, d.P.R. n. 448/1988 nella fase delle indagini preliminari impedisce la valutazione della effettiva capacità del minore di innescare un percorso di crescita e di responsabilizzazione (36). Tuttavia, la mancata valutazione prognostica del minore e delle concrete possibilità di successo del programma di rieducazione determina la deriva strumentale dell’art. 27-bis, d.P.R. n. 448/1988 - posto che il minore, anche laddove sia consapevole di non avere le capacità e le risorse per affrontare un percorso

448/1988, cit., 4 - dovranno essere individuati al di fuori dei soggetti coinvolti normalmente dall’U.S.S.M. proprio per evitare un eccessivo carico di lavoro ed un risposta nei tempi prescritti dall’art. 27-bis, d.P.R. n. 448/1988.

(32) In questi termini si esprime Trib. min. Trento, G.I.P., 6 marzo 2024, ord., cit., 12.

(33) Così Trib. min. Trento, G.I.P., 6 marzo 2024, ord., cit., 11. Dello stesso avviso risulta essere anche F. Tribisonna, *Interventi in materia processuale penale: da Caivano alla deriva dei principi sul “giusto processo minorile” il passo è breve*, in questa *Rivista*, 2023, 1580.

(34) Cfr. A.I.M.M.F. in Audizione informale 28 settembre 2023, cit., ove si evidenzia il rischio che il percorso non sia “pertinente ai bisogni educativi dello stesso, né coerente con il tipo di reato che si presume [il minorenni] abbia commesso”. Sul punto concorda anche F. Tribisonna, *Interventi in materia processuale penale: da Caivano alla deriva dei principi sul “giusto processo minorile” il passo è breve*, cit., 1580.

(35) In questi termini si esprime C. Cesari, sub art. 28, d.P.R. n. 448/1988, cit., 491.

(36) Si noti che una simile valutazione comporta anche la necessità di tenere in considerazione le risorse a disposizione

del minore sia a livello familiare sia a livello sociale ed ambientale. Sul punto si vedano M. Colamussi, *Una risposta alternativa alla devianza minorile: la messa alla prova. Profili controversi della disciplina*, in *Cass. pen.*, 1996, 2815; A. Mestitz - M. Colamussi, *Processo penale minorile: l’irrelevanza del fatto e la messa alla prova*, cit.; G. Manera, *Sull’applicabilità della “probation” processuale nel giudizio d’appello*, in *Giur. it.*, 1991, 291; L. Camaldo, *Sospensione del processo e messa alla prova del minore imputato di omicidio: una recente decisione del Tribunale per i minorenni di Milano*, in *Cass. pen.*, 2006, 1595; D. Chinnici, *La sospensione del processo e messa alla prova (art. 28 d.p.r. 448/88): analisi dell’applicazione dell’istituto nel Distretto di Corte di Appello di Palermo (anni 1991/1992)*, in *Giur. mer.*, 1996, 839; P. Avallone, *Quando applicare una messa alla prova per omicidio*, in *Min. giust.*, 1996, 1, 64 ss.; E. Lanza, *La sospensione del processo con messa alla prova dell’imputato minorenni*, cit., 54; G. Grasso, sub art. 28, d.P.R. n. 448/1988, in AA.VV., *Codice di procedura penale*, a cura di G. Tranchina, II, Milano, 2008, 5720; A. Petrucci, *I sentieri della messa alla prova*, in *Min. giust.*, 1994, 3, 62 ss. e C. Scivoletto, *Sistema penale e minori*, Roma, 2001, 76 ss.

di rieducazione, sarà indotto ad accettare la proposta del Pubblico ministero minorile, anche se, già in partenza, appare evidente che tale progetto non potrà che avere esito negativo -, con un conseguente aggravio delle tempistiche processuali ed una sofferenza del sistema.

Tale criticità potrebbe, almeno a parere dello scrivente, essere attenuata richiamando l'art. 9, d.P.R. n. 448/1988 in forza del quale il Pubblico ministero minorile ed il Giudice acquisiscono elementi relative alle condizioni personali, familiari, sociali e ambientali del minore al fine di disporre misure necessarie ed adeguate. Pertanto, posto che "è dagli accertamenti sulla personalità che nascono sia il programma processuale, sia il progetto educativo" (37), le doverose (38) valutazioni prescritte dall'art. 9, d.P.R. n. 448/1988 dovrebbero precedere la richiesta del Pubblico ministero e l'ordinanza di ammissione dell'Autorità Giudiziaria procedente, evitando che la manifesta inidoneità del minore conduca comunque all'avvio dello schema processuale disciplinato dall'art. 27-bis, d.P.R. n. 448/1988. Inoltre, occorre considerare che l'art. 9, d.P.R. n. 448/1988 è un principio generale del processo penale minorile che informa di sé tutto l'iter processuale e, pertanto, appare legittima una lettura combinata degli artt. 9 e 27-bis, d.P.R. n. 448/1988 (39).

Il Tribunale per i Minorenni di Trento ritiene tale soluzione non percorribile "giuridicamente e razionalmente" (40) in quanto l'applicazione dell'art. 9, d.P.R. n. 448/1988 "determinerebbe una significativa dilazione temporale che si contrapporrebbe alle

esigenze di celerità e deflazione perseguite con l'istituto di cui all'art. 27-bis" (41).

Tuttavia, le argomentazioni utilizzate dal giudice trentino non paiono cogliere nel segno. Infatti, gli accertamenti sulla personalità del minore, pur impedendo un'applicazione dell'istituto in esame in una fase prodromica delle indagini, non priverebbero l'art. 27-bis, d.P.R. n. 448/1988 della funzione acceleratoria in quanto il buon esito del programma di rieducazione consentirebbe di concludere l'iter processuale nel corso delle indagini preliminari, evitando le fasi processuali successive (42). Inoltre, si deve considerare che solo laddove vengano valutate le condizioni, le risorse personali, familiari, sociali ed ambientali del minore risulta possibile, a fronte di una dilazione temporale ragionevole e perfettamente in linea con la ratio dell'art. 27-bis, d.P.R. n. 448/1988, evitare il sacrificio dei diritti e delle garanzie processuali dell'imputato minore.

### **Le valutazioni del Giudice per le indagini preliminari**

L'art. 27-bis, comma 3, d.P.R. n. 448/1988 (43) precisa che il Giudice per le indagini preliminari è chiamato, in contraddittorio, a valutare la congruità del percorso di reinserimento e di rieducazione prima di deliberarne l'ammissibilità.

Il dettato normativo, però, non chiarisce quale debba essere il parametro valutativo in forza del quale il Giudice minorile possa ritenere sussistente o meno la congruità del programma di rieducazione (44). Inoltre, in assenza di una preventiva valutazione del minore ex art. 9, d.P.R. n. 448/1988 vi è il concreto

(37) In questi termini si esprime V. Patané, sub art. 9, d.P.R. n. 448/1988, in AA.VV., *Il processo penale minorile. Commento al D.P.R. 448/1988*, a cura di G. Giostra, Milano, 2016, 137.

(38) Sull'obbligatorietà degli accertamenti di cui all'art. 9, d.P.R. n. 448/1988 si vedano, tra i tanti, V. Patané, sub art. 9, d.P.R. n. 448/1988, cit., 139 ss.; G. Reynaud, sub art. 9, d.P.R. n. 448/1988, in AA.VV., *Commento al codice di procedura penale. Leggi collegate. Il processo minorile*, a cura di M. Chiavario, Torino, 1994, 87 ss.; P. Cipolla, sub art. 9, d.P.R. n. 448/1988, in AA.VV., *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi - E. Lupo, X, Milano, 2017, 451 ss. e P. Pellegrino, voce *Imputato minore*, in *Dig. disc. pen.*, III Agg., I, Torino, 2005, 758 ss.

(39) Sul punto si richiami Procura della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni di Bari, *Linee guida nell'interpretazione ed applicazione del disposto dell'art. 27 bis, cit., 4*, secondo cui il giudice minorile "dovrà [...] effettuare una valutazione oggettiva che comunque non potrà prescindere anche da un sommario esame della personalità del minore realizzabile, in questa fase, a seconda delle scelte del pubblico ministero procedente sia attraverso gli accertamenti previsti dall'art. 9 del DPR 448/88 sia attraverso il mero esame di eventuali precedenti penali, pendenze giudiziarie, annotazioni di polizia, ecc.". Tale posizione appare fortemente criticabile nella misura in cui, pur facendo rilevare la necessità di valutare anche il profilo soggettivo del minore, pone

su un piano di equivalenza gli accertamenti di cui all'art. 9, d.P.R. n. 448/1988 e l'esame dei procedimenti penali. Tuttavia, tale equiparazione non appare accettabile posto che, tralasciando il fatto che l'art. 9, d.P.R. n. 448/1988 prevede la valutazione non solo del minore ma anche del contesto in cui vive ed esprime la propria personalità, la valutazione della dimensione personologica e psicologica del minore non può essere paragonata e ridotta all'esame dei precedenti penali.

(40) In questi termini si esprime Trib. min. Trento, G.I.P., 6 marzo 2024, ord., cit., 11.

(41) Così Trib. min. Trento, G.I.P., 6 marzo 2024, ord., cit., 12.

(42) Sul punto si noti, infatti, che sia Procura della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni di Bari, *Linee guida nell'interpretazione ed applicazione del disposto dell'art. 27 bis, cit.*, 5-6 sia Procura della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni di Genova, *Direttive e indicazioni in merito all'applicazione dell'art. 27-bis DPR 448/1988*, cit., 4 si sforzano di fornire un'interpretazione che coinvolga i servizi minorili.

(43) Si noti che nella versione dell'art. 27-bis, d.P.R. n. 448/1988 precedente alle modifiche operate dalla legge di conversione, il testo normativo specificava unicamente che il Giudice minorile era chiamato a valutare l'ammissibilità del programma.

(44) Sul punto si veda anche L. Bartoli, *Il processo al minore nel decreto "Caivano"*, cit., 24, la quale evidenzia anche che "la disposizione chiede al pubblico ministero di trasmettere al giudice

rischio che il Giudice per le indagini preliminari si trasformi in un mero controllore formale, essendo chiamato a valutare esclusivamente la sussistenza dei presupposti applicativi - ovvero la cornice edittale del reato per il quale si procede e l'esistenza di un percorso di reinserimento e di rieducazione -, con un inevitabile appiattimento della valutazione sul reato che si presume commesso: il Giudice minorile non potrà fare altro che giudicare congruo il programma solo in relazione al capo di imputazione formulato dal Pubblico ministero minorile (45). Tale approccio risulta "sicuramente valido in una prospettiva preventiva e retributiva ma erroneo e fallace in una prospettiva capace di porre al centro il minore" (46). Una ulteriore criticità insita nella valutazione di ammissibilità del programma prevista dall'art. 27-bis, comma 3, d.P.R. n. 448/1988 riguarda le conseguenze processuali della valutazione di mancata congruità del percorso di reinserimento e rieducazione (47).

Il Tribunale per i Minorenni di Trento, tentando di colmare la lacuna normativa sul punto, ritiene che nessuna delle "possibili soluzioni interpretative [...] appare idonea a soddisfare le esigenze tipiche del processo penale minorile" (48). Infatti, non appare possibile né restituire gli atti al Pubblico ministero minorile - in quanto contraria al principio

dell'irretrattabilità dell'azione penale, al diritto di difesa ed alle garanzie processuali connesse all'esercizio dell'azione penale (49) - né riconoscere al Giudice per le indagini preliminari un potere integrativo del programma rieducativo - dato che l'Autorità Giudiziaria procedente non dispone degli strumenti conoscitivi necessari, risulta priva delle competenze multidisciplinari offerte dalla componente onoraria di cui il Giudice per le indagini preliminari risulta privo e, inoltre, un simile potere sarebbe incompatibile con la struttura negoziale dell'art. 27-bis, d.P.R. n. 448/1988 (50) -.

Tuttavia, le conclusioni del Tribunale per i Minorenni di Trento non risultano condivisibili. Innanzitutto, risulta possibile, senza alcuna compromissione del principio di irretrattabilità dell'azione penale (51), restituire gli atti al Pubblico ministero minorile. Ciononostante, appare maggiormente coerente con il sistema processuale e con le esigenze di economia processuale ritenere che il Giudice minorile, pur non potendo intervenire *ex officio* sul programma rieducativo (52), possa - al pari di quanto avviene con la messa alla prova (53) - rinviare ad una successiva udienza, invitando le parti - *rectius* il minore - ad apportare opportune modifiche al programma. Tale approdo interpretativo, però, si scontra con l'assenza di competenza del Giudice per le

il solo piano di trattamento; non menziona il fascicolo d'indagine. Tuttavia, se non potesse consultare gli atti, il giudice sarebbe cieco: non potrebbe svolgere in autonomia nemmeno i più elementari controlli di ammissibilità".

(45) Cfr. Trib. min. Trento, G.I.P., 6 marzo 2024, ord., cit., 7, ove si legge: "il contenuto del programma educativo sarà calibrato, per durata e tipo di attività, in ragione della tipologia e della gravità del reato per cui si procede, secondo valutazioni strettamente proporzionalistiche, tipiche di una concrezione retributiva della risposta ordinamentale". Dello stesso avviso anche L. Bartoli, *Il processo al minore nel decreto "Caivano"*, cit., 22.

(46) In questi termini si esprime Trib. min. Trento, G.I.P., 6 marzo 2024, ord., cit., 5-6, il quale prosegue evidenziando che "l'entità dell'offesa non può ritenersi proporzionata né indice dei bisogni educativi del minore, la cui ponderazione necessita di un accertamento istruttorio, attraverso l'acquisizione di informazioni eterogenee rispetto a quelle ricercate dall'attività di indagine penale".

(47) Si noti che il dettato normativo nulla prevede in relazione al regime di impugnazione dell'ordinanza di cui all'art. 27-bis, comma 3, d.P.R. n. 448/1988. Si ritiene che l'ordinanza di ammissione - così come quella di rigetto - possa essere, in conformità a quanto prevede l'art. 127, comma 7, c.p.p., impugnata attraverso la proposizione del ricorso per Cassazione. Sul punto si vedano, *ex plurimis*, F. Porcu, sub art. 127 c.p.p., in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda - G. Spangher, I, Milano, 2023, 1794 ss.; R. Fonti, *Il procedimento in camera di consiglio*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, a cura di G. Spangher, I, II, Torino, 2008, 43 ss. e G. Biondi, *Il procedimento penale in camera di consiglio*, Milano, 2011.

(48) Così Trib. min. Trento, G.I.P., 6 marzo 2024, ord., cit., 3.

(49) Cfr. Trib. min. Trento, G.I.P., 6 marzo 2024, ord., cit., 13, ove si precisa che "l'eventuale determinazione del Giudice nel

senso di una remissione degli atti al PMM, oltre ad essere priva di un'espressa previsione normativa, si contrapporrebbe alla determinazione processuale assunta dalla difesa, che non la presentazione del progetto educativo ha univocamente palesa, con parziale sacrificio della presunzione di non colpevolezza, la volontà di addivenire a una rapida definizione del procedimento".

(50) Cfr. Trib. min. Trento, G.I.P., 6 marzo 2024, ord., cit., 13-14, ove si chiarisce che "l'integrazione officiosa del progetto risulta incompatibile con la natura negoziale della proposta educativa, posto che la determinazione del suo contenuto è rimessa alla difesa e quindi ogni attività integrativa dettata dal Giudice rimarrebbe priva di titolo legittimante".

(51) Sul punto si veda *supra* il par. *Il Pubblico Ministero minorile ed il minore tra esercizio dell'azione penale e predisposizione del programma di rieducazione* del presente lavoro.

(52) Di questo avviso anche L. Bartoli, *Il processo al minore nel decreto "Caivano"*, cit., 26. Inoltre, l'assenza di un potere di modifica unilaterale da parte del giudice trova conferma anche richiamando l'art. 444, comma 2, c.p.p. ove, nel patteggiamento, si prevede un giudizio di congruità da parte dell'Autorità Giudiziaria procedente, ma si esclude la possibilità di intervento diretto del Giudice sull'accordo raggiunto dalle parti. Per un approfondimento sul punto si vedano, *ex plurimis*, F. Rigo, sub art. 444, d. P.R. n. 448/1988, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda - G. Spangher, II, Milano, 2023, 3396 ss. e R.M. Geraci, sub art. 444, d.P.R. n. 448/1988, in AA.VV., *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi - E. Lupo, IV, Milano, 2020, 266 ss.

(53) Cfr. E. Lanza, *La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenni*, cit., 113; C. Cesari, sub art. 28, d. P.R. n. 448/1988, cit., 505 e P. Giannino, *Il processo penale minorile*, Padova, 1997, 238.

indagini preliminare che, come detto *supra* (54), potrebbe essere parzialmente attenuata solo attraverso una lettura combinata degli artt. 9 e 27-bis, d. P.R. n. 448/1988.

Il Giudice per le indagini preliminari è chiamato, ai sensi e per gli effetti di quanto dispone l'art. 27-bis, comma 6, d.P.R. n. 448/1988, a valutare, in contraddittorio tra le parti, l'esito positivo (55) o negativo (56) del percorso rieducativo ed i risultati raggiunti dal minore in maniera complessiva (57), rapportandoli alla personalità, alle risorse ed alle condizioni familiari ed ambientali del minore, dovendo considerare il percorso di rieducazione e di reinserimento come una "prestazione di impegno piuttosto che (esclusivamente) di risultato" (58).

Tuttavia, anche in questo frangente valutativo, non si comprendono né i criteri che il Giudice minorile debba adottare né come possa giudicare l'esito del percorso in assenza di un quadro conoscitivo del minore, tanto che l'art. 27-bis, d.P.R. n. 448/1988 appare del tutto irragionevole "poiché prevede [...] una procedura che [...] non permette una adeguato approfondimento informativo e conseguentemente un'effettiva presa in carico del minore e dei suoi bisogni educativi" (59). Da ciò deriva l'impossibilità "di tenere in debita considerazione l'incidenza che

l'espletamento del progetto ha avuto sul percorso evolutivo del minore in relazione ai profili di crescita, maturità e responsabilizzazione" (60) e, quindi, di valutare l'esito del percorso rieducativo, con la conseguenza che il Giudice per le indagini preliminari si troverà a compiere una valutazione meramente notarile dovendo - e potendo - unicamente considerare se il minore ha espletato l'attività prevista dal programma rieducativo, senza poterne considerare l'effettiva incidenza sulla vita e sulla personalità del minore in termini di reinserimento e rieducazione.

### **Il tentativo di risolvere le criticità connesse ai termini ed al rapporto con l'irrelevanza del fatto**

Il Tribunale per i Minorenni di Trento precisa, pur senza motivare sul punto, che il termine di sessanta giorni per il deposito del programma rieducativo concesso dall'art. 27-bis, comma 2, d.P.R. n. 448/1988 non è soggetto a proroga, lasciandone intendere la natura perentoria.

La conclusione del giudice trentino non appare condivisibile posto che i termini stabiliti dall'art. 27-bis, comma 2, d.P.R. n. 448/1988, in assenza di una specifica statuizione normativa sul punto, devono essere considerati ordinatori (61) e, pertanto, in alcuna decadenza potrà incorrere il minore che

(54) Sul punto si veda *supra* il par. *Le valutazioni del Giudice per le indagini preliminari* del presente lavoro.

(55) Pur non essendo chiaro il testo normativo in ordine alla regola decisoria a cui l'Autorità Giudiziaria minorile dovrà attenersi, appare possibile richiamare il principio desumibile dagli artt. 425, comma 3 e 531, comma 2, c.p.p., in forza del quale nel caso di dubbio circa l'esito positivo o negativo della messa alla prova - e, dunque, sulla sussistenza del presupposto per dichiarare il reato estinto - dovrà comunque pronunziarsi sentenza di non luogo a procedere che dichiara l'estinzione del reato. Per un approfondimento sul punto si vedano, *ex plurimis*, R. Bricchetti, sub art. 425 c.p.p., in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda - G. Spangher, II, Milano, 2023, 3124 ss.; F. Caprioli, *Insufficienza o contraddittorietà della prova e sentenza di non luogo a procedere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 285 ss.; S. Lorusso, *Immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità e giudice per le indagini preliminari*, in *Cass. pen.*, 1995, 348 ss. ed Id., sub art. 531 c.p.p., in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda - G. Spangher, III, Milano, 2023, 745 ss.

(56) Da intendersi come l'ipotesi in cui il minore "non abbia davvero avviato un processo di effettivo cambiamento" (in questi termini si esprime C. Losana, sub art. 29, d.P.R. n. 448/1988, in AA.VV., *Commento al codice di procedura penale. Leggi collegate. Il processo minorile*, a cura di M. Chiavario, Torino, 1994, 318). Sul punto si veda anche C. Cesari, sub art. 29, d.P.R. n. 448/1988, cit., 553, ove vengono individuata la casistica degli esiti negativi.

(57) Di questo avviso, con riferimento alla messa alla prova, risultano essere M. Colamussi, *Una risposta alternativa alla devianza minorile: la messa alla prova. Profili controversi della disciplina*, cit., 2821; P. Martucci, sub art. 29, d.P.R. n. 448/1988, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda - G. Spangher, IV, Milano, 2023, 2048; Id., *Il difficile*

*equilibrio tra giudice e servizi*, in *Min. giust.*, 1994, 3, 100; C. Monteleone, *Messa alla prova e "reati gravi": uno studio della prassi applicativa del Tribunale per i minorenni di Milano*, in *Cass. pen.*, 2008, 3497; V. Musacchio, *Manuale di diritto minorile. Profili dottrinali e giurisprudenziali*, Padova, 2007, 747; C. Cesari, sub art. 29, d.P.R. n. 448/1988, cit., 545 ss., e l'ampia casistica ivi citata; E. Lanza, *La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenni*, cit., 151 ss.; S. Larizza, *Le "nuove" risposte istituzionali alla criminalità minorile*, in AA.VV., *Trattato di diritto di famiglia*, a cura di P. Zatti, V, a cura di E. Palermo Fabbris - A. Presutti, Milano, 2011, 318; M.G. Coppetta, *La definizione anticipata del processo*, in AA.VV., *Trattato di diritto di famiglia*, a cura di P. Zatti, V, a cura di E. Palermo Fabbris - A. Presutti, Milano, 2011, 624; M. Miedico, *La "sospensione del processo e messa alla prova" fra prassi e prospettive di riforma*, in *Cass. pen.*, 2003, 2472 ed A. Pulvirenti, *Il giudizio e le impugnazioni*, in AA.VV., *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, a cura di A. Pennisi, Milano, 2012, 400.

(58) In questi termini si esprime, con riferimento alla messa alla prova, G. Marras, *Problemi e nodi*, in *Min. giust.*, 1994, 3, 88.

(59) In questi termini si esprime Trib. min. Trento, G.I.P., 6 marzo 2024, ord., cit., 5, il quale prosegue precisando che "ancora più, risulta essere irragionevole se comparata all'omologo istituto previsto per gli adulti durante le indagini preliminari, per il quale il Legislatore ha delineato un'articolata e puntuale disciplina volta a un'effettiva presa in carico del soggetto, posto che il minore, stante la sua personalità in via di sviluppo, necessità di un'attenzione maggiorata e non minorata rispetto a quella riservata a un soggetto adulto".

(60) Così Trib. min. Trento, G.I.P., 6 marzo 2024, ord., cit., 11.

(61) Cfr. art. 173, comma 1, c.p.p. Per un approfondimento sul punto si vedano, *ex plurimis*, G. Varraso, *Gli atti*, in M. Bontempelli - P.M. Corso - F. Dinacci Filippo - O. Dominioni - L. Filippi - A. Gaito - M.N. Galantini - G. Garuti - C. Iasevoli - E.M. Mancuso - O. Mazza -

depositi il programma di rieducazione oltre il termine di sessanta giorni (62). Da ciò deriva, da un lato, che essendo il termine ordinatorio non appare necessario richiedere alcuna proroga (63) e, dall'altro lato, che la proroga potrà essere concessa non trovando applicazione l'art. 173, comma 2, c.p.p.

Il Tribunale per i Minorenni di Trento precisa anche che la sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto ex art. 27, d.P.R. n. 448/1988 deve considerarsi istituto più vantaggioso rispetto a quello disciplinato dall'art. 27-bis, d.P.R. n. 448/1988 posto che il minore potrà beneficiare di una uscita anticipata dal circuito penale senza la necessità di sottoporsi ad un percorso rieducativo e di reinserimento. La precisazione non risulta banale in quanto l'ambito di applicazione dell'art. 27, d.P.R. n. 448/1988 risulta, almeno parzialmente, sovrapponibile a quello dell'art. 27-bis, d.P.R. n. 448/1988. Infatti, l'irrilevanza del fatto riguarda fatti tenui ed il percorso di rieducazione del minore fatti che, sussumibili a reati puniti con una pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, si caratterizzano per l'assenza di particolare gravità. La potenziale coincidenza tra i due istituti viene correttamente risolta dal Tribunale per i Minorenni di Trento richiamando l'occasionalità del comportamento: laddove il fatto tenue commesso dal minore sia anche occasionale, allora si dovrà applicare l'art. 27, d.P.R. n. 448/1988, mentre nel caso in cui il fatto tenue non sia occasionale, si dovrà ricorrere all'art. 27-bis, d.P.R. n. 448/1988 (64).

L'ordinanza trentina sembra dimenticare, però, che la sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto è possibile solo nel caso in cui la prosecuzione dell'*iter* processuale rappresenti un pregiudizio per le esigenze educative del minore (65). Dunque, è possibile delineare ulteriormente il rapporto tra l'art. 27, d.P.R. n. 448/1988 ed il percorso di rieducazione del minore precisando che se il fatto è tenue, occasionale e l'ulteriore corso del procedimento pregiudica le esigenze del minore sarà possibile pronunciare una sentenza di irrilevanza del fatto, mentre laddove il fatto sia tenue, occasionale ma la prosecuzione dell'*iter* processuali non arrechi pregiudizio alle esigenze educative del minore, il Giudice per le indagini preliminari dovrà applicare l'art. 27-bis, d.P.R. n. 448/1988.

### Il Giudice onorario: l'essenza indispensabile del Tribunale per i Minorenni

Il Tribunale per i Minorenni di Trento, delineando l'incostituzionalità dell'art. 27-bis, d.P.R. n. 448/1988, si sofferma sulla funzione e sull'apporto del Giudice onorario minorile, riconoscendogli un ruolo fondamentale all'interno del collegio giudicante per il sapere scientifico multidisciplinare di cui è portatore (66) tanto che "la sottrazione della componente onoraria dall'organo giudicante, ammesso che tale privazione possa ritenersi costituzionalmente plausibile, risulterebbe tanto più irragionevole, in quanto [...] sacrificerebbe

G. Spangher Giorgio - G. Varraso, *Procedura penale*, Torino, 2023, 261 ss. e N. Triggiani, *Atti*, in A. Scalfati - A. Bernasconi - A. De Caro - M. Menna - C. Pansini - A. Pulvirenti - N. Triggiani - C. Valentini e D. Vigoni, *Manuale di diritto processuale penale*, Torino, 2023, 223 ss.; R. Fois, voce *Termini processuali penali*, in *Dig. disc. pen.*, I agg., Torino, 2000, 600 ss.; G. Garuti, voce *Termini processuali penali*, in *Dig. disc. pen.*, III agg., Torino, 2005, 1575 ss.; A. Giarda, voce *Termini (dir. pen. proc.)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 252 ss. e G. Magliocca, sub art. 173 c.p.p., in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda - G. Spangher, I, Milano, 2023, 2313 ss.

Dello stesso avviso anche Procura della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni di Bari, *Linee guida nell'interpretazione ed applicazione del disposto dell'art. 27bis*, cit., 6 e F. Tribisonna, *Interventi in materia processuale penale: da Caivano alla deriva dei principi sul "giusto processo minorile" il passo è breve*, cit., 1581.

(62) Occorre considerare che laddove si qualifichi il termine di sessanta giorni previsto dall'art. 27-bis, comma 2, d.P.R. n. 448/1988 come ordinatorio, la locuzione "il minore non intenda accedere", di cui all'art. 27-bis, comma 4, d.P.R. n. 448/1988, non potrà che ricomprendere solo le ipotesi in cui il minore abbia manifestato in maniera espressa la volontà di non partecipare e di non attivarsi per accedere al percorso di rieducazione del minore, non potendo assumere rilevanza l'atteggiamento tacito.

(63) Sul punto non risulta condivisibile l'opinione espressa da Procura della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni di Bari, *Linee guida nell'interpretazione ed applicazione del disposto dell'art. 27bis*, cit., 6-7, secondo cui "sarà consentito, su tempestiva

e motivata richiesta dei servizi minorili della giustizia, solo un'unica breve proroga, autorizzata dal pubblico ministero procedente, ai fini del deposito del programma, sempre che sussistano giustificati motivi e il ritardo non sia ascrivibile a mera inerzia dell'indagato". Tale soluzione interpretativa non appare convincente nella misura in cui, pur ammettendo la proroga, ritiene che il difensore debba richiedere la proroga al servizio - che, però, non ha alcun ruolo protagonista nella stesura del programma -, il quale dovrà motivare la richiesta di proroga. Tale scelta sembra fondata su un'ortopedia interpretativa funzionale unicamente a garantire il coinvolgimento dei servizi minorili.

(64) Cfr. Trib. min. Trento, G.I.P., 6 marzo 2024, ord., cit., 4-5, ove si legge che l'art. 27-bis, d.P.R. n. 448/1988 "trova applicazione per tutta quella casistica in cui l'agito deviante, per quanto di lieve entità, non può dirsi occasionale, e quindi necessita di un intervento giudiziario e osta all'immediata fuoriuscita dal processo penale, tramite la sentenza di non luogo a procedere ex art. 27 del d.P.R. n. 448 del 1988".

(65) Per un approfondimento sul punto si vedano, tra i tanti, C. Cesari, sub art. 27, d.P.R. n. 448/1988, cit., 433 ss.; M.G. Coppetta, *La definizione anticipata del processo*, cit. 594 ss.; M. Colamussi, *Una risposta alternativa alla devianza minorile: la messa alla prova. Profili controversi della disciplina*, cit., 1676 ss.; V. Pugliese, *La formula terminativa dell'irrilevanza del fatto nel processo penale minorile*, in *Min. giust.*, 1997, 2, 125 ss. e R. De Matteo, *La dichiarazione di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto*, in *Temi romana*, 1994, 208 ss.

(66) Cfr. Trib. min. Trento, G.I.P., 6 marzo 2024, ord., cit., 9 e 14.

# Giurisprudenza

## Processo penale

quell'approccio multidisciplinare e diversificato nel genere idoneo a corrispondere in modo altamente qualificato e completo a tutte le esigenze in rilievo" (67) nel processo penale minorile.

Il giudice trentino evidenzia, nell'impianto argomentativo dell'ordinanza di rimessione, che le cifre caratterizzanti il Tribunale per i Minorenni sono la collegialità e la multidisciplinarietà: i magistrati togati sono affiancati dalla presenza dei giudici onorari che assicurano uno "sguardo non solo attento, esperto, sensibile [ma anche] multiplo e corale, così da cogliere le sfumature e la complessità di un soggetto in formazione e valutarne esigenze e risorse personali, familiari e sociali" (68). L'apporto delle competenze della componente laica garantisce "al collegio di percepire meglio l'esperienza soggettiva delle persone oggetto dei provvedimenti, nonché di dar senso e spessore alle osservazioni e ai pareri espressi dagli operatori dei servizi psico-sociali (o dal consulente tecnico)" (69). Pertanto, il giudice minorile non può che essere definito come un "giudice complesso, con conoscenze e preparazione ulteriori rispetto a quelle strettamente giuridiche" (70). La collegialità e la multidisciplinarietà devono, anche alla luce dell'insegnamento della Corte Costituzionale (71), essere considerati elementi interconnessi ed interdipendenti, difficilmente scindibili (72): il Giudice minorile può operare a tutela del minore, attuando il dettato costituzionale

dell'art. 31, comma 2, Cost., solo in quanto organo collegiale integra e coniuga al suo interno il sapere giuridico e le conoscenze provenienti da aree extragiuridiche.

L'ordinanza trentina si allinea all'insegnamento del Giudice delle Leggi che ha sancito il "diritto del minore ad essere 'naturalmente' giudicato dall'organo collegiale nella sua composizione mista" (73). La composizione collegiale del Tribunale per i Minorenni, la cui specializzazione viene garantita dalla componente laica, risulta essere l'unico assetto ordinamentale che deve possedere l'Autorità Giudiziaria che si occupa di un imputato minore (74) posto che "l'interesse del minore nel procedimento penale minorile [...] trova adeguata tutela proprio nella particolare composizione del giudice specializzato (magistrati ed esperti)" (75). La presenza dei magistrati onorari "assicura un'adeguata considerazione della personalità e delle esigenze educative del minore" (76), tanto che solo la composizione collegiale mista garantisce "decisioni attente alla personalità del minore e alle sue esigenze formative ed educative" (77). Pertanto, "le esigenze costituzionali di tutela dei minori risultano soddisfatte dalla peculiare composizione del tribunale per i minorenni" (78).

L'affermazione dei valori della collegialità e della multidisciplinarietà affonda le proprie radici anche nelle fonti sovranazionali.

(67) In questi termini si esprime Trib. min. Trento, G.I.P., 6 marzo 2024, ord., cit., 12.

(68) Così C. Mazzucato, *Commento a Cass. 38481/08*, in *Fam. e min.*, 2008, 11, 62.

(69) Così P. Serra, *Il giudice onorario minorile*, Milano, 2013, 40.

(70) In questi termini si esprime P. Pazè, *Postfazione*, in P. Serra, *Il giudice onorario minorile*, Milano, 2013, 111.

(71) Cfr., come meglio si dirà nel prosieguo del presente lavoro, Corte cost. 22 gennaio 2015, n. 1, in *Giur. cost.*, 2015, 1 ss. e Corte cost. 27 ottobre 2003, n. 330, in *Giur. cost.*, 2003, 3497 ss.

(72) Sul punto si vedano, *ex plurimis*, le puntuali osservazioni di L. Villa, svolte in occasione del Convegno "Ancora una riforma del processo civile? Illusioni e speranze", Orvieto 11 dicembre 2021, il quale ricorda che la natura multidisciplinare e collegiale del giudizio civile minorile rappresentano "due aspetti che non possono essere disgiunti" e P. Serra, *Il giudice onorario minorile*, cit., 53.

(73) In questi termini si esprime F. Siracusano, *Giudizio abbreviato a seguito di giudizio immediato: imprescindibile l'interdisciplinarietà del giudice collegiale minorile*, in *Giur. cost.*, 2015, 19. Dello stesso avviso anche E. Lorenzetti, *Incostituzionale la composizione monocratica del giudice minorile nel rito abbreviato instaurato dopo il decreto di giudizio immediato*, in *www.penale-contemporaneo.it*.

(74) Sul punto si veda anche Corte cost. 10 giugno 2020, n. 139, cit. e le considerazioni svolte *supra* nel par. *L'ordinanza del Tribunale per i Minorenni di Trento: i dubbi di costituzionalità ed il peccato originale dell'art. 27-bis, d.P.R. n. 448/1988* del presente lavoro.

(75) Così Corte cost. 22 gennaio 2015, n. 1, cit., 7. Per un approfondimento sul punto si vedano F. Siracusano, *Giudizio*

*abbreviato a seguito di giudizio immediato: imprescindibile l'interdisciplinarietà del giudice collegiale minorile*, in *Giur. cost.*, 2015, 9 ss.; A. Marandola, *La collegialità per il giudizio abbreviato minorile e il revirement della Consulta in punto di questioni d'incostituzionalità sollevate dal giudice del rinvio*, in *Giur. cost.*, 2015, 19 ss.; R. Bricchetti, *Valorizzata la professionalità degli esperti*, in *Guida dir.*, 2015, 7, 71 ss.; E. Aprile, *Per la Consulta, nel processo penale minorile il giudizio abbreviato a seguito di immediato deve svolgersi dinanzi all'organo collegiale*, in *Cass. pen.*, 2015, 1343 ss.; P.P. Rivello, *Il giudizio abbreviato instaurato a seguito di richiesta di giudizio immediato nel procedimento a carico di minori*, in *Cass. pen.*, 2015, 1848 ss. ed E. Ceccarelli, *Collegialità e specializzazione del giudice minorile*, in *Min. giust.*, 2015, 3, 204 ss.

(76) In questi termini si esprime Corte cost. 22 gennaio 2015, n. 1, cit., 7. Dello stesso avviso anche Corte cost. 29 luglio 2008, n. 310, in *Giur. cost.*, 2008, 3372 ss., ove si legge che "grazie alle competenze scientifiche dei soggetti che compongono il collegio giudicante [...] viene svolta una corretta valutazione delle particolari situazioni dei minori, la cui evoluzione psicologica, non ancora giunta a maturazione, richiede l'adozione di particolari trattamenti penali che consentano il loro completo recupero, ponendosi, quest'ultimo, quale obiettivo primario, cui tende l'intero sistema penale minorile".

(77) Così Corte cost. 22 gennaio 2015, n. 1, cit., 8.

(78) In questi termini si esprime Corte cost. 27 ottobre 2003, n. 330, cit. Dello stesso avviso risultano essere anche Corte cost. 15 luglio 1983, n. 222, in *Giur. it.*, 1984, 17 ss. e Corte cost. 2 maggio 1996, n. 143, in *Foro it.*, 1996, I, 2621 ss.

Infatti, le *Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa per una giustizia a misura di minore*, adottate dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa il 17 novembre 2010, hanno chiarito che “nel pieno rispetto del diritto del minore alla vita privata e familiare, dovrebbe essere incoraggiata una stretta collaborazione tra diversi professionisti al fine di pervenire a un'approfondita comprensione del minore e a una valutazione della sua situazione legale, psicologica, sociale, emotiva, fisica e cognitiva” (79). Il richiamo alla multidisciplinarietà viene chiaramente espresso anche nelle *Guidelines on children in contact with the justice system*, adottate dall'*International Association of Youth and Family Judges and Magistrates* nel 2017, le quali hanno evidenziato, all'esito di un confronto tra realtà giudiziarie di nazioni diverse - e non solo europee -, che la natura dei problemi che il Giudice è chiamato ad affrontare nei procedimenti che coinvolgono i minorenni non risulta essere esclusivamente legale ma richiede, non solo una comprensione globale, ma anche valutazioni ed interventi da parte di professionisti non giuridici (80). In particolare, si evidenzia la necessità di un approccio che sappia coniugare saperi diversi al fine di assumere decisioni capaci di valutare olisticamente il minore, senza che una specifica componente abbia il sopravvento sulle altre.

Alla luce di tali considerazioni, il pensiero del giudice trentino non appare particolarmente innovativo ma, ciononostante, appare degno di attenzione nella misura in cui consente di riflettere sul ruolo, sulla competenza e sulla composizione del Giudice penale

minorile. Infatti, nonostante l'imminente introduzione del Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie - ovvero del giudice unico in materia minorile e familiare in ambito sia civile sia penale (cfr. art. 33, comma 1, lett. a, D.Lgs. n. 149/2022) - avrà sul processo penale minorile un lieve impatto sotto il profilo ordinamentale (81), diviene imprescindibile (82) chiedersi quale identità e fisionomia vorremmo che assuma il costituendo Giudice unico (83) e quali debbano essere i tratti caratterizzanti a cui non appare possibile rinunciare. Pertanto, deve essere letta con favore una pronuncia che ribadisce come l'essenza indispensabile del Tribunale per i Minorenni debba essere ricercata nel Giudice onorario e nell'approccio multidisciplinare alle questioni inerenti alla giustizia penale minorile.

### **Il rapporto tra la funzione giurisdizione e la tutela delle esigenze educative del minore nel processo penale minorile: alla ricerca di un delicato equilibrio**

La riflessione sulla composizione dell'organo giudicante minorile, suggerita dalla lettura dell'ordinanza di rimessione trentina, induce anche a riflettere sul rapporto tra la funzione giurisdizionale e la tutela delle esigenze educative del minore nel processo penale minorile.

La ricerca di un equilibrio tra giurisdizione ed educazione rappresenta un'urgenza: in un contesto in cui continue stratificazioni mediatiche hanno minato l'immaginario collettivo e l'atteggiamento, anche

(79) Così *Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa per una giustizia a misura di minore*, adottate dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa il 17 novembre 2010, Parte IV, par. 16.

(80) Cfr. *Guidelines on children in contact with the justice system*, adottate dall'*International Association of Youth and Family Judges and Magistrates* nel 2017, Sezione 3.12, rubricata *multidisciplinary approach*, in [www.aimjf.org](http://www.aimjf.org) ed anche in [www.minorifamiglia.org](http://www.minorifamiglia.org) nella traduzione italiana.

(81) Per un approfondimento sul punto sia concesso rinviare ad A. Conti, *Le modifiche introdotte dalla "Riforma Cartabia" in tema di processo penale minorile*, in questa *Rivista*, 2023, 300 ss., ove si evidenzia come, sotto il profilo ordinamentale, la c.d. Riforma Cartabia ha avuto un impatto minimo nel campo della giustizia penale minorile nella misura in cui ha comportato una modifica lessicale relativa alla denominazione del giudice penale in ambito minorile. Infatti, l'art. 33, comma 1, lett. a), D.Lgs. n. 149/2022, ha modificato l'art. 2, comma 1, d.P.R. n. 448/1988 modificando nominalmente le autorità giudiziarie coinvolte nel processo penale minorile: si tratta di una mera modifica terminologica, conseguente all'istituzione del Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie. Per completezza si deve evidenziare, però, anche una significativa innovazione portata dall'art. 31, D.Lgs. n. 149/2022 che - dopo aver sancito l'espunzione del termine tribunale per i minorenni dal R.D.L. 20 luglio 1934, n. 1404, recante *Istituzione e funzionamento del tribunale per i minorenni*, ed aver

rimodulato per via legislativa i criteri di nomina della componente privata del collegio minorile che assume la nuova denominazione di giudici onorari esperti - ha abrogato l'art. 2, R.D.L. n. 1404/1934 e, dunque, ha eliminato il fondamento normativo in base al quale giudici onorari presso il Tribunale per i Minorenni che componevano il collegio giudicante dovevano essere un uomo ed una donna.

(82) Si osservi che, almeno a parere dello scrivente, nell'attuale contesto normativo in continua evoluzione ove l'attenzione è concentrata sulla parte dinamica della procedura, appare opportuno soffermarsi sui principi e, di conseguenza, riflettere sulla parte statica della procedura penale che, paradossalmente, risulta essere nevralgica ed imprescindibile al fine di valutare l'impatto delle modifiche apportate all'*iter* processuale.

(83) Cfr. F. Occhiogrosso, *Manifesto per una giustizia minorile mite*, Milano, 2009, 166. Si ricordino anche le osservazioni, formulate subito dopo l'entrata in vigore del d.P.R. n. 448/1988, di F. Occhiogrosso, *La normalizzazione del Tribunale per i Minorenni di Bari e l'incerto futuro del giudice laico*, in *Quest. giust.*, 1990, 3, 673: “perché non c'è dubbio che dalle modalità secondo cui l'ufficio è organizzato dipende la scelta del modello di tribunale che si vuole: un ufficio perfetto sotto il profilo burocratico, ma incapace di dare risposte adeguate ai bisogni minorili; oppure, al contrario, un ufficio teso a realizzare efficacemente la protezione della gioventù nella linea indicata dalla Carta costituzionale”.

# Giurisprudenza

## Processo penale

dei giuristi, verso la giustizia minorile che viene letta ed interpretata come luogo di buonismo e di lassismo, il giurista deve necessariamente interrogarsi sulla funzione del processo penale minorile.

Infatti, lo sdegno popolare che scaglia contro il giudice minorile si fonda sull'idea che l'indulgenza mostrata nei confronti dei giovani autori di reato si traduca, necessariamente ed inevitabilmente, nella proliferazione della criminalità degli adulti e che, se davvero si vuole agire al fine di prevenire l'aumento dei comportamenti penalmente rilevanti agiti dai soggetti ultradiciottenni, lo si debba fare inasprendo il trattamento processuale e penitenziario riservato ai minorenni. Solo punendo severamente i minori, si crea una società migliore per il futuro.

Questa linea di pensiero semplicistica, riduttiva e, soprattutto, distorta ha sostenuto la pressione autoritaria e di stampo repressivo che ha coinvolto la giustizia penale minorile e che, da un lato, si sta trasformando in un atteggiamento culturale che rischia di travalicare nelle aule giudiziarie e di minare le fondamenta del processo penale minorile e, dall'altro lato, si è già tradotta in un intervento legislativo: il D.L. 15 settembre 2023, n. 123, conv. con mod. dalla L. 13 novembre 2023, n. 159 ha introdotto l'art. 28, comma 5-bis, d.P.R. n. 448/1988 in forza del quale la messa alla prova non può essere applicata nel caso in cui il procedimento abbia ad oggetto il reato di omicidio aggravato, violenza sessuale e violenza sessuale di gruppo aggravata e di rapina aggravata dalle circostanze di cui all'art. 628, comma 3, n. 2, 3 e 3-*quinqüies* c.p. Tale recente modifica normativa non trova alcuna giustificazione (84) se non quella di limitare, in senso repressivo ed alla luce di una ideologia giuridicamente insostenibile, l'ambito di applicazione della messa alla prova (85).

I sostenitori di tale linea di pensiero, nel tentativo di trovare un fondamento giuridico e di principio alla propria teoria, ritengono che sia giunto il tempo di superare l'idea indulgenziale della giustizia minorile, cioè a dire, l'idea che il giudice penale minorile sia un

“nonno buono” che, di fronte alla condotta del nipote, alzi un po' la voce ma, di fatto, già lo perdona a prescindere dalla gravità della condotta. Partendo da una errata - *rectius* volutamente errata - considerazione del rapporto tra funzione giurisdizionale del processo penale minorile e funzione educativa, si tenta di giustificare l'atteggiamento repressivo sostenendo la necessità di salvaguardare il processo penale minorile dalla deriva educativa, evitando, in tal modo, che l'*iter* processuale sia piegato e sacrificato da finalità pedagogiche.

Inoltre, anche la spinta efficientista (86) che il sistema giudiziario - non solo minorile - sta affrontando giova all'insinuarsi della deriva autoritaria del processo penale minorile. Infatti, vi è una insofferenza verso un Giudice che prende del tempo per valutare il minore e per elaborare la risposta processuale più adeguata al caso concreto: la necessità di contenere i tempi del processo e di “fare i numeri”, impone un cambio di rotta verso un'Autorità Giudiziaria che, in tempi rapidi, concluda i procedimenti, senza utilizzare troppe risorse ed utilizzando un rigido cronoprogramma. L'espressione di tale esigenza appare riflessa proprio nell'art. 27-bis, d.P.R. n. 448/1988 che non lascia spazio per la valutazione della condizione personale del minore e che relega i servizi minorili in un ruolo del tutto marginale.

Pertanto, possiamo affermare che la tensione repressiva e la spinta efficientistica comprimono ed assediano il processo penale minorile, da un lato, dipingendolo come luogo indulgenziale e para-educativo capace unicamente di creare la delinquenza del domani e, dall'altro lato, rappresentando i Giudice minorili come degli aventiniani arroccati sulle loro posizioni e chiusi a qualsiasi forma di dialogo o di confronto.

Per superare l'idea di una giustizia indulgenziale e lassista e per riaffermare i principi del processo penale minorile occorre ricercare un giusto equilibrio tra la funzione giurisdizionale e la tutela delle esigenze educative del minore nel processo penale minorile,

(84) Tanto che il Tribunale per i Minorenni di Bari (Trib. min. Bari 25 marzo 2024, ord., in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com)) ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 28, comma 5-bis, d.P.R. n. 448/1988 per contrasto con l'art. 31, comma 2, Cost., nella parte in cui prevede che le disposizioni della sospensione del processo con messa alla prova (art. 28, comma 1, d.P.R. n. 448/1988) non si applicano ai delitti previsti dall'art. 609-*octies* c.p. limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'art. 609-*ter* c.p. Sul punto si veda L. Camaldo, *Condivisibili dubbi di legittimità costituzionale della disposizione introdotta dal decreto Caivano che prevede alcuni reati ostativi alla concessione della messa alla prova minorile*, in *Sist. pen.*, 30 maggio 2024.

(85) Sul punto si vedano le osservazioni di A. Cavaliere, *Il c.d. decreto Caivano: tra securitarismo e simbolicità*, in [www.penedp.it](http://www.penedp.it), 9 febbraio 2024, secondo il quale “le esclusioni appena menzionate risultano irragionevoli, sia perché sono automatiche [...], sia per il loro taglio casistico: ad esempio, vengono escluse solo talune ipotesi - ma non tutte - di rapina aggravata, mentre non viene esclusa alcuna ipotesi di estorsione aggravata” e, pertanto “la tecnica casistica, unitamente al carattere populistico e alla frettolosità della formulazione del d.l., dà luogo ad esiti irragionevolmente discriminatori, da diritto penale dell'autore”.

(86) Cfr. F. Occhiogrosso, *Necessità di una nuova cultura per la tutela dei “nuovi diritti”*, in *Quest. giust.*, 1987, 1, 198, il quale parlava già di tendenza all'“efficienza aziendale” della giustizia minorile.

come tenta di fare anche il Tribunale per i Minorenni di Trento.

Tuttavia, il Giudice trentino, offrendo un sostegno alla considerazione indulgenziale della giustizia minorile, restituisce, almeno a parere dello scrivente, un'idea di giustizia minorile sbagliata e sbilanciata a favore della funzione educativa.

Infatti, l'ordinanza di rimessione ritiene che gli istituti caratterizzanti il processo penale minorile debbano offrire una risposta alla devianza giovanile di tipo educativo e non sanzionatorio: "qualsiasi trattamento punitivo nei confronti di un minore è ammesso solo e solo se è sorretto, animato e orientato a fini educativi" (87) e, di conseguenza ogni misura applicata dal Giudice minorile deve essere caratterizzata dalla presenza di "strumenti indispensabili per perseguire un fine educativo" (88). Secondo le argomentazioni del Tribunale per i Minorenni di Trento il fine, non solo del percorso di rieducazione di cui all'art. 27-bis, d.P.R. n. 448/1988, ma dell'intero *iter* processuale deve essere un fine educativo.

Tale conclusione non è condivisibile: pur dovendo ricordare l'esistenza di una linea interpretativa secondo cui il processo penale minore rappresenta una forma di intervento educativo (89) e di una esegesi che ritiene nel processo penale minorile l'istanza repressiva e l'istanza educativa convivano su un piano valoriale di parità (90), occorre affermare che il processo penale minorile, pur essendo struttu-

rato in maniera tale da considerare le peculiarità del minore e le esigenze del soggetto *in fieri*, rimane un processo penale di cui conserva la natura e la finalità, non potendo tramutarsi in uno strumento educativo. Infatti, volendo adottare una lettura che sia "costituzionalmente percorribile" (91), occorre ricordare che qualsivoglia forma di rieducazione è attuabile solamente nei confronti del soggetto condannato (cfr. art. 27 Cost.). Da ciò deriva che non risulta possibile anticipare forme di rieducazione alla fase antecedente al passaggio in giudicato della sentenza di condanna e, pertanto, trasformare il processo penale, ancorché celebrato nei confronti di un minore, in un momento ed in un luogo di rieducazione (92).

La c.d. finalità educativa - *rectius* la finalità di tutela delle esigenze educative (93) - del processo penale minorile rappresenta, non il fine a cui piegare la procedura, ma uno strumento interpretativo capace di adeguare il meccanismo processuale alle esigenze del minore per evitare che il coinvolgimento in un processo penale possa rappresentare un'occasione di stigmatizzazione ed un evento unicamente penalizzante (94).

Pertanto, il processo penale minorile non può caratterizzarsi per la presenza di paternalismo e tensione pedagogica, pur dovendo tradursi in un *iter* procedimentale capace di tenere in considerazione le esigenze educative del minore, adeguando le forme in

(87) Così Trib. min. Trento, G.I.P., 6 marzo 2024, ord., cit., 4. Il giudice trentino precisa, conseguentemente, che l'art. 27-bis, d.P.R. n. 448/1988 risulta incompatibile con i principi fondanti del processo penale minorile in quanto introduce "una risposta trattamentale solo nominalmente educativa" (p. 3).

(88) In questi termini si esprime Trib. min. Trento, G.I.P., 6 marzo 2024, ord., cit., 7, ove si precisa anche che l'introduzione dell'art. 27-bis, d.P.R. n. 448/1988 "abbia comportato la compromissione di quegli strumenti, propri di un sapere scientifico-pedagogico, necessari ad assicurare quell'approccio personalistico indispensabile per garantire al trattamento giurisdizionale minorile la sua finalità educativa" (p. 6).

(89) Cfr. G. Fumu, *Le difficili scelte del legislatore minorile tra accertamento, educazione e sanzione*, in AA.VV., *Le riforme complementari. Il nuovo processo minorile e l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario*, a cura di G. Fumu, Padova, 1991, 71 ss.; A.C. Moro, *Manuale di diritto minorile*, cit., 545 ss. e F. Palomba, *Il sistema del processo penale minorile*, cit., 86.

(90) Sul punto si veda G. Spangher, sub art. 1, d.P.R. n. 448/1988, in AA.VV., *Commento al codice di procedura penale. Leggi collegate. Il processo minorile*, a cura di M. Chiavario, Torino, 1994, 30 ss.

(91) In questi termini si esprime G. Giostra, sub art. 1, d.P.R. n. 448/1988, in AA.VV., *Il processo penale minorile. Commento al D.P.R. 448/1988*, a cura di Giostra, Milano, 2021, 20.

(92) Sul punto precisa G. Giostra, sub art. 1, d.P.R. n. 448/1988, cit., 20: "l'idea di una rieducazione dell'imputato minore si

fonda su un inammissibile tralignamento istituzionale del processo penale, ridotto ad improbabile luogo di trattamento educativo e di emenda, in spregio del secondo comma dell'art. 27 Cost.: quando gli indizi di reato divengono non già presupposto per procedere alla verifica della fondatezza dell'accusa, ma sintomi di disagio psico-sociale, che legittimano un concorso di interventi di diverse pubbliche autorità per promuovere l'educazione dell'inquisito; quando le misure processuali [...] vengono piegate alle esigenze pedagogiche del minore e non del processo, vuol dire che l'imputato minore e presunto colpevole o, ed è persino peggio, che l'accertamento della sua colpevolezza viene considerato fatto secondario, se non irrilevante".

(93) Così G. Giostra, sub art. 1, d.P.R. n. 448/1988, cit., 21.

(94) Cfr. D. Vigoni, sub art. 1, d.P.R. n. 448/1988, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda - G. Spangher, IV, Milano, 2023, 1949, secondo la quale l'esigenza di adeguamento alla personalità ed alle esigenze educative del minore "non viene a caricare (in positivo) il processo penale di finalità educative e di recupero del minore deviante, ma piuttosto impone (in negativo) di evitare, nell'esercizio della giurisdizione penale, ogni pregiudizio al corretto sviluppo psico-fisico del minore, di adottare le opportune cautele per salvaguardare le correlate esigenze educative, favorendo una risposta individualizzata, in quanto adeguata al caso concreto, tenuto conto del fatto compiuto e della persona a cui si rivolge".

# Giurisprudenza

## Processo penale

ragione della peculiarità del minore. Il processo penale minore, dunque, “è espressione di una giurisdizione [...] che, senza perdere i caratteri e gli scopi tipici della giurisdizione ordinaria, adegua le sue forme in ragione delle peculiarità del soggetto inquisito” (95) e, pertanto, “la disciplina del rito minorile presenza, ‘sottotraccia’, una sorta di tensione ideale [...] verso un obiettivo non meno importante, ancorché, in sede giurisdizionale, subordinato: compatibilmente con le necessità dell’accertamento, i soggetti pubblici del processo minorile debbono adoperarsi affinché questo sia il più possibile confacente alle esigenze educative del minore” (96). Si tratta, in sintesi, del principio di adeguatezza applicativa (97). Il fatto che il processo possa diventare l’occasione per il minore di introiettare valori con cui ha avuto scarso modo di confrontarsi non significa né rinunciare all’accertamento le responsabilità penale (98) né piegare il processo all’educazione, ma significa rendere il processo luogo incapace di effettuare una vittimizzazione secondaria e di essere luogo dell’etichettamento del minore (99). Il sistema processuale minorile è un sistema “elastico e capace di evitare la punizione, ma anche di punire severamente” (100) e l’attenzione al minore e la capacità del Giudice minorile di costruire adeguate

relazioni processuali (101) non intacca la nozione di giurisdizione e non determina, nel processo penale minorile, la prevalenza - o anche solo l’equivalenza - della finalità di tutela delle esigenze educative rispetto alla funzione giurisdizionale (102).

Si tratta, infatti, di strutturare un Giudice attento al minore (103), capace di confrontarsi ed interagire con la pluralità di soggetti che la disciplina delineata dal d.P.R. n. 448/1988 chiama ad intervenire nel contesto processuale (104), proponendo una visione globale e coinvolgente del processo minorile inteso come uno “strumento operativo complesso, un contenitore ricco di ampie potenzialità positive” (105). Ragionare in tal modo fa emergere, da un lato, la fragilità della visione paternalistica e indulgenziale della giustizia minorile e, dall’altro lato, la responsabilità del giurista chiamato ad interpretare ed applicare le norme processuali penali minorili in modo da garantire la funzione giurisdizionale evitando, o riducendo al minimo, il pregiudizio per la personalità del minore. L’attenzione al minore non svuota il processo penale minorile della sua natura giurisdizionale: “non c’è dubbio che il ruolo del giudice, anche minorile, è e dev’essere un ruolo di garanzia; non c’è dubbio che il giudice non è un educatore; ma è anche

(95) Così G. Giostra, sub art. 1, d.P.R. n. 448/1988, cit., 22.

(96) In questi termini si esprime G. Giostra, sub art. 1, d.P.R. n. 448/1988, cit., 22.

(97) Per un approfondimento sul punto si vedano, tra i tanti, G. Giostra, sub art. 1, d.P.R. n. 448/1988, cit., 15 ss.; P. Cipolla, sub art. 1, d.P.R. n. 448/1988, in AA.VV., *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi - E. Lupo, X, Milano, 2017, 376 ss.; D. Vigoni, sub art. 1, d.P.R. n. 448/1988, cit., 1948 ss. e, sia concesso rinviare anche ad A. Conti, sub art. 1, d.P.R. n. 448/1988, in AA.VV., *Codice delle famiglie*, a cura di F. Di Marzio, Milano, 2024, 1667 ss.

(98) Di questo avviso risulta essere anche G. Giostra, sub art. 1, d.P.R. n. 448/1988, cit., 21.

(99) Ricorda C. Losana, sub art. 28, d.P.R. n. 448/1988, cit., 294, che “sovente il reato, o i reati, dei minorenni sono l’espressione di un periodo di crisi, che la personalità del ragazzo è suscettibile di straordinari cambiamenti, che ben difficilmente un soggetto così giovane, in fase adolescenziale, è già bloccato in una scelta deviante o delinquenziale; che, quindi, occorre valorizzare le sue parti buone (certamente esistenti e che il minore è chiamato a scoprire); che il rischio maggiore è quello della ‘identificazione negativa’ del giovane; e che dunque il circuito devianza-repressione-maggiore devianza-maggiore repressione va finalmente spezzato”.

(100) Così si esprime F. Occhiogrosso, *Mediazione e giustizia*, intervento al XXV Convegno nazionale AIMMF, Taranto, 2006, in [www.minoriefamiglia.org](http://www.minoriefamiglia.org), 18, il quale prosegue evidenziando come la disciplina minorile corrisponde “all’esigenza di un sistema di sanzioni molto articolato ed elastico, capace di dissuadere, ma anche di recuperare, fondato su una valutazione corretta della personalità dell’imputato. Un sistema attuato per i minori [...] tale da far capo ad un giudice ‘vero’, assistito da appropriate

competenze tecniche e da pretendere uno sforzo, anche di fantasia, all’altezza della gravità e della delicatezza del problema”.

(101) Cfr. M.F. Pricoco - L. Gandolfo, *La messa alla prova minorile nei reati di criminalità organizzata di stampo mafioso: l’esperienza catanese*, in AA.VV., *La messa alla prova minorile e reati associativi. Buone pratiche ed esperienze innovative*, a cura di J. Moyersoen, Milano, 2018, 122.

(102) Si tratta di estendere il concetto di giurisdizione mite (cfr. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992 e F. Occhiogrosso, *Manifesto per una giustizia minorile mite*, cit.) anche alla giurisdizione penale minorile. Sul punto si veda F. Occhiogrosso, *Manifesto per una giustizia minorile mite*, cit., 46-47, il quale, all’interno di un più ampio ragionamento, afferma che “quando si consideri che anche per il minore imputato di omicidio volontario, è possibile procedere alla messa alla prova con l’effetto che, in caso di esito positivo della prova, il reato si estingue alla scadenza di soli tre anni di prova, è agevole cogliere in tutta la sua pienezza la dimensione mite di questo istituto e della crescita che in breve tempo la cultura della mitezza ha conseguito con il sostanziale superamento del principio retributivo nel settore penale minorile”.

(103) Tanto che, sul punto, F. Occhiogrosso, *Il secolo dell’infanzia*, Molfetta, 2013, 164, afferma che “il punto di vista del giudice non è assoluto e indiscutibile, ma deve essere ‘relativizzato’. Deve essere messo a confronto con l’interlocutore: non solo con il servizio sociale e il P.M.; ma anzitutto con il ragazzo, la sua famiglia, la sua cultura”.

(104) Si pensi ai servizi minorili, ai titolari della funzione di assistenza affettiva e psicologica ed agli esercenti la responsabilità genitoriale.

(105) Così F. Occhiogrosso, *Il processo nella prospettiva dei nuovi diritti*, in AA.VV., *Il processo penale minorile: prime esperienze*, a cura di F. Occhiogrosso, Milano, 1991, 37.

vero che tendere alla realizzazione del proprio ruolo di garanzia in maniera più penetrante e sostanziale non è un modo di degiurisdizionalizzare; è anzi un modo di cogliere le linee nuove di tendenza, di essere aperti a

nuove prospettive” (106). Pertanto, “l’equiparazione ‘giudice minorile = operatore sociale’ e quella conseguente ‘tribunale minorile = servizio sociale’ è semplicistica e non veritiera” (107).

---

(106) In questi termini si esprime F. Occhiogrosso, *Considerazioni sui progetti di riforma della giustizia minorile*, in *Prospettive assistenziali*, 1986, n. 76, consultabile in [www.fondazionepromozionesociale.it](http://www.fondazionepromozionesociale.it), il quale precisa anche che “non è un caso che, proprio quei giudici ai quali più si rivolgono le critiche di tendenze

amministrativistiche, siano quelli che per primi hanno parlato di “diritti” del minore, non più di interesse del minore”.

(107) Così F. Occhiogrosso, *Considerazioni sui progetti di riforma della giustizia minorile*, cit.



**INTELLIGENZA  
PER  
PREVEDERE**

**One LEGALE**  
PRESENTA  
LA NUOVA  
FUNZIONALITÀ  
**GIURIMETRIA**

Uno strumento innovativo che applica i modelli di intelligenza artificiale all'analisi giurisprudenziale. Ricerche legali più veloci e accurate, una visione predittiva dei risultati, maggiore orientamento sulle decisioni dei giudici. Insieme a One LEGALE Giurimetria valorizzi le tue capacità e la tua esperienza e definisci la migliore strategia processuale per i tuoi casi.

**Con Giurimetria, ancora più valore alle tue competenze.**

Scopri di più su [info.onelegale.it/giurimetria](http://info.onelegale.it/giurimetria)

**One LEGALE** FA GRANDE LA DIFFERENZA

Violenza sessuale

# Dalla tentata codificazione dei crimini internazionali alla progettata fattispecie di violenza sessuale “come strumento di guerra”

di Maria Crippa (\*)

A oltre un anno dalla mancata adozione del Codice dei crimini internazionali, è in discussione in Senato l'introduzione del reato di “violenza sessuale contro le donne, nel corso di un conflitto armato, come strumento di guerra”. La norma si presta a critiche di tipo sistematico, relative all'introduzione di un'unica fattispecie di crimine di guerra nel codice penale domestico, senza pervenire al necessario intervento organico in materia di diritto penale internazionale. Nel contempo, così come delineata dalla proposta, la fattispecie appare obsoleta e sconta parecchi limiti nel raffronto con i crimini internazionali c.d. *gender-based*, come interpretati dalla più recente prassi dei tribunali penali internazionali e domestici.

*More than a year after the Code of international crimes was dismissed, the Italian Parliament is currently discussing the incrimination of 'sexual violence against women, in the course of an armed conflict, as an instrument of war'. Such proposal shows severe setbacks, as it does not introduce a systematic discipline on international criminal law. Furthermore, the provision appears rather outdated and limited, in contrast with the current interpretation of gender-based crimes by international and domestic courts.*

## La violenza sessuale come arma di guerra: la proposta di incriminazione domestica e la rilevanza internazionale della fattispecie

È noto che l'attuazione domestica del diritto penale internazionale costituisca una questione tradizionalmente negletta per il legislatore italiano (1). Il divario tra l'ordinamento italiano e le esperienze di altri Stati anche giuridicamente affini si è progressivamente acuito negli ultimi decenni, mentre questi ultimi si specializzavano nell'esercizio della propria giurisdizione sui crimini internazionali. Potrebbe,

pertanto, stupire favorevolmente la proposta di introduzione nel codice penale del “reato di violenza sessuale contro le donne, nel corso di un conflitto armato, come strumento di guerra” (artt. 609-bis.1 e 609-bis.2), presentata al Senato lo scorso maggio su impulso di alcuni esponenti della maggioranza parlamentare (2). L'iniziativa, che al momento in cui scriviamo pare procedere verso un esito favorevole, lungi dal rappresentare una inversione di tendenza, deve invece essere letta proprio alla luce della consolidata inerzia che ha caratterizzato il legislatore italiano nell'adozione di una normativa domestica

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

(1) F. Palazzo, *Crimini internazionali e giurisdizione interna*, in questa *Rivista*, 2, 2024, 156; A. Vallini, *Il codice a pezzi. Ascesa e caduta della proposta di una legge organica sui crimini internazionali*,

in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2023; 92 ss.; M. Mancini, *Italy and International Criminal Justice: Mapping the Present and Charting the Path Ahead*, in *International Criminal Law Review*, 2024, 1.

(2) Senato della Repubblica, XIX Legislatura, Fascicolo iter d.d.l. S. 1135, seduta n. 187 del 9 maggio 2024.

sui crimini internazionali. Il d.d.l. S. 1135 mira, infatti, a estrapolare la fattispecie in esame da un intervento sistematico, che consentirebbe davvero, come suggerito dalla stessa Relazione di accompagnamento, di “dare attuazione alle dichiarazioni di intenti codificate nel preambolo dello Statuto istitutivo della Corte penale internazionale [...] in ordine all’adozione, da parte degli Stati che hanno aderito allo stesso, di una normativa nazionale in grado di sanzionare il genocidio, i ‘crimini di guerra’ e i ‘crimini contro l’umanità’” (3).

Come sottolineato dai proponenti, non si può tacere che l’abuso sessuale costituisca una “aberrante costante storica in tutti gli scenari di guerra sin dai tempi più antichi” (4). Nei conflitti contemporanei il fenomeno ha, invero, assunto una connotazione sempre più complessa, fino a divenire parte di una vera e propria strategia offensiva di intenzionale attacco alla popolazione civile e di annientamento totale del nemico mediante la sua distruzione etnica (5). I proponenti ricordano, allora, tre esempi storici ben precisi: gli stupri perpetrati dall’Armata rossa in occasione dell’occupazione di Berlino, quelli commessi nei confronti delle donne tutsi in Ruanda nel 1994 e, infine, le violenze della guerra civile nella Repubblica Democratica del Congo. Si tratta, ovviamente, di un esercizio di esemplificazione, che dimentica altre esperienze anche contestuali alle vicende richiamate. Senza volere compiere un’analisi storica e antropologica del fenomeno, merita brevemente ricordare che esso risulta ben più ampio, non solo temporalmente e geograficamente, ma altresì nella sua stessa tipicità. Limitandosi ad alcuni esempi di stringente attualità, il ricorso allo stupro come arma di guerra ha caratterizzato il conflitto in Darfur, nel contesto più ampio di una strategia volta al genocidio e alla pulizia etnica di Fur, Zaghawa e Masalit da parte dell’apparato statale e militare dell’ex presidente Omar al-Bashir (6). L’impiego di violenza sessuale costituisce, altresì, uno strumento adoperato dal regime di Bashar al-Assad

a fini repressivi nei confronti della popolazione siriana e, in particolare, dei propri oppositori politici (7). La realizzazione di violenze sessuali è stata riscontrata, inoltre, fin dal principio nel conflitto internazionale in Russia e Ucraina (8) ed è oggetto di denunce relative agli attacchi compiuti da Hamas nel sud di Israele il 7 ottobre 2023 (9). Il ricorso sistematico allo stupro e, più in generale, a diverse forme di violenza sessuale risulta da tempo attestato anche nei confronti dei palestinesi privati della libertà personale in alcune strutture carcerarie israeliane, militari e civili, la cui condizione è drasticamente peggiorata a seguito dell’operazione militare mossa da Israele contro la popolazione di Gaza e in Cisgiordania (10). Da ultimo, e, come si vedrà, con conseguenze particolarmente significative per l’ordinamento italiano, si segnala l’incidenza delle diverse forme di violenza sessuale nelle esperienze migratorie, non solo ai danni delle donne (11). Se l’attenzione rispetto alla punizione di questi crimini è sempre maggiore, a livello tanto internazionale quanto domestico, le situazioni richiamate impongono di riconoscerne la rilevanza a prescindere dalla sussistenza di un conflitto armato internazionale. Il crimine di violenza sessuale, infatti, non solo sussiste quale crimine di guerra anche in ipotesi di conflitti armati non internazionali, ma può integrare altresì, in presenza delle condizioni richieste dai rispettivi elementi di contesto, un crimine contro l’umanità ovvero una condotta genocidaria.

### Un intervento normativo che tradisce gli obiettivi della proposta?

#### ***Il necessario adeguamento dell’ordinamento domestico al diritto penale internazionale***

La proposta parlamentare ha il merito di riaprire il dibattito sulla necessità di introduzione di un codice dei crimini internazionali e, specularmente, sulle ragioni dell’inerzia del legislatore italiano rispetto alla sua adozione. E, tuttavia, l’incriminazione

(3) *Ibid.*, p. 4.

(4) *Ibid.*

(5) M. Strazza, *Fenomenologia dello stupro: evoluzione dei significati della violenza sessuale nelle guerre*, in *Humanities* - Anno VI, 12, 2017, 101.

(6) Corte penale internazionale (Cpi), Camera preliminare I, Situazione in Darfur, Sudan, *Il Procuratore c. O. H. A. Al Bashir*, Seconda decisione sulla richiesta del Procuratore per un mandato di arresto, 12 luglio 2010, ICC-02/05-01/09-94.

(7) Report of the UN Secretary-General on Conflict-Related Sexual Violence, 20 aprile 2016, S/2016/361.

(8) UN Human Rights Office, *UN Commission of Inquiry on Ukraine finds continued war crimes and human rights violations gravely impacting civilians*, 20 ottobre 2023.

(9) UN Human Rights Office, *Thematic Report Detention in the context of the escalation of hostilities in Gaza (October 2023-June 2024)*, 31 luglio 2024, par. 50 ss.

(10) *Ibid.*, par. 33 ss.; UN Human Rights Office, *Israeli practices affecting the human rights of the Palestinian people in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem Report of the Secretary-General*, 2 ottobre 2023, A/78/502, par. 36; B’Tselem - The Israeli Information Center for Human Rights in the Occupied Territories, *Welcome to Hell*, agosto 2024.

(11) Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, Report of the United Nations Secretary-general on Conflict-related Sexual Violence 2024, 4 aprile 2024, par. 44 ss.

specificata della condotta in esame non consentirebbe di ritenere assolti gli obblighi in materia di crimini internazionali, il cui adempimento risulta ancora atteso. Sono, infatti, trascorsi ormai oltre vent'anni dall'entrata in vigore dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale (Cpi), e ancora più dalla sua firma e ratifica nel nostro ordinamento (12). L'adeguamento legislativo si è da allora limitato alla sola, insufficiente, legge di coordinamento tra la Cpi e l'apparato giudiziario italiano e di incriminazione delle condotte contro l'amministrazione della giustizia (13). Negli anni si sono succedute, senza successo, diverse proposte di implementazione dello Statuto di Roma nell'ordinamento domestico (14). Da ultimo, il 23 marzo 2022 era stata istituita dal Ministero della Giustizia la Commissione del "Codice dei Crimini internazionali", presieduta dai Professori Francesco Palazzo e Fausto Pocar e composta da esperti della materia (Commissione Palazzo-Pocar) (15). La Commissione era giunta in tempi assai veloci all'elaborazione di un articolato compiuto e quanto più avanzato, corredato da una relazione di accompagnamento (16). A seguito delle vicende politiche determinate dal cambio della compagine governativa, alla commissione si era succeduto il gruppo di lavoro istituito dal nuovo Ministro della giustizia, il quale aveva annunciato il nuovo progetto di Codice in vista della "Conferenza internazionale dei ministri della giustizia di supporto alla Corte penale internazionale e alla sua attività in Ucraina", tenutosi a Londra il 20 marzo 2023. Dall'unico comunicato disponibile, emerge che il governo avrebbe inteso introdurre "in particolare il crimine di aggressione ed estende[re] i crimini di guerra", mentre si rinviava ad un "ulteriore ddl" lo

studio dei "temi inerenti ai crimini contro l'umanità" (17). Da allora non si è avuta più avuta notizia circa le sorti del progetto.

La relazione di accompagnamento al d.d.l. S. 1135 fa espresso riferimento alla necessità di dare attuazione alle istanze internazionali e, tra queste, al principio di complementarità, che governa i rapporti tra la Cpi e gli Stati parte. È stato in più sedi evidenziato come, se lo Statuto di Roma non impone che i già citati obblighi di cooperazione e incriminazione delle condotte contro l'amministrazione della giustizia, con la ratifica del trattato gli Stati esprimono un'adesione all'obiettivo di punire i "delitti più gravi che riguardano l'insieme della comunità internazionale [...] mediante provvedimenti adottati in ambito nazionale" e l'esercizio "della propria giurisdizione penale nei confronti dei responsabili" (18). L'intervento della Corte è, allora, limitato alle ipotesi di incapacità o mancanza di volontà degli ordinamenti di condurre indagini o procedimenti (artt. 1 e 17 dello Statuto di Roma). Il sistema così impostato, caratterizzato da una distribuzione delle responsabilità a più livelli, ripone sempre maggiore affidamento sugli ordinamenti nazionali (19). Inaugurando un nuovo approccio al principio di complementarità, il nuovo Procuratore della Cpi ha, infatti, affermato che intende agire a supporto delle attività investigative e giudiziarie nazionali, rispetto alle quali la Corte rimane il "fulcro degli sforzi collettivi di affermazione della responsabilità penale internazionale" (20). Tra le ragioni a fondamento di tale rinnovata prospettiva vi è proprio la consapevolezza del necessario ripensamento del sistema "policentrico" fondato sul principio di complementarità, al fine di una migliore allocazione di risorse e responsabilità tra gli attori

(12) L'Italia ha firmato lo Statuto di Roma il 18 luglio 1998 e ha depositato gli strumenti per la sua ratifica il 26 luglio 1999. Cfr. L. n. 232 del 12 luglio 1999, Ratifica ed esecuzione dello statuto istitutivo della Corte penale internazionale, con atto finale ed allegati, adottato dalla Conferenza diplomatica delle Nazioni Unite a Roma il 17 luglio 1998 (in *G.U.*, 19 luglio 1999, n. 167).

(13) L. 20 dicembre 2012, n. 237, Norme per l'adeguamento alle disposizioni dello Statuto istitutivo della Corte penale internazionale (in *G.U.*, 8 gennaio 2013, n. 6); sul punto si veda F. Lattanzi, *Un piccolo passo sulla via dell'adeguamento allo Statuto della Corte Penale Internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, 492-512.

(14) Si richiamano, tra gli altri: Camera dei Deputati, Proposta di legge A.C. 2724, 9 maggio 2002; Senato, d.d.l. A.S. 1638, 4 dicembre 2002; Senato, d.d.l. A.S. 893, 29 dicembre 2006; Camera dei Deputati, Proposta di legge A.C. 1695, 24 settembre 2008; Senato, d.d.l., A.S. 1112, 14 ottobre 2008. Tra le iniziative private si segnala F. Pocar *et al.*, Progetto Cariplo "International Crimes, Italian Law Making Policy, and Prospective Legislation" - Commento al Codice di Crimini Internazionali per l'Adeguamento

della Legislazione Italiana allo Statuto della Corte Penale Internazionale, 2015.

(15) E. Fronza - C. Meloni, *The Draft Italian Code of International Crimes*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2022, vol. 10, issue 4, 1027-1048.

(16) *Codice dei Crimini internazionali: pubblicata la relazione della Commissione Palazzo-Pocar*, in *Sistema penale*, 24 giugno 2022.

(17) Ministero della giustizia, gNews, Quotidiano del Ministero della giustizia, *Codice dei crimini internazionali, via libera dal Cdm*, 17 marzo 2023: <https://www.gnewsonline.it/codice-dei-crimini-internazionali-via-libera-dal-cdm/>.

(18) Preambolo allo Statuto di Roma. La dottrina internationalpenalistica fa riferimento, al proposito, allo spirito dello Statuto di Roma (*Geist des Statuts*): G. Werle - F. Jeßberger, *Principles of International Criminal Law*, IV ed., Oxford, 2020, 34 ss.

(19) M. Crippa, *L'approvazione di un codice dei crimini internazionali "dimezzato". Le ragioni di un (dis)atteso intervento normativo*, in *Questione Giustizia*, 2023, p. 2 ss.

(20) Ufficio del Procuratore della Cpi, *Policy on complementarity and cooperation*, aprile 2024.

coinvolti (21). L'intenzione di rafforzare il ruolo primario dei sistemi nazionali nel perseguimento dei crimini in esame è ancora più evidente alla luce della pluralità di strumenti che arricchiscono il sistema di giustizia penale internazionale. Si tratta di forme di cooperazione giudiziaria "orizzontale", operanti specialmente in fase di indagine e che coinvolgono anche l'ordinamento italiano (22). Particolarmente significativa, tra queste, è la Convenzione di Lubiana-L'Aia, adottata il 26 maggio 2023 in materia di mutua cooperazione internazionale per genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra e altri crimini internazionali. La ratifica della Convenzione da parte dell'Italia risulta, allo stato attuale, ancora pendente.

Com'è stato osservato, un sistema di giustizia penale internazionale "diffuso" presuppone, per funzionare, che gli ordinamenti nazionali siano dotati di un'adeguata disciplina dei crimini internazionali (23). E, invero, è la stessa iniziativa parlamentare a rilevare le "esigenze di adattamento dell'ordinamento italiano al diritto internazionale in tema di crimini internazionali" (24). Pare, sul punto, necessario ricordare come, accanto alla dottrina non "convinta dell'utilità e dei benefici derivanti dalle trasposizioni delle condotte incriminate dalle norme di diritto penale internazionale nel sistema italiano" (25), non manca chi ha sostenuto la natura obsoleta delle fattispecie già in vigore, peraltro limitate al genocidio (L. 962/67) e ai crimini di guerra (c.p.m.g.) (26). A ciò si aggiungano le considerazioni, che ci si limita a richiamare, in ordine alla limitata sovrapposibilità delle fattispecie ordinarie ai crimini contro l'umanità, difettando i primi non solo dell'elemento di contesto ma altresì di molte delle condotte tipiche, nonché di un apparato sanzionatorio adeguato (27). Macroscopica appare, inoltre, la mancata previsione dell'aggressione e di altri istituti peculiari del diritto

penale internazionale (tra questi: inopponibilità delle immunità, quanto meno funzionali, esclusione della prescrizione e introduzione delle forme di attribuzione della responsabilità *da comando o del superiore*). L'ordinamento italiano rischia, in tal modo, non solo la perdita di quote significative di giurisdizione, conseguenti alla eventualità di un giudizio di ammissibilità dei procedimenti di fronte alla Cpi, ma altresì di non essere equipaggiato per ottemperare alle richieste di cooperazione in fase investigativa da parte delle autorità, straniere o internazionali, precedenti. Si tratta di considerazioni che destavano già dubbi in relazione alla citata L. n. 237 del 2012, dalla quale era stato infatti espunto, in sede di approvazione, il requisito della doppia incriminazione del fatto ai fini del riconoscimento e dell'esecuzione in Italia di mandati di arresto ovvero di sentenze della Cpi.

Da ultimo, l'onere di dotarsi di una disciplina compiuta dei crimini internazionali si amplia laddove si considerino gli obblighi di incriminazione imposti da altre convenzioni internazionali sottoscritte dall'Italia nonché dal diritto internazionale consuetudinario, specialmente in relazione a genocidio, tortura, apartheid, sparizioni forzate e gravi violazioni delle Convenzioni di Ginevra del 1949 (28). Un obbligo di incriminazione è infine previsto, per quanto riguarda i crimini contro l'umanità, dal progetto di articoli della Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite, la cui adozione pare ormai prossima (29). L'adesione a tale trattato, così come alla Convenzione di Lubiana-L'Aia, costituirà un passaggio imprescindibile per il legislatore italiano, se non vuole incorrere nel rischio di porsi al di fuori del sistema della giustizia penale internazionale, e potrà dirsi realizzato solo con l'adozione di una disciplina compiuta dei crimini internazionali e, in particolare, dei crimini contro l'umanità (30).

(21) E. van Sliedregt, *A New ICC Policy on Complementarity? Let's Fast Forward to Universal Jurisdiction Allocation*, in *Just Security*, 12 agosto 2024.

(22) Il riferimento è, in particolare, allo European Network for Investigation and Prosecution of Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes (c.d. Genocide Network) di Eurojust e Consiglio dell'Unione Europea, nonché alle squadre investigative comuni istituite con la cooperazione delle autorità nazionali. L'Italia è parte di una squadra investigativa comune sui crimini commessi nei confronti di migranti e rifugiati in Libia, che comprende anche Spagna, Regno Unito e Paesi Bassi, oltre al Procuratore della Cpi ed Europol.

(23) Sulle conseguenze della mancata ratifica da parte dell'Italia: Palazzo, p. 156.

(24) Fascicolo *iter* d.d.l. S. 1135, p. 5.

(25) *Ibid.*

(26) Fronza - Meloni, p. 1028 ss.; S. Manacorda, *Codificare i crimini internazionali? Prospettive penalistiche nella cornice costituzionale*, in *Quaderni costituzionali / a. XLII*, 4, dicembre 2022, 799 ss.; Palazzo, p. 156; Vallini, p. 110.

(27) Crippa, p. 6 ss.

(28) Relazione al Codice dei crimini internazionali, p. 2-3.

(29) *Draft articles on Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity*, Yearbook of the International Law Commission, 2019, vol. II, Part Two, Art. 6. Al momento in cui scriviamo, la VI Commissione del diritto internazionale delle Nazioni Unite ha concluso la sessione di ripresa dei lavori, tenutasi ad aprile 2024 sulla base della Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite n. 77/249 del 22 dicembre 2022 (A/RES/77/249), Una nuova tornata di negoziazioni è prevista per ottobre 2024.

(30) Cfr. Palazzo, p. 156.

***I limiti della fattispecie, nel raffronto comparato e con il diritto penale internazionale***

L'introduzione di una disciplina quanto più avanzata in materia di diritto penale internazionale impone il raffronto con le fonti internazionali di riferimento, senza limitarsi al recepimento di quanto previsto dallo Statuto di Roma. Nella redazione delle fattispecie, e in particolare dei crimini di guerra, è quindi necessario avere riguardo alle Convenzioni di Ginevra, con i relativi Protocolli aggiuntivi, nonché, laddove espressione di una tutela più ampia, alla consuetudine internazionale (31). Per quanto concerne specificamente i crimini contro l'autodeterminazione sessuale e riproduttiva si deve, inoltre, segnalare la coincidenza tra le condotte punite come crimini di guerra ai sensi degli artt. 8(2)(b)(xxii) e 8(2)(e)(vi) dello Statuto di Roma e le corrispondenti ipotesi costituenti crimini contro l'umanità ex art. 7(1)(g) dello Statuto di Roma (32). In relazione ad entrambe le ipotesi si osserva, sul piano tanto internazionale quanto domestico, un ampliamento della nozione di violenza sessuale, che comprende ora condotte tra loro assai eterogenee.

Da un raffronto con il dato internazionale appaiono evidenti i limiti della norma oggetto del d.d.l. S. 1135. Nonostante il dichiarato intento di colmare una lacuna interna, la fattispecie risulta, infatti, estremamente circoscritta e obsoleta, specie laddove raffrontata con le corrispondenti disposizioni adottate in sede internazionale e da altri ordinamenti nazionali. Si rammenta, sul punto, che la legislazione italiana in materia di crimini di guerra si limita sostanzialmente al Titolo IV, Libro III del c.p.m.g. del 1941 e al Manuale di diritto umanitario dello Stato Maggiore della Difesa del 1991. Alcune considerazioni generali si impongono quindi, innanzitutto, per quanto riguarda l'elemento di contesto dei crimini di guerra. Conformemente a quanto previsto dall'art. 8(1) dello Statuto di Roma, l'art. 609-bis.1 circoscrive l'ambito di applicazione della norma alla sussistenza di un conflitto armato, mutuandone espressamente la definizione dall'art. 165 c.p.m.g. La nozione di conflitto armato coincide, dunque, con

l'uso "militarmente organizzato e prolungato delle armi" di almeno una delle parti, "per lo svolgimento di operazioni belliche", comprese le attività militari all'estero (art. 165 c.p.m.g., come modificato dall'art. 19, L. 21 luglio 2016, n. 145). La caratterizzazione in senso "organizzato e prolungato" dell'attività bellica restringe, tuttavia, indebitamente la disposizione rispetto a quanto previsto dal c.d. diritto di Ginevra (33). Si tratta, inoltre, di una definizione desueta e inefficace nella disciplina dei fenomeni bellici moderni: le istanze di superamento della tradizionale distinzione dei conflitti armati in internazionali o non internazionali, già evidenziate dalla giurisprudenza più risalente (34), hanno determinato l'utilizzo nelle legislazioni nazionali maggiormente avanzate di classificazioni diverse, fondate piuttosto sul bene giuridico tutelato o sui metodi bellici impiegati (35). Quanto alle condotte incriminate, l'art. 609-bis.1 ripropone l'elencazione prevista, a seconda del carattere internazionale o meno del conflitto armato, dagli artt. 8(2)(b)(xxii) e 8(2)(e)(vi) dello Statuto di Roma. La norma adotta, tuttavia, una nozione di coercizione sessuale fondata sull'elemento della costrizione e, in particolare, sull'utilizzo di violenza o minaccia ovvero sull'abuso di autorità. Ancorché richiamata dall'art. 8(2)(b)(xxii)-1 degli Elementi dei crimini, la definizione appare superata dalla prassi più recente, tanto da essere stata oggetto di una recente modifica del Codice tedesco dei crimini internazionali (36). L'esigenza di riforma scaturiva dalle difficoltà riscontrate dai tribunali tedeschi nell'imputazione del crimine di "coercizione sessuale" in uno storico procedimento sui crimini internazionali commessi dal regime siriano (processo Al-Khatib) (37). Nella nuova formulazione viene, invece, data rilevanza alla mancanza di consenso da parte della vittima, anche in assenza di un elemento di costrizione; l'ipotesi si estende, dunque, anche alle condotte di svestizione e nudità forzata, prassi frequenti nei centri di detenzione siriani (38). Da ultimo, l'art. 609-bis.1 limita ulteriormente la fattispecie alle condotte commesse nei confronti di una donna. La specificazione, oltre che assente nei delitti

(31) Relazione al Codice dei crimini internazionali, par. 2, 3.3, 3.4.

(32) Elementi dei crimini, artt. 7(1)(g)(6), 8(2)(b)(xxii) da 1 a 6, (e)(vi) da 1 a 6.

(33) D. Brunelli - G. Mazzi, *Diritto penale militare*, IV ed., Milano, 2017, 511 ss.

(34) Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, Camera di appello, *Il Procuratore c. D. Tadić aka Dule*, Decisione sull'istanza della difesa per un appello interlocutorio sulla giurisdizione, 2 ottobre 1995, IT-94-1-AR 72, par. 60 ss.

(35) Si vedano, ad esempio, gli artt. 8-12 Codice tedesco dei crimini internazionali, 608-614 codice penale spagnolo.

(36) Bundesgesetzblatt Jahrgang 2024 Teil I Nr. 255, Gesetz zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts, 30 luglio 2024.

(37) Per un'analisi del procedimento *Al-Khatib* si rinvia a European Center for Constitutional and Human Rights, *Torture in Syria on Trial in Koblenz. A Documentation of the Al-Khatib Proceedings*, 2023.

(38) Sulle istanze di riforma della legge tedesca si veda T. Altunjan - L. Steinl, *Plädoyer für ein geschlechtergerechtes Völkerstrafgesetzbuch*, in *Verfassungsblog*, 17 luglio 2022.

ordinari di cui agli artt. 609-bis ss. c.p., era peraltro già superata dall'articolato della Commissione Palazzo-Pocar, incentrato sulla nozione di *persona* (artt. 17, 25-26 e 40). La scelta del legislatore italiano si pone, invero, in contrasto con le disposizioni e la prassi internazionali: il genere della persona offesa è, innanzitutto, assente nello Statuto di Roma e negli Elementi dei crimini. Anzi, nell'approccio "intersezionale" e "incentrato sulla vittima", già perseguito dalla precedente Procuratrice della Cpi e ora oggetto di una tutela ancora più avanzata, il carattere sessuale dell'offesa comprende le nozioni di orientamento sessuale e di identità ed espressione di genere, e si determina in relazione all'intento dell'agente ovvero alla percezione della vittima (39). Peraltro, la giurisprudenza della Cpi non si limita a estendere tali condotte a entrambi i sessi (40), ma ammette altresì la possibilità che la violenza sia commessa contro soggetti appartenenti allo stesso gruppo dell'agente (41). Si tratta di assunti ormai pacifici, come confermato dagli strumenti pattizi più recenti: nell'incriminazione delle forme di violenza sessuale, quali crimini di guerra e crimini contro l'umanità, la citata Convenzione di Lubiana-L'Aia non pone, ad esempio, alcun limite al genere della vittima (42).

### **L'introduzione di una ipotesi specifica di giurisdizione universale**

Il d.d.l. S. 1135 prevede, in secondo luogo, la punibilità secondo la legge italiana anche nell'ipotesi in cui il reato sia commesso all'estero da uno straniero, alla sola condizione della presenza di quest'ultimo nel territorio dello Stato (art. 609-bis.1, comma 4). La norma pare, quindi, aprire al principio di universalità, seppure nella forma c.d. condizionata. A differenza di quanto, ad esempio, previsto dall'art. 604 c.p. per i delitti contro la personalità individuale e per le ipotesi di violenza sessuale di cui agli artt. 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies e 609-

*undecies* c.p., la disposizione non impone il requisito della nazionalità italiana dell'autore del reato, del concorrente ovvero della vittima, né presuppone alcun limite edittale o condizione di procedibilità. La proposta in esame parrebbe rispondere, *prima facie*, alla tendenza dell'attuale legislatore a estendere la giurisdizione italiana in relazione a talune fattispecie ritenute particolarmente meritevoli di punizione, anche laddove commesse all'estero (43).

Se confrontata con la necessità di un intervento sistematico in materia di diritto penale internazionale, la clausola si presta, tuttavia, a considerazioni di segno critico, in quanto seleziona arbitrariamente un'unica ipotesi senza introdurre una disciplina organica della giurisdizione universale, in contrasto con l'attuale conformazione del sistema di giustizia penale internazionale (44). I crimini internazionali attengono, infatti, a una dimensione di offensività universale, che legittima l'intervento punitivo della comunità internazionale. Per tale ragione, si ritiene che gli Stati siano, quanto meno, facoltizzati all'esercizio della propria giurisdizione in senso universale, potendo così perseguire alcuni dei più gravi crimini indipendentemente dalla sussistenza dei tradizionali criteri di collegamento (territorio, cittadinanza attiva o passiva, interesse protetto). La giurisdizione universale è quindi prevista dalla maggioranza degli ordinamenti provvisti di una disciplina interna sui crimini internazionali, più frequentemente nella forma condizionata alla presenza del reo sul territorio nazionale. Questi Stati sono così in grado di perseguire i crimini internazionali commessi oltre i propri confini nazionali, con risultati particolarmente significativi in relazione a quelle situazioni caratterizzate da *impasse* a livello internazionale (45). L'analisi di tali procedimenti evidenzia come un'adesione effettiva al sistema di giustizia penale internazionale richieda l'estensione universale della giurisdizione domestica a tutti i crimini internazionali, condizione

(39) Si rinvia sul punto ai *policy papers* pubblicati dall'Ufficio del Procuratore della Cpi nel 2014 (*Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes*), 2022 (*Policy on the Crime of Gender Persecution*) e 2023 (*Policy on Gender-based Crimes*).

(40) Da ultimo, Cpi, Camera di appello, Situazione in Uganda, *Il Procuratore c. D. Ongwen*, Sentenza di appello, 15 dicembre 2022, ICC-02/04-01/15-2022-Red, par. 1025-1028; 1183-1185; 1223-1230; 1444-1591.

(41) Cpi, Camera Preliminare II, Situazione nella Repubblica Democratica del Congo, *Il Procuratore c. B. Ntaganda*, Conferma delle accuse, 14 giugno 2014, ICC-01/04-02/06-309 p. 78. Per una analisi del concetto di *intra-party protection* e delle sue implicazioni ai sensi del diritto internazionale umanitario si rinvia a C. Stahn, *A Critical Introduction to International Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, 82 ss.

(42) Convenzione di Lubiana-L'Aia, 26 maggio 2023, art. 5(2)(g).

(43) Il riferimento è, in particolare, all'estensione del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare alle ipotesi di morte o lesioni avvenute al di fuori dei confini nazionali (art. 12-bis, u.c., D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286), nonché alle modifiche introdotte all'art. 12, comma 6, L. 19 febbraio 2004, n. 40 dal d.d.l. n. S. 824 ("*Norme in materia di contrasto alla surrogazione di maternità*"), al momento in discussione.

(44) F. Jeßberger, *Universal Jurisdiction*, in A. Cassese *et al.* (a cura di), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, 2009, 555-558.

(45) TRIAL International, *Universal Jurisdiction Annual Review*, 2024. Particolarmente significativi sono i mandati di arresto recentemente emessi dalle autorità francesi nei confronti del presidente siriano Bashar al-Assad e di membri dei suoi servizi di *intelligence*, la cui legittimità è stata confermata dalla Corte d'Appello di Parigi il 26 giugno 2024.

peraltro stabilita dalla citata Convenzione di Lubiana-L'Aia (art. 8). Forte di tali considerazioni, la Commissione Palazzo-Pocar aveva assoggettato i crimini internazionali al principio di universalità, con la condizione della presenza dello straniero sul territorio nazionale e, per il solo crimine di aggressione, della richiesta del Ministro della giustizia (art. 3, comma 3) (46).

Sebbene improbabile alla luce dell'attuale panorama geopolitico internazionale, come osservato in questa *Rivista* (47), un intervento normativo in materia di crimini internazionali non potrebbe prescindere dall'adozione di una disposizione che consenta l'esercizio della giurisdizione interna oltre i già ampi criteri di extraterritorialità di cui agli artt. 7 ss. c.p. La considerazione appare ancora più significativa laddove si rammenti che i procedimenti italiani instaurati nei confronti di stranieri per le gravi violazioni perpetrate a danno di migranti e rifugiati in Libia, in astratto sussumibili nelle ipotesi di crimini contro l'umanità, comprendono frequentemente proprio imputazioni per reati a sfondo sessuale (48).

### **Le (verosimili) ragioni sottese all'estrapolazione della fattispecie da un intervento sistematico**

Le considerazioni sin qui svolte consentono di concludere che un intervento in materia di crimini internazionali presupponga l'adozione di una disciplina organica, che si inserisca in modo sistematico nell'ordinamento domestico. Al fine di adempiere alla riserva di legge in termini costituzionalmente orientati, la scelta della Commissione Palazzo-Pocar era quindi orientata all'adozione di un "corpus normativo topograficamente separato rispetto al codice penale", nel solco della maggior parte delle precedenti proposte (49). Il carattere di organicità della disciplina risultava, peraltro, conforme alla riserva di codice: l'art. 3-bis c.p. consente, infatti, l'introduzione di nuove fattispecie a condizione che siano "inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia". Al contrario, l'estrapolazione della fattispecie di cui al d.d.l. S. 1135 sconta, come ricordato, il mancato studio ragionato della disciplina, a favore dell'ennesimo intervento normativo frammentato ed

eterogeneo. Alcuni si sono chiesti quali siano, dunque, le motivazioni specifiche sottese alla proposta di introduzione specifica della fattispecie in esame nel codice penale, peraltro in assenza di notizie certe circa la sorte del codice che, sempre secondo quanto appreso dal comunicato del Consiglio dei ministri, avrebbe dovuto disciplinare quanto meno crimini di guerra e aggressione (50). È stato osservato come la celerità con la quale la Commissione Palazzo-Pocar era giunta alla elaborazione di un articolato completo sui crimini internazionali risultasse in parte determinata dalla necessità di consentire alle procure italiane di partecipare alla raccolta delle prove sui crimini internazionali commessi in Ucraina, al pari di altri Stati europei coinvolti nella cooperazione giudiziaria coordinata da Eurojust (51). Se si guarda alla proposta legislativa in esame, si è già evidenziato come i crimini di guerra dello stupro e della violenza sessuale, lungi dal costituire fenomeni tipici dei nuovi conflitti, destino da sempre grande attenzione e preoccupazione. Si può, quindi, immaginare che anche l'iniziativa di cui al d.d.l. S. 1135 sia stata occasionata dalla particolare risonanza delle notizie relative alla commissione di tali gravissime condotte nei conflitti attualmente in corso. In questo senso è encomiabile l'intenzione di intervenire sulla disciplina dei crimini di guerra, ampliandone le fattispecie alla condotta in esame. Non si comprendono, invece, le ragioni che impediscono di pervenire a un intervento complessivo in materia di crimini internazionali, a garanzia della tenuta del sistema, interno e internazionale.

### **Conclusioni**

Sebbene ampiamente criticabile quanto ai limiti intrinseci della fattispecie e ancor più all'assenza di un intervento ragionato e sistematico, la proposta legislativa in esame ha il merito di riaprire, quanto meno nelle intenzioni, la discussione parlamentare in materia di attuazione del diritto penale internazionale nell'ordinamento domestico. Un'ultima sollecitazione alla continuazione dei lavori sul Codice dei crimini internazionali è pervenuta al Ministro della Difesa in occasione del Plenum del Consiglio della magistratura militare il 10 settembre 2024, alla presenza della Prima Presidente della Corte di

(46) Dal comunicato stampa del 17 marzo 2023, sopra richiamato, si apprende l'intenzione del Consiglio dei ministri di perseguire "i crimini ovunque commessi, se l'autore si trova stabilmente in territorio dello Stato". V. *infra*, nt. 17.

(47) Palazzo, p. 156.

(48) *Ex multis*, le sentenze Corte d'Assise di Milano 10 ottobre 2017 (dep. 1° dicembre 2017), n. 10/2017; Corte d'Assise di Agrigento 13 febbraio 2015, n. 1/2015.

(49) Vallini, p. 91; Relazione al Codice dei crimini internazionali, p. 3 ss.

(50) Cfr. L. Baiada, *Crimini internazionali e "pinkwashing" all'italiana*, in *Terzogiornale*, 10 luglio 2024.

(51) A. Vallini, "Una sola moltitudine": le atrocità della guerra in Ucraina, la giustizia penale internazionale, la Commissione "Palazzo - Pocar" per un Codice dei Crimini Internazionali, in *Iceonline*, 2, 2022.

Cassazione e del Procuratore Generale Militare presso la medesima Corte (52). Come ricordato, il rapporto tra ordinamento italiano e giustizia penale internazionale si è sempre caratterizzato per battute d'arresto e percorsi tortuosi. Basti pensare alle note vicende, valse le condanne dell'Italia in sede sovranazionale, relative alla tardiva introduzione del delitto di tortura nella dibattuta fattispecie di cui all'art. 613-bis c.p., le cui proposte in senso abrogativo non risultano ancora sopite (53). Simili resistenze paiono caratterizzare anche l'annosa incorporazione dei crimini contro l'umanità, la cui adozione avrebbe ostacolato proprio l'approvazione del Codice dei crimini della Commissione Palazzo-Pocar (54). Limitandosi alla proposta in esame, si è evidenziato come la violenza sessuale costituisca un fenomeno dall'enorme diffusione non solo all'interno dei conflitti armati, non necessariamente internazionali, ma

altresì nel contesto di attacchi estesi e sistematici contro la popolazione civile. Nonostante le intenzioni della proposta, il legislatore dimentica, tuttavia, di incriminare le condotte in esame laddove attuate nelle situazioni non necessariamente belligeranti, ma integranti crimini contro l'umanità. In generale, l'ordinamento italiano si segnala sempre più come una eccezione nel sistema della giustizia penale internazionale, non in grado di fornire un contributo sostanziale alla cooperazione intra-nazionale in materia di crimini internazionali e, specialmente, di crimini contro l'umanità. Non si possono, dunque, che raccogliere le voci che da più parti invitano a superare l'inerzia legislativa e le resistenze ideologiche a favore di un vero ripensamento del posizionamento italiano nel panorama della giustizia penale internazionale, anche in considerazione dei conflitti che caratterizzano il presente.

(52) Ministero della Difesa, Portale della Giustizia Militare, *Il Ministro Crosetto al Consiglio della Magistratura Militare*, 10 settembre 2024: <https://portalegiustiziamilitare.difesa.it/Horizontal/News?url=/info-comunicazioni/Il-Ministro-Crosetto-al-Consiglio-della-Magistratura-Militare&id=11241>.

(53) C. Meloni, *La tortura tra diritto interno e obblighi internazionali di incriminazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2023, 751-757; F. Viganò, *La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di*

*tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2015; P. Lobba, *Punire la Tortura in Italia. Spunti Ricostruttivi a Cavallo Tra Diritti Umani e Diritto Penale Internazionale*, in *Dir. pen. cont.*, 10, 2017, 181-250.

(54) Vallini, p. 92; M. Capacci, *Italy sticks to its 20-year gap on international crimes*, in *JusticeInfo*, 17 aprile 2023.

Giustizia riparativa

# Il complicato innesto del paradigma riparativo nel sistema processuale penale tra ritardi organizzativi, nodi interpretativi e resistenze culturali

di Girolamo Daraio (\*)

La disciplina della giustizia riparativa, pur essendo ormai entrata formalmente in vigore nella sua interezza, stenta a decollare sul piano operativo, per il notevole ritardo nella messa a punto della macchina organizzativa che dovrà sostenere i servizi e la loro operatività. Peraltro, a distanza di due anni ormai dal varo della riforma, restano irrisolte diverse questioni interpretative e non superate talune perplessità, anche di ordine costituzionale, affiorate con riguardo ad aspetti non secondari della disciplina organica espressa nel D.Lgs. n. 150/2022. Discutibili approdi giurisprudenziali hanno poi messo in luce l'esistenza di uno scoglio culturale che origina da una concezione ormai anacronistica della giustizia penale e che impedisce di coglierne il rinnovato orizzonte finalistico, come venuto a delinearsi per effetto della introduzione del paradigma riparativo nel nostro ordinamento giuridico. *The discipline of restorative justice, although it has already formally entered into force in its entirety, is having difficulty to take off operationally, because of the considerable delay in the development of the organizational machine which will support the services and their operation. Moreover, several questions of interpretation of the organic discipline expressed D.Lgs. n. 150/2022 remain unresolved. Lastly, some questionable sentences of The Supreme Court have highlighted the existence of cultural barriers which prevent from grasping the new horizons of criminal justice, as a result of the introduction of the reparative paradigm in our legal system.*

## Introduzione

Il paradigma riparativo, affacciatosi già alcuni lustri fa, in via informale e sperimentale, sulla giustizia penale "minore" - quella nei confronti dei minori di età e quella resa dal giudice di pace - ha fatto ingresso, negli

ultimi tempi, pure nella giustizia penale "maggiore", ricevendo organica regolamentazione dal D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (1), che ne ha tracciato l'identikit e ne ha disciplinato il concreto impiego nel procedimento penale e nella fase esecutiva della pena (2).

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

(1) Attuativo della L. 27 settembre 2021, n. 134.

(2) Nell'ambito del D.Lgs. n. 150/2022 (ribattezzato "riforma Cartabia" in omaggio al nome dell'allora Ministra Guardasigilli, ispiratrice dell'intervento novellistico), la regolamentazione della giustizia riparativa è racchiusa nel Titolo IV, composto di 26 articoli (dal 42 al 67), cui però vanno aggiunte ulteriori specifiche previsioni, innestate nel tessuto del codice penale e del codice di procedura penale, nella legge penitenziaria e in altre leggi speciali, volte a raccordare il neocostituito sistema di giustizia riparativa con

il sistema penale nel suo complesso, comprensivo del diritto penale sostanziale e processuale e del diritto penitenziario. Sulla riforma della giustizia riparativa la letteratura è ormai così vasta da non poter essere richiamata in una nota, seppur ampia, senza incresciose omissioni. Tra le opere più recenti, cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, V. Bonini (a cura di), *La giustizia riparativa (d.lgs. n. 150/2022 - d.lgs. n. 31/2024)*, Torino, 2024; M. Bouchard - F. Fiorentin, *La giustizia riparativa*, Milano, 2024; A. Ceretti - G. Mannozi - C. Mazzucato (a cura di), *La disciplina organica della giustizia riparativa*, in G.L. Gatta - M. Gialuz, *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale*, IV, Torino, 2024.

# Opinioni

## Processo penale

È opinione alquanto diffusa che la riforma in tema di giustizia riparativa (individuata frequentemente con l'anglicismo *restorative justice*), già elusa in sede attuativa della L. delega n. 103/2017 (c.d. Legge Orlando) (3), sia stata riportata al centro dell'agenda politica nazionale e finalmente varata, non solo e non tanto per la necessità di avvicinare ulteriormente il nostro ordinamento giuridico agli standard europei in materia di tutela delle vittime di reato (4), quanto per l'esigenza di rispettare i vincoli europei legati al c.d. *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* (5).

Del resto sono gli stessi *conditores* della riforma Cartabia a rimarcare come il filo rosso che attraversa tutti gli interventi normativi prefigurati dalla L. n. 134/2021 ed attuati dal D.Lgs. n. 150/2022 (6) vada individuato nella "efficienza del processo e della giustizia penale, in vista della piena attuazione dei principi costituzionali, convenzionali e dell'U.E. nonché del raggiungimento degli obiettivi del P.N. R.R., che prevedono entro il 2026 la riduzione del 25% della durata media del processo penale nei tre gradi di giudizio" (7).

Determinante, insomma, ai fini della scelta di addvenire ad una regolamentazione organica della giustizia riparativa, sembra essere stata la considerazione relativa alle potenziali ricadute positive, in termini di recupero di efficienza del sistema penale nel suo complesso (8), derivanti dall'utilizzazione degli strumenti della *restorative justice* sia nell'ambito del procedimento penale di cognizione sia in fase di esecuzione della pena.

Facilmente intuibili le aspettative del riformatore: l'innesto di percorsi di giustizia riparativa all'interno della fase della cognizione penale potrebbe contribuire al decongestionamento del carico penale degli uffici giudiziari; il ricorso alla giustizia riparativa *in executivis* potrebbe, invece, favorire la riduzione del rischio di recidivanza (e dell'allarme sociale che a questo, normalmente, si accompagna) nonché produrre benéfici effetti sul piano del contenimento della popolazione carceraria entro livelli di gestibilità.

E tuttavia, per quanto concerne l'aspirazione a conseguire una deflazione del carico processuale penale, crediamo che le soluzioni normative adottate in punto di incidenza dei percorsi riparativi sugli sviluppi e sugli esiti della fase di cognizione si prestino a soddisfarla in minima parte. Avremo modo in prosieguo di argomentare l'assunto.

Comunque sia, è ancora presto per valutare se l'intervenuta "codificazione", nel nostro Paese, della giustizia riparativa, determinerà un'effettiva implementazione dell'arsenale di risposte dell'ordinamento a un ipotizzato/accertato illecito penale, arricchendolo di nuove modalità di gestione dei conflitti correlati ai reati, espressive di un diverso e più pregnante senso di umanità rispetto al tradizionale orizzonte punitivo.

Intanto, perché la disciplina della giustizia riparativa, pur essendo ormai entrata formalmente in vigore nella sua interezza (9), stenta a decollare sul piano operativo, dal momento che il processo di creazione

(3) Il riferimento è allo schema di D.Lgs. - l'A.G. n. 29 del 2018 - approvato dal Consiglio dei ministri - in recepimento della bozza predisposta dalla Commissione Cascini - e poi bocciato dal Parlamento, nel frattempo rinnovatosi.

(4) Attuando, finalmente, le disposizioni della Dir. 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012, recante "Norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato", che impegnavano gli Stati membri a creare, all'interno dei rispettivi ordinamenti, le condizioni perché le vittime di reato potessero giovare di "servizi di giustizia riparativa sicuri e competenti". Sulla direttiva *de qua* e sul D.Lgs. n. 212/2015 con cui è stata recepita nel nostro Paese, cfr., per tutti, M. Bouchard, *La direttiva 2012/29/UE e il suo concreto recepimento in Italia. Buone pratiche, lacune, problemi*, in P. Felicioni - A. Sanna (a cura di), *Contrasto a violenza e discriminazione di genere. Tutela della vittima e repressione dei reati*, Milano, 2019, 239 ss.; G. Rossi, *La direttiva 2012/29/UE: vittima e giustizia riparativa nell'ordinamento penitenziario*, in *Arch. pen.*, 2, 2015 (on line).

(5) P.N.R.R. che, com'è noto, ingloba un innovativo ed ambizioso progetto di rilancio del settore della giustizia (civile e penale) mediante l'impiego di risorse economiche (c.d. fondi *Next Generation EU*, meglio noti in Italia con i nomi informali di *Recovery Fund* o *Recovery Plan*) stanziati dall'Unione europea per sostenere gli Stati membri colpiti dalla pandemia Covid-19.

(6) Consistiti in un complesso di modifiche all'impianto sanzionatorio del codice penale, in una consistente e significativa rivisitazione delle regole che presiedono allo svolgimento del

procedimento penale e nell'introduzione, appunto, di una disciplina organica in materia di giustizia riparativa. Per una valutazione approfondita dell'intero impianto del D.Lgs. n. 150/2022, cfr., nell'ambito di una ormai fittissima letteratura, i contributi raccolti nei seguenti volumi collettanei: A. Bassi - C. Parodi (a cura di), *La riforma del sistema penale. Commento al D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (c.d. riforma Cartabia), in attuazione della legge delega 27 settembre 2021, n. 134*, Milano, 2022; D. Castronuovo - M. Donini - E.M. Mancuso - G. Varraso (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Milano, 2023; A. Menghini - E. Mattevi (a cura di), *La riforma Cartabia tra non punibilità e nuove risposte sanzionatorie*, Napoli, 2023; G. Spangher (a cura di), *La riforma Cartabia. Codice penale - Codice di procedura penale - Giustizia riparativa*, Pisa, 2022.

(7) Così la *Relazione illustrativa al D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 150*, in *G.U.*, 19 ottobre 2022, suppl. straordinario n. 5, 182.

(8) Attraversato, da tempo, da una crisi profonda, che, come rimarcato da S. Tigano, *Giustizia riparativa e mediazione penale*, in *Rass. penit. crimin.*, 2006, 25, pervade "tutta la 'macchina' giudiziaria, non soltanto la fase di accertamento della responsabilità, ma anche, in egual misura, la fase di applicazione della pena e la stessa struttura del sistema sanzionatorio".

(9) Giova ricordare che l'entrata in vigore della riforma Cartabia (originariamente prevista per il 1° novembre 2022, ma posticipata al 30 dicembre 2022 dal D.L. n. 162/2022), non era valsa a rendere immediatamente operativa la disciplina della giustizia riparativa di cui al titolo IV del decreto delegato. In considerazione, infatti, dei

ed attivazione delle nuove entità giuridiche contemplate dal decreto di riforma, quali “opere complementari” indispensabili al funzionamento del sistema di *restorative justice* di nuovo conio (10), non può dirsi ancora terminato.

Inoltre, perché, a distanza di due anni ormai dal varo della riforma Cartabia, restano irrisolte diverse questioni interpretative e non superate talune perplessità, anche di ordine costituzionale, affiorate con riguardo ad aspetti non secondari della disciplina organica della giustizia riparativa, che potrebbero determinare significativi aggiustamenti del modello prefigurato dal legislatore del 2022, prima ancora che lo stesso entri a regime.

Infine, *last but not least*, perché le ragioni ispiratrici del paradigma riparativo, benché da tempo declinate in sperimentazioni virtuose fiorite sul territorio nazionale, tardano a mettere radici nella coscienza politica e civile del Paese; frapponendosi a ciò sia una diffusa quanto distorta percezione della *restorative justice* quale meccanismo improntato a malintese logiche clemenziali e perdonistiche, sia, e soprattutto, uno scoglio culturale - emerso con evidenza nell'incipiente prassi applicativa della riforma - che origina da una concezione ormai anacronistica della giustizia penale e che impedisce di coglierne il rinnovato orizzonte finalistico, come venuto a delinearsi per effetto della introduzione del paradigma riparativo nel nostro ordinamento giuridico.

tempi necessari per la ricognizione delle risorse disponibili e per la costituzione dell'articolata rete di organismi e strutture prefigurata nello stesso provvedimento di riforma, indispensabili per il concreto funzionamento dei servizi di giustizia riparativa, il D.L. n. 162/2022, intervenendo sul regime transitorio, aveva congelato fino al 30 giugno 2023 tutte le disposizioni del D.Lgs. n. 150/2022 volte a riaccordare la disciplina della giustizia riparativa espressa negli artt. 42 ss. con il sistema processuale penale e con quello penitenziario. In argomento, cfr., per tutti, F. Fiorentin, *In avanti verso la giustizia riparativa: al 30 giugno via libera sulle regole*, in *Guida dir.*, 2, 2023, 34 ss. e 92 ss.

(10) Si tratta della “Conferenza nazionale per la giustizia riparativa”, attraverso cui il Ministero della giustizia - in applicazione dell'art. 61, D.Lgs. n. 150/2022 - dovrà provvedere al coordinamento nazionale dei servizi per la giustizia riparativa, esercitando le funzioni di programmazione delle risorse, di proposta dei livelli essenziali delle prestazioni e di monitoraggio dei servizi erogati; delle “Conferenze locali per la giustizia riparativa” (una per ciascun distretto di corte di appello), deputate ad individuare, nell'ambito territoriale di competenza, previa ricognizione delle esperienze di giustizia riparativa in atto, uno o più enti locali cui affidare l'istituzione e la gestione dei “Centri per la giustizia riparativa”, ossia - secondo la definizione offerta dall'art. 42, comma 1, lett. g), D.Lgs. n. 150/2022 - le strutture pubbliche cui competeranno le attività necessarie all'organizzazione, gestione, erogazione e svolgimento dei programmi di giustizia riparativa (artt. 63 e 64, D.Lgs. n. 150/2022); strutture che, per poter operare ed assicurare, nello svolgimento dei servizi, i “livelli essenziali e uniformi delle

## Lentezze e inadempienze nella messa a punto della macchina organizzativa necessaria per il funzionamento dei servizi di giustizia riparativa

Sul versante organizzativo, va preso atto che, allo stato, non esistono Centri per la giustizia riparativa istituiti in conformità alle disposizioni degli artt. 63-64, D.Lgs. n. 150/2022 o, se preesistenti all'entrata in vigore della riforma Cartabia, “verificati” a norma dell'art. 92, commi 1 e 2, dello stesso decreto, i soli abilitati ad erogare programmi di giustizia riparativa secondo le regole, con le garanzie e con gli effetti previsti dagli artt. 53-58 del provvedimento delegato. Ciò, in quanto, solo di recente è stata raggiunta, in seno alla Conferenza unificata (11), l'intesa sui livelli essenziali e uniformi delle prestazioni che i Centri dovranno assicurare nello svolgimento dei servizi di giustizia riparativa, giusta il disposto dell'art. 64, comma 1, D.Lgs. n. 150/2022 (12); mentre, è appena iniziata la ricognizione, ad opera delle singole Conferenze locali (riunitesi, a tal uopo, il 19 settembre 2024), delle esperienze di giustizia riparativa in atto nel distretto di competenza: “mappatura” propedeutica sia alla individuazione - da parte delle stesse Conferenze locali - degli enti locali cui affidare - mediante stipula di protocolli d'intesa - l'istituzione e la gestione dei Centri per la giustizia riparativa (art. 63, comma 5) (13), sia alla redazione di un “elenco” di strutture, per così dire “verificate”, dal quale, ai sensi dell'art. 92, comma 2, gli enti locali possano attingere

prestazioni dei servizi per la giustizia riparativa” (la cui individuazione è di spettanza della Conferenza unificata di cui all'art. 8, D.Lgs. n. 281/1997), dovranno avvalersi di personale in possesso della qualifica di “Mediatore esperto in programmi di giustizia riparativa”, messo a disposizione dall'ente di riferimento o reperito mediante la stipula di contratti di appalto ai sensi degli artt. 140 ss., D.Lgs. n. 50/2016 o la sottoscrizione con enti del terzo settore, individuati mediante procedura selettiva, di una convenzione ai sensi degli artt. 55 e 56, D.Lgs. n. 117/2017 (art. 64, D.Lgs. n. 150/2022).

(11) Organismo in cui confluiscono, ai sensi dell'art. 8, comma 1, D.Lgs. n. 281/1997, i membri della Conferenza Stato-città ed autonomie locali e quelli della Conferenza Stato-regioni.

(12) Intesa assunta - in recepimento della proposta elaborata dalla Conferenza nazionale per la giustizia riparativa in data 9 febbraio 2024 - nella seduta straordinaria del 4 luglio 2024: cfr. “Intesa, ai sensi dell'articolo 62 del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, sui livelli essenziali e uniformi delle prestazioni dei servizi per la giustizia riparativa” (Repertorio atti n. 81/CU del 4 luglio 2024), in [www.statoregioni.it](http://www.statoregioni.it).

(13) Si legge nella *Relazione illustrativa*, cit., 563, che “l'estrema varietà delle esperienze esistenti di giustizia riparativa, ora in capo ai comuni, ora in capo a province, ora promosse mediante leggi regionali” ha sconsigliato di “individuare direttamente, tramite il decreto legislativo, gli enti locali preposti alla istituzione dei centri”, inducendo ad “affidare ad un organo *ad hoc* - la Conferenza locale per la giustizia riparativa - il compito di provvedere in tal senso”.

## Opinioni

# Processo penale

per la prima apertura dei Centri che sono deputati ad ospitare. Chiara la ragion d'essere di quest'ultima previsione (di natura "transitoria"): si tratta di assicurare, nelle more della messa a sistema della giustizia riparativa in materia penale, il reperimento di mediatori, valorizzando il patrimonio di esperienza già esistente nel territorio nazionale (14), sul presupposto (15) che si sia sviluppato in conformità agli *standard* internazionali ed europei e sia perciò allineato, in larga parte, alla disciplina organica della giustizia riparativa contenuta nel D.Lgs. n. 150/2022 (16).

Ciò, in via transitoria. Allorché, infatti, la riforma andrà a regime, i Centri per la giustizia riparativa potranno avvalersi solo di "mediatori" accreditati presso il Ministero della giustizia (17); accreditamento che presuppone la sussistenza dei requisiti indicati negli artt. 59-60 del decreto delegato: occorre cioè possedere un titolo di studio non inferiore alla laurea ed avere acquisito la qualifica di "mediatore esperto in programmi di giustizia riparativa", superando una prova teorico-pratica all'esito di un percorso formativo istituito presso le Università, in collaborazione paritetica con i Centri per la giustizia riparativa, e regolamentato, dettagliatamente, da disposizioni di rango secondario (18). Ottenuta la qualifica, occorre poi essere inseriti in un apposito "elenco" ministeriale contenente, appunto, i

nominativi dei mediatori esperti abilitati alla conduzione dei programmi di giustizia riparativa (19).

Orbene, finché non si procederà alla costituzione dei Centri per la giustizia riparativa non potrà prendere avvio l'attività formativa teorico-pratica richiesta per il conseguimento della qualifica di "mediatore esperto", avendo essa carattere "unitario", esigendo cioè il concorso sia delle Università (cui compete la formazione teorica), sia dei Centri di giustizia riparativa, cui spetta assicurare la formazione pratica, tramite propri mediatori esperti formatori (20).

Allo stato, dunque, si registra un forte ritardo sul piano "infrastrutturale", posto che sia la ricognizione delle esperienze di giustizia riparativa in atto sia la costituzione dei Centri per la giustizia riparativa previsti dalla riforma attendono ancora di essere concretizzate, nonostante il disposto dell'art. 92, D.Lgs. n. 150/2022 ne imponesse il compimento entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del decreto delegato (quindi, entro il 30 giugno 2023) e benché tale termine sia stato successivamente differito di un anno dall'art. 27, D.L. 2 marzo 2024, n. 19, conv. con modif., dalla L. 29 aprile 2024, n. 56, che, intervenendo sull'art. 92, D.Lgs. n. 150/2022, ha concesso alle Conferenze locali per la giustizia riparativa ulteriore tempo (sostanzialmente, fino al 30 giugno 2024) per l'ultimazione delle architetture organizzative necessarie al decollo della riforma.

(14) È noto come nel nostro Paese, negli ultimi venticinque anni, pur in carenza di una normativa espressa, siano state effettuate significative sperimentazioni del paradigma riparativo - inizialmente confinate alla sfera della cognizione penale (prevalentemente nel settore minorile) e gradualmente estese all'ambito di esecuzione della pena - promosse grazie alla "buona volontà di pochi appassionati" e affidate, quanto alla loro realizzazione, all'"impegno dei volontari e del privato sociale", o alla "lungimiranza di qualche sindaco, assessore, dirigente ministeriale o presidente di tribunale" (in questi termini, C. Mazzucato, *Ostacoli e "pietre di inciampo" nel cammino attuale della giustizia riparativa in Italia*, in G. Mannozi - G.A. Lodigiani (a cura di), *La giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015, 123). Circa gli spazi concessi dall'ordinamento giuridico italiano, anteriormente al varo della riforma Cartabia, alla declinazione del paradigma riparativo tanto nel contesto della giurisdizione penale di cognizione quanto nella fase dell'esecuzione penale, cfr., volendo, G. Daraio, *Giustizia riparativa ante e post iudicatum*, in P. Balducci - A. Macrillò (a cura di), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, 2020, 857 ss.

(15) Chiaramente rimarcato nella *Relazione illustrativa*, cit., 569.

(16) Precisamente, il citato art. 92, comma 2, per un verso, circoscrive il "censimento valutativo" delle realtà attive di giustizia riparativa ai soggetti pubblici o privati specializzati che, da almeno un quinquennio (rispetto alla data del 31 dicembre 2023), erogano servizi di giustizia riparativa in materia penale, sulla base di convenzione con il Ministero della giustizia o in virtù di protocolli di intesa con gli uffici giudiziari o altri soggetti pubblici; per altro verso, subordina l'accreditamento delle strutture (uffici, centri, sportelli, ecc.) già radicate sui territori alla previa valutazione della "coerenza" delle prestazioni fornite e dei requisiti degli operatori,

secondo gli standard indicati negli artt. 42, 64 e 93, D.Lgs. n. 150/2022.

(17) Cfr. l'art. 64, D.Lgs. n. 150/2022, ove si afferma, perentoriamente, che i Centri per la giustizia riparativa, sia che si avvalgano di mediatori dell'ente locale di riferimento sia che incarichino mediatori messi a disposizione da enti del terzo settore, potranno designare per lo svolgimento dei programmi di giustizia riparativa solo personale in possesso della "qualifica di mediatore esperto" ed il cui nominativo sia inserito nell'"elenco di cui all'articolo 60, comma 2".

(18) Indicazioni minimali sui contenuti della formazione finalizzata al conseguimento della qualifica *de qua* sono presenti già nel D.Lgs. n. 150/2022, all'art. 59. Il percorso formativo è stato poi dettagliatamente regolamentato da un apposito decreto del Ministro della giustizia, adottato in data 9 giugno 2023 (in *G.U.*, 5 luglio 2023, n. 155), che ha altresì stabilito le modalità di svolgimento e valutazione della prova di ammissione alla formazione e della prova conclusiva della stessa.

(19) La "istituzione presso il Ministero della giustizia dell'elenco dei mediatori esperti in giustizia riparativa" è stata disposta con decreto D.M. 9 giugno 2023 (in *G.U.*, 5 luglio 2023, n. 155), regolamentante altresì i "requisiti per l'iscrizione e la cancellazione dall'elenco", il "contributo per l'iscrizione allo stesso", le "cause di incompatibilità", l'"attribuzione della qualificazione di formatore" e le "modalità di revisione e vigilanza sull'elenco"; nel decreto è indicata anche la "data a decorrere dalla quale la partecipazione all'attività di formazione costituisce requisito obbligatorio per l'esercizio dell'attività".

(20) Sul tema, cfr., per tutti, M. Bouchard - F. Fiorentin, *La giustizia riparativa*, cit., 283 ss.; F. Brunelli, *Il mediatore: ruolo, doveri, formazione*, in V. Bonini (a cura di), *La giustizia riparativa*, cit., 140 ss.

Peraltro, le notevoli difficoltà incontrate nella costruzione dell'articolata "rete infrastrutturale" che rende possibile la prestazione dei servizi di giustizia riparativa e, ancor prima, la formazione degli aspiranti mediatori, e la conseguente presa d'atto che il percorso formativo alla base della procedura di accreditamento dei nuovi "mediatori" presso il Ministero della giustizia sarà complesso e lungo (21), ha indotto il legislatore ad intervenire - con il citato art. 27, D.L. n. 19/2024 - anche sul regime transitorio di cui all'art. 93, D.Lgs. n. 150/2022, differendo al 30 giugno 2024 la data ultima per l'iscrizione "di diritto" - senza, cioè, la previa partecipazione all'attività di formazione di cui all'art. 59 del decreto delegato - nell'elenco dei mediatori esperti, da parte di soggetti in possesso di determinati requisiti formativi ed esperienziali (22).

In definitiva, vi sono ancora dei passaggi fondamentali da compiere, sul piano tecnico-organizzativo ma anche più prettamente politico-amministrativo, da parte del Governo, delle Regioni e delle autonomie locali interessate, perché l'articolato sistema di giustizia riparativa congegnato dalla riforma Cartabia possa cominciare a funzionare e a dispiegare i suoi effetti nel complesso e problematico mondo della penalità, rivelatosi, non da ora, incapace di ricucire i fili della dignità negata con il crimine e di ristabilire i legami sociali da questo infranti.

Nel frattempo, le Università stanno organizzando i primi corsi di formazione in materia di giustizia riparativa, variamente denominandoli ed offrendo ai partecipanti certificazioni/attestazioni conclusive di dubbia spendibilità ai fini dell'accREDITAMENTO presso il Ministero della giustizia quali "mediatori esperti in

programmi di giustizia riparativa", poiché rilasciate sulla base di percorsi formativi strutturati autonomamente dal Dipartimento universitario o definiti di concerto con Centri per la giustizia riparativa non aventi i requisiti formali richiesti dal decreto delegato.

Peraltro, in varie realtà territoriali del Paese, sono in lavorazione, presso organismi di mediazione penale esistenti ed operanti già prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 150/2022 (23), diverse decine di casi, sulla base di accordi e protocolli d'intesa con uffici giudiziari ed enti locali, e tanti altri potrebbero essere inviati loro dall'autorità giudiziaria se non vi fosse incertezza sulla legittimazione ad operare dei centri e mediatori non ancora accreditati in base alle disposizioni della riforma. A fronte, infatti, di provvedimenti giudiziari che hanno disposto l'invio degli interessati ad organismi di mediazione pre-riforma Cartabia, sul presupposto della loro persistente legittimazione ad erogare servizi di giustizia riparativa o, comunque, sulla scorta di intese raggiunte tra tribunali, enti territoriali ed organismi di mediazione, per riconoscere come adeguati i mediatori operanti presso questi ultimi (24), vi sono state decisioni giudiziarie che hanno respinto - o comunque dichiarato il "non luogo a provvedere allo stato" su - richieste di accesso alla giustizia riparativa, adducendo l'inesistenza, al momento della pronuncia, di centri riconosciuti ed aventi le caratteristiche normativamente previste dal D.Lgs. n. 150/2022 nonché di mediatori abilitati inseriti nell'elenco dei mediatori esperti di cui all'art. 60 del decreto (25). Certo è che la tendenza, affacciata in alcune regioni del Paese, a fronteggiare il vuoto operativo determinato

(21) F. Brunelli, *Il mediatore*, cit., 145, presume che occorreranno "almeno due anni" per poterlo completare.

(22) Iscrizione "facilitata" resasi necessaria per consentire il primo popolamento di detto elenco, ma che, di fatto, è risultata poco attrattiva, considerato il numero estremamente esiguo di domande di iscrizione pervenute al Ministero della giustizia; iscrizioni frenate, probabilmente, anche da alcune previsioni, ritenute ingiustamente limitanti, contenute nel citato D.M. 9 giugno 2023, in tema di requisiti soggettivi per l'inserimento nell'elenco, di cause di incompatibilità con l'esercizio dell'attività di mediazione e di termine per la presentazione della domanda di iscrizione all'elenco, previsioni opportunamente corrette con successivo decreto, adottato dal Ministero della Giustizia in data 15 dicembre 2023 (in *G.U.*, 15 gennaio 2023, n. 11). In argomento, cfr. N. Irti, *Si alla presentazione delle domande dopo il varo del modello rettificato*, in *Guida dir.*, 8, 2024, 31 ss.

(23) I quali, rilevano M. Bouchard - F. Fiorentin, *La giustizia riparativa*, cit., 263, "hanno garantito, lungo tutta la penisola e le isole, la formazione e la sensibilizzazione di diverse centinaia di operatori, spesso organizzati attraverso associazioni e cooperative", le cui esperienze ora attendono di "essere messe a sistema".

(24) Cfr., tra le altre, Corte d'Assise Busto Arsizio 19 settembre 2023, ord., in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 19 ottobre 2023, con nota di

P. Maggio - F. Parisi, *Giustizia riparativa con vittima "surrogata" o "aspecifica": il caso Maltesi-Fontana continua a far discutere*; Corte d'Assise Monza 8 novembre 2023, ord., in *Jus*, 8 febbraio 2024, con nota di F. Fiorentin, *Ancora una pronuncia favorevole ai programmi riparativi con vittima "aspecifica"*.

(25) Cfr., tra le altre, Trib. Genova, Sez. I, 21 novembre 2023, ord., in *Giurisprudenza Penale Web*, 1, 2024, con nota di V. Alberta, *Giustizia riparativa: niente da salvare?*, che, nel respingere la richiesta dell'imputato di accesso ad un programma di giustizia riparativa, ha escluso la possibilità di fare riferimento ad organismi di mediazione già esistenti sul territorio, trattandosi di eventualità "non prevista da alcuna norma" ma contemplata da "protocolli" - laddove siano stipulati - "della cui rispondenza al dettato normativo si ha ragione di dubitare"; Trib. Latina 15 aprile 2024, ord., in <https://terzultimafermata.blog>, 21 giugno 2024, con nota di V. Giglio - R. Radi, *Giustizia riparativa negata nel distretto giudiziario di Roma: i tanti responsabili del disastro e il rimpallo delle "valutazioni di competenza"*; Trib. Roma, Sez. I, 18 aprile 2024, ord., e Trib. Roma, Sez. G.I.P., 25 ottobre 2023, ord., menzionate da G. Mazza - R. Radi, *Giustizia riparativa: funzionante a Milano e Bologna, disapplicata a Roma per mancanza di centri e di mediatori*, in <https://terzultimafermata.blog>, 29 maggio 2024.

# Opinioni

## Processo penale

dal mancato completamento dell'assetto organizzativo dei servizi di giustizia riparativa con il ricorso a protocolli *ad hoc* di anticipazione degli istituendi servizi (26) è stata subito disincentivata a livello ministeriale (27).

Comunque sia, resta incerta la valutabilità in sede processuale penale (in termini di quantificazione e mitigazione del trattamento sanzionatorio o di estinzione del reato per remissione tacita di querela) e in sede esecutiva (in termini di facilitazione dell'accesso alle misure extramurarie) di percorsi riparativi andati a buon fine, allorché gestiti da taluno degli organismi di mediazione preesistenti alla riforma del 2022.

Ma, al di là del consistente ritardo nella messa a punto della macchina organizzativa che dovrà sostenere i servizi e la loro operatività, non va sottaciuto che la regolamentazione organica della giustizia riparativa, come configurata nel D.Lgs. n. 150/2022, pur ricevendo, nel suo complesso, da parte degli studiosi e degli operatori del diritto, accoglienza per lo più positiva, ha fatto registrare, sotto alcuni profili, anche una certa insofferenza - se non una vera e propria ostilità - per presunte antinomie con alcuni principi costituzionali che sono alla base del sistema di giustizia penale classico. Le polemiche hanno investito, soprattutto, le disposizioni di raccordo che regolano l'invio dei casi ai centri di giustizia riparativa e la valutazione dell'autorità giudiziaria, per le determinazioni di competenza, della partecipazione ai programmi e dei loro esiti. Gli approcci critici sono stati coltivati per lo più dall'angolo visuale dell'indagato-imputato (con riguardo ad asseriti *vulnera* alla presunzione di non colpevolezza, al diritto di difesa e alla funzione cognitiva del processo penale) o della persona condannata (relativamente alla presunta incompatibilità del paradigma riparativo con il finalismo rieducativo della pena); ma non sono mancate censure alla riforma avanzate dalla prospettiva della vittima del reato, in special modo con riguardo alla prevista possibilità di svolgimento di un percorso di giustizia riparativa con vittima aspecifica (o surrogata).

Per poter inquadrare adeguatamente le principali questioni teoriche e applicative finora impostesi all'attenzione della dottrina e della giurisprudenza, pare opportuno volgere uno sguardo d'insieme alla disciplina organica della giustizia riparativa introdotta con la riforma Cartabia, evidenziandone i canoni fondanti; con l'indispensabile premessa che, avendo ormai la *restorative justice*, nel nostro Paese, un volto "codificato", si cercherà di individuarne i tratti fisionomici alla luce delle coordinate giuridiche fornite dal legislatore, rifuggendo da posizioni preconcepite e da astrazioni concettuali che, per essere avulse dalla realtà normativa, avrebbero il peso di mere esercitazioni dogmatiche.

### **Gli elementi distintivi e qualificanti del sistema di *restorative justice* delineato dal D.Lgs. n. 150/2022**

#### ***Oggetto e finalità dei percorsi riparativi***

La ricognizione degli elementi (o caratteri) fisionomici dell'inedito modello di giustizia introdotto con la Riforma Cartabia non può che partire dalla definizione concettuale di "giustizia riparativa" espressa nell'art. 42, comma 1, lett. a), D.Lgs. n. 150/2022. Tale disposizione, infatti, ispirandosi a definizioni presenti nelle fonti internazionali ed europee (28), identifica la giustizia riparativa con "ogni programma che consente alla vittima del reato, alla persona indicata come autore dell'offesa e ad altri soggetti appartenenti alla comunità di partecipare liberamente, in modo consensuale, attivo e volontario, alla risoluzione delle questioni derivanti dal reato, con l'aiuto di un terzo imparziale, adeguatamente formato, denominato mediatore".

Trattasi di definizione, all'evidenza, affetta da un certo grado di indeterminatezza, quanto ad inquadramento dell'oggetto dell'esperienza riparativa, attesa la genericità del riferimento alle "questioni derivanti dal reato" che la partecipazione ai programmi di giustizia riparativa - come individuati nell'art. 53 del D.Lgs. - tenderebbe a risolvere. Di quali questioni si tratta? Delle stesse oggetto di delibazione giudiziale

(26) Cfr. lo *Schema operativo per l'applicazione degli istituti della giustizia riparativa*, elaborato da un gruppo di magistrati e avvocati del Distretto di Corte d'Appello di Milano, disponibile sul sito del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Milano, all'indirizzo [www.ordineavvocatimilano.it](http://www.ordineavvocatimilano.it).

(27) Lo rileva P. Maggio, *Le valutazioni da parte dell'autorità giudiziaria*, in V. Bonini (a cura di), *La giustizia riparativa*, cit., 192, che cita la circ. Ministero di Giustizia 7 dicembre 2023, la quale - disattendendo una precedente lettera circ. n. 6 del 31 agosto 2023 del Dipartimento per la giustizia minorile e di comunità, che sembrava incoraggiare *medio tempore* la continuazione delle

prassi precedenti - ha vietato l'adesione a protocolli e linee operative volte ad anticipare l'avvio dei Centri di giustizia riparativa e delle strutture individuate dall'art. 63, D.Lgs. n. 150/2022.

(28) Cfr., in particolare, quelle enunciate nell'art. 2, par. 1, lett. d), Dir. 2012/29/UE e nel par. II.3 dell'appendice alla Raccomandazione CM/Rec(2018)8 sulla giustizia riparativa in materia penale, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa in data 3 ottobre 2018. In argomento, cfr., per tutti, M. Bouchard - F. Fiorentin, *La giustizia riparativa*, cit., 148 ss.; E. Mattevi, *La giustizia riparativa nelle fonti sovranazionali: uno sguardo d'insieme*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 24 novembre 2023.

nel processo di cognizione, vale a dire la *quaestio facti* e la *quaestio iuris* che, ai sensi dell'art. 527 c.p.p., l'organo decidente pone in decisione in vista dell'affermazione o dell'esclusione della responsabilità penale dell'imputato per il fatto descritto nell'imputazione? Certamente no! Se così fosse, infatti, la giustizia riparativa si sovrapporrebbe al processo penale, atteggiandosi, magari, rispetto all'ordinario *modus procedendi*, come rito speciale basato su una cognizione sommaria o semplificata della regiudicanda.

Ma, così non è, per diverse ragioni.

Intanto, perché, secondo quanto dispone l'art. 44, D.Lgs. n. 150/2022, si può accedere ad un programma di giustizia riparativa - senza preclusioni in relazione alla tipologia di illecito penale o alla sua gravità - non solo in pendenza del procedimento penale (in qualsiasi stato e grado), ma anche quando è ormai fuori discussione la responsabilità penale rispetto al fatto-reato, poiché è intervenuto un proscioglimento per motivi processuali (limitatamente ad alcuni esiti liberatori) (29) oppure è in corso (o è terminata) la esecuzione della pena o della misura di sicurezza. Peraltro, rispetto a fatti in ipotesi riconducibili a fattispecie delittuose perseguibili a querela, il ricorso a programmi di giustizia riparativa è consentito anche prima della proposizione della querela; dunque, pure anteriormente all'inizio del procedimento penale, ove questo non fosse già stato avviato dall'autorità giudiziaria a seguito di autonoma acquisizione o di ricezione per altra via (diversa dalla querela) della *notitia criminis*.

Ad ogni modo, nessuna previsione del D.Lgs. n. 150/2022 autorizza a ritenere che tra le finalità del programma di giustizia riparativa innestato su un procedimento penale già (e ancora) in corso vi sia la ricostruzione storica del fatto oggetto della vicenda giudiziaria penale. Anzi, la preoccupazione del riformatore è che il ricorso alla giustizia riparativa non abbia a ripercuotersi negativamente sulla concomitante ricostruzione giudiziaria dei fatti di causa; tant'è che, secondo quanto dispone il comma 3 dell'art. 129-bis c.p.p. (30), l'esistenza di un "pericolo

concreto (...) per l'accertamento dei fatti" costituisce condizione ostativa all'invio del caso, da parte del giudice procedente (o, nel corso delle indagini preliminari, da parte del pubblico ministero), al centro per la giustizia riparativa di riferimento per l'avvio di un programma di giustizia riparativa.

E laddove il giudice disponesse, a richiesta dell'imputato, nel caso di reati perseguibili a querela soggetta a remissione, la sospensione del "processo" o - prima dell'esercizio dell'azione penale, quando il pubblico ministero abbia disposto la notifica dell'avviso di conclusione delle indagini ex art. 415-bis c.p.p. - del "procedimento", per un periodo non superiore a centottanta giorni, al fine di consentire lo svolgimento del programma di giustizia riparativa (31), verrebbero comunque assunte, durante la sospensione, a richiesta di parte, e con le modalità stabilite per il dibattimento, "le prove non rinviabili" (art. 129-bis, commi 4 e 4-bis, c.p.p.).

Peraltro, proprio per evitare che le attività e gli atti compiuti, le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite per ragione o nel corso dei programmi di giustizia riparativa possano incidere sul procedimento penale in corso di svolgimento, con conseguente *vulnus* alla presunzione di innocenza dell'imputato, l'art. 50, D.Lgs. n. 150/2022 impone un obbligo di riservatezza (32); a sua volta, il successivo art. 51 stabilisce che le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite nel corso di un programma di giustizia riparativa (sia questo esperito in costanza di accertamento penale o lo si svolga *post iudicatum*) sono comunque inutilizzabili nel procedimento penale e nella fase dell'esecuzione della pena.

Dunque, nessun "cedimento di sovranità" - almeno sulla carta - da parte del sistema formale di giustizia penale, in favore del neocostituito sistema di giustizia riparativa, per quanto riguarda il giudizio sul fatto e la costruzione della piattaforma probatoria su cui esso potrà fondarsi.

Se è così, allora, deve ritenersi che il riferimento alle "questioni derivanti dal reato" contenuto nella definizione di giustizia riparativa offerta dal citato art. 42,

(29) Precisamente, dev'essere stata pronunciata, all'esito dell'udienza preliminare, del dibattimento o dei gradi di giudizio successivi, una sentenza dichiarativa dell'improcedibilità dell'azione (anche ai sensi dell'art. 344-bis c.p.p.) o dell'estinzione del reato.

(30) Articolo che disciplina l'innesto dei percorsi riparativi all'interno del procedimento penale. Inserito nel codice di rito dal D.Lgs. n. 150/2022, tale articolo è stato recentemente modificato dal D.Lgs. n. 31/2024, recante disposizioni integrative e correttive della riforma Cartabia.

(31) Previsione da leggere in uno a quella dell'art. 152, comma 3, n. 2), c.p., secondo cui costituisce remissione tacita di querela la partecipazione del querelante a un programma di giustizia

riparativa concluso con un esito riparativo (e sempre che siano stati rispettati gli impegni comportamentali eventualmente assunti dall'imputato).

(32) Obbligo dal quale i "mediatori" e il "personale dei Centri per la giustizia riparativa" sono esentati solo se la rivelazione sia previamente assentita dai partecipanti al programma o se il mediatore ritenga la rivelazione assolutamente necessaria per evitare la commissione di imminenti o gravi reati ovvero che le dichiarazioni integrino di per sé reato. Dal canto loro, i "partecipanti" possono divulgare le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite nel corso del programma di giustizia riparativa solo dopo la conclusione dello stesso e la definizione del procedimento penale con sentenza o decreto penale irrevocabili.

# Opinioni

## Processo penale

comma 1, lett. a) (33) non riguardi questioni la cui trattazione sia necessaria od utile per la definizione della regiudicanda (peraltro, irrilevanti laddove il programma venisse esperito nella fase *post rem iudicatam*), ma altro tipo di questioni, per l'identificazione delle quali può essere utile por mente ad alcune enunciazioni rinvenibili nel corpo della disciplina organica della giustizia riparativa.

Così, per es., l'art. 42, comma 1, lett. e), nel definire l'"esito riparativo", poi disciplinato specificamente, nei suoi contenuti, dall'art. 56 del decreto delegato, evoca un "accordo (...) volto alla riparazione dell'offesa e idoneo a rappresentare l'avvenuto riconoscimento reciproco e la possibilità di ricostruire la relazione tra i partecipanti".

A sua volta, l'art. 43, comma 1, nel delineare i principi generali cui la giustizia riparativa in materia penale deve conformarsi (34), esordisce richiamando, alla lett. a), la "partecipazione attiva e volontaria (...) alla gestione degli effetti pregiudizievoli causati dall'offesa". Allorché poi, nel comma 2, definisce gli obiettivi dei programmi di giustizia riparativa, specifica che questi "tendono a promuovere il riconoscimento della vittima del reato, la responsabilizzazione della persona indicata come autore dell'offesa e la ricostituzione dei legami con la comunità".

Appare chiaro, a questo punto, come le "questioni derivanti dal reato" evocate nella definizione legale di giustizia riparativa, alla cui risoluzione è preordinato lo svolgimento di taluno dei programmi individuati nell'art. 53, attengano a legami interindividuali e sociali infranti dal fatto costituente reato ed al conflitto che ne è derivato (35).

In effetti, l'illecito penale, prima ancora di essere la violazione di una norma giuridica, è un'esperienza d'ingiustizia che determina fratture relazionali

all'interno del corpo sociale, spezzando legami interpersonali preesistenti (di parentela, affinità, amicizia, colleganza, conoscenza, ecc.) o, comunque, infrangendo il c.d. "patto di cittadinanza", tradendo cioè l'aspettativa, che unisce implicitamente gli abitanti di una comunità, di rispetto reciproco, di vicendevoles empatia, fiducia e riconoscimento, di pacifica convivenza sociale.

La giustizia riparativa è chiamata a lavorare su questa "frattura relazionale" e sulle conseguenze negative che ne sono discese, per la vittima del reato, per l'autore stesso e per la collettività intera. Ciò che caratterizza l'approccio riparativo è il suo porsi come strumento diretto non già a ripristinare l'ordine giuridico violato dal reato (funzione tradizionalmente assegnata al processo penale, in un'ottica di difesa sociale) (36) o a rieducare/risocializzare il reo (proiezione essenziale e imprescindibile della pena) (37), ma a governare, a "prendersi cura" (38) della situazione conflittuale originata - o, se preesistente, amplificata - dal reato, nella prospettiva di un suo superamento, della riconciliazione, della ricostituzione delle condizioni di convivenza pacifica.

Con specifico riguardo ai protagonisti diretti (attivi e passivi) della vicenda criminosa, si tratta, in sostanza, di fare in modo che autore e vittima, persone al tempo stesso divise e accomunate dall'esperienza delittuosa e (già o ancora) avversarie in sede processuale penale, riprendano (o comincino) a parlarsi, a dialogare e, con l'aiuto di un facilitatore, intraprendano un percorso autocoscienziale che le porti, attraverso una rilettura del conflitto correlato al reato, all'acquisizione di una nuova consapevolezza di sé e al riconoscimento dell'identità, dell'umanità e della dignità dell'altro.

La "riparazione dell'offesa" che fonda e dà corpo alle pratiche di giustizia riparativa consiste, dunque, nel

(33) Opportunamente, l'art. 129-bis, comma 1, c.p.p., nel disciplinare le condizioni per l'invio degli interessati - da parte del giudice precedente o, nel corso delle indagini preliminari, da parte del pubblico ministero - al Centro per la giustizia riparativa di riferimento, utilizza l'espressione "questioni derivanti dal fatto per cui si procede", posto che sarà l'organo giudicante, all'esito dell'accertamento, a stabilire se il fatto oggetto di imputazione, ove ritenuto sussistente e commesso dall'imputato, costituisca reato e sia previsto dalla legge come reato (art. 530 c.p.p.).

(34) Principi che, osserva L. Bartoli, *La giustizia riparativa al bivio tra comunità e processo*, in questa *Rivista*, 2024, 935, costituiscono "il DNA" del neocostituito sistema di giustizia riparativa, giacché esprimono valori che "devono essere infusi in ogni segmento dei programmi".

(35) Cfr. L. Bartoli, *La giustizia riparativa*, cit., 944, per la quale le "questioni" che il programma è deputato a risolvere hanno a che fare con la "conflittualità interpersonale", attengono cioè "al dolore espresso dall'imputato; al desiderio d'ascolto e di dialogo che la vittima potrebbe avvertire; al bisogno di risposte di un'intera

comunità. Tutte sfaccettature che il processo non può né deve necessariamente gestire".

(36) Naturalmente, in un sistema che si fondi sui valori dello Stato democratico di diritto, l'obiettivo della riaffermazione dell'ordine giuridico violato dalla trasgressione di un precetto penale - e, per essa riaffermazione, la tutela dell'intera collettività - si consegue nel rispetto dei diritti e delle garanzie della persona sottoposta a procedimento penale. Cfr., su questo tema, le limpide considerazioni di A.A. Dalia - M. Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2010, 9 ss.

(37) Cfr. Corte cost. 21 giugno 2018, n. 149, che rimarca la "non sacrificabilità della funzione rieducativa sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena".

(38) L'espressione è di G. Mannozi, *La giustizia riparativa come forma di Umanesimo della giustizia*, in *ParadoXa*, 4, 2017, 19. Circa i tratti distintivi di una "giustizia che cura", cfr., della stessa A., *Le potenzialità della giustizia riparativa*, in P. Patrizi (a cura di), *La giustizia riparativa*, Roma, 2019, 131 ss.

ritessere relazioni e risanare ferite piuttosto che ripianare torti con sanzioni equivalenti; nel comporre la controversia attraverso il riconoscimento dell'altro e la riconciliazione (39), piuttosto che retribuire il male commesso con ulteriore male (40). Se i simboli iconografici della giustizia tradizionalmente intesa sono la "benda", la "bilancia", la "spada" (41), l'immagine appropriata per la giustizia riparativa è il "nodo da riallacciare" o, se si preferisce, l'"ago", con cui ricucire lo strappo, suturare la lesione determinatasi nel tessuto relazionale per effetto dell'illecito penale (42).

In tale ottica, il "fatto-reato" diventa semplicemente il dato oggettivo da cui partire per innescare una riflessione, e una conseguente assunzione di responsabilità, anche rispetto alle "conseguenze" prodotte dall'azione delittuosa, con riguardo agli effetti sociali della stessa e, soprattutto, al danno arrecato alla vittima e ai suoi familiari (c.d. "vittime secondarie"), danno che, visto nella sua dimensione globale, è insuscettibile di riparazione nell'ambito del processo penale. Questo, infatti, anche quando - seppur di rado - assicura una decisione in tempi congrui, non riesce ad aiutare e proteggere la vittima in modo pienamente soddisfacente, supportandola, in particolare, nel superamento dei traumi emotivi e psicologici derivanti dal reato. È noto che la persona offesa dal reato, in sede processuale penale, al di là della tipica funzione testimoniale (spesso decisiva per gli esiti dell'accertamento), può avanzare - ove assuma di avere subito un nocumento di valenza civilistica e di essere, perciò, anche "persona danneggiata dal reato" - domanda restitutiva o risarcitoria, costituendosi "parte civile"; orbene, la proiezione essenzialmente "economica" della partecipazione della vittima al processo finisce col relegare sullo sfondo la sua

condizione di soggetto colpito nelle aspettative più elementari (di conservare l'integrità del proprio corpo, del proprio patrimonio, dei propri affetti, delle proprie relazioni quotidiane) e pertanto portatore di una sofferenza e di un disagio emotivo e psicologico non superabili, *sic et simpliciter*, con l'elargizione di una somma di denaro. Ciò è causa, non di rado, di un senso di frustrazione delle vittime di reato, quantunque esse abbiano giuocato, in sede giudiziale, un ruolo dialettico importante ai fini dell'accertamento della responsabilità penale per i fatti oggetto dell'imputazione e, magari, abbiano ottenuto piena soddisfazione della pretesa risarcitoria (43). Il ristoro pecuniario del danno subito, infatti, non restituisce piena dignità alla vittima, giacché, molto spesso, gli effetti laceranti del conflitto correlato al reato (comportanti, in chi li vive e subisce, sentimenti di fragilità, vulnerabilità, rabbia, vergogna, paura, umiliazione, rancore, solitudine, perdita di fiducia in sé e negli altri) permangono ben oltre la chiusura, con sentenza passata in giudicato, dell'accertamento penale e persino dopo la espiazione della pena da parte dell'autore del reato.

Ecco perché la "riparazione dell'offesa", cui tende la giustizia riparativa, non può riduttivamente intendersi nei termini di una mera compensazione economica del danno, implicando altresì "dinamiche comportamentali 'simboliche' che promuov(a)no il riconoscimento dell'altro come 'persona', della sua dignità e della sua dimensione relazionale" (44).

Non necessariamente, peraltro, vi dev'essere la riparazione "materiale" del danno, potendo bastare la riparazione "simbolica": una lettera di scuse con cui il reo ammette di avere sbagliato e si dichiara dispiaciuto per il dolore, le sofferenze, le perdite cagionate alla vittima e/o alla sua famiglia o garbate spiegazioni

(39) Riconciliazione che, come rileva G. Mannozi, *Nuovi scenari per la giustizia riparativa. Riflessioni a partire dalla legge delega 134/2021*, in *Arch. pen.*, 1, 2022 (on line), 11-12, non implica necessariamente il "ristabilimento di legami affettivi o amicali", bastando che "ciascuno veda, nell'altro, non necessariamente e non solo il 'nemico', bensì una possibile risorsa per la collettività".

(40) Per una serrata critica alla concezione della pena come "raddoppio del male", postulato classico della giustizia penale, cfr. M. Donini, *Per una concezione postriparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1162 ss.

(41) Cfr., in proposito, U. Curi, *Senza bilancia. La giustizia riparativa forgia una nuova immagine della giustizia*, in G. Mannozi - G.A. Lodigiani (a cura di), *La giustizia riparativa*, cit., 38 ss.; A. Da Re, *Giustizia riparativa e relazionale*, in *ParadoXa*, 4, 2017, 88 ss.

(42) Sulla tendenziale convergenza tra la visione riparativa della giustizia penale e la logica conciliativa che impregna di sé gli ideali evangelici come insegnati dal Magistero della Chiesa cattolica,

cfr., volendo, G. Daraio, *Giustizia di Dio e giustizia dell'uomo: riflessioni minime di un processualpenalista*, in G. Fauceglia (a cura di), *Rigore e curiosità. Scritti in memoria di Maria Cristina Folliero*, II, Torino, 2018, 60 ss. Per una compiuta analisi teologico-morale delle radici bibliche del modello di giustizia riconciliatrice, cfr. F. Occhetta, *Le radici morali della giustizia riparativa*, in *Civ. catt.*, 2008, IV, 444 ss.; una stimolante indagine che, sui temi della giustizia e della pena, mette in dialogo diritto e religione, è in L. Eusebi, *La Chiesa e il problema della pena*, Brescia, 2014.

(43) Cfr. L. Bartoli, *La giustizia riparativa*, cit., 935, per la quale, ciò che "distingue un risarcimento del danno 'tradizionale' dalla stessa, identica prestazione, qualificata come 'esito riparativo materiale'" è che "il primo è imposto dal giudice, poco importa se civile o penale; il secondo è frutto di un dialogo empatico in cui gli interessati esplorano il significato di quell'offesa e cercano insieme un modo soddisfacente per superarla. Non è una prescrizione imposta dal pubblico potere, ma un impegno che si assume verso l'altro".

(44) G. Mannozi, *Giustizia riparativa (voce)*, in *Enc. dir., Annali X*, Milano, 2017, 475.

# Opinioni

## Processo penale

volte a chiarire il movente dell'azione delittuosa possono, talvolta, essere sufficienti per rimuovere il blocco comunicativo che solitamente a questa si accompagna, per riannodare una relazione interrotta (45), per ricucire lo strappo con la comunità dalla quale ci si è allontanati con l'azione delittuosa, riducendo, nel contempo, l'allarme sociale, l'inquietudine o il turbamento collettivo che l'atto potrebbe avere determinato (46).

Di ciò, il legislatore della riforma mostra consapevolezza, laddove prevede, all'art. 56 (recante la "disciplina degli esiti riparativi"), che l'esito di tipo "materiale" (in cui vengono fatti rientrare "il risarcimento del danno, le restituzioni, l'adoperarsi per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato o evitare che lo stesso sia portato a conseguenze ulteriori") è soltanto uno dei possibili risultati del percorso riparativo, il quale potrebbe concludersi anche (o solo) con un esito "simbolico" (comprendente, a titolo esemplificativo, "dichiarazioni o scuse formali, impegni comportamentali anche pubblici o rivolti alla comunità, accordi relativi alla frequentazione di persone o luoghi"); fermo restando che l'accordo volto alla riparazione dell'offesa, anche quando contempra il ristoro economico della perdita materiale subita e del c.d. *pretium doloris*, deve comunque essere "idoneo a rappresentare l'avvenuto riconoscimento reciproco e la possibilità di ricostruire la relazione tra i partecipanti (art. 42, comma 1, lett. e); e, com'è stato persuasivamente affermato, 'in quanto vettore di *riconoscimento dell'altro*, la riparazione simbolica rappresenta un indicatore irrinunciabile di buona riuscita della mediazione" (47).

In definitiva, l'accordo di riparazione materiale del danno è risultato non ontologicamente coesistente alle pratiche di giustizia riparativa; e se anche, nel singolo caso concreto, si puntasse a conseguirlo, andrebbe considerato come obiettivo "intermedio", non già come finalità ultima del percorso riparativo, il quale - secondo quanto disposto dall'art. 43, comma 2 - deve tendere a "promuovere" il "riconoscimento

della vittima del reato", la "responsabilizzazione della persona indicata come autore dell'offesa" e la "ricostituzione dei legami con la comunità".

### **Strumenti e metodi di gestione del conflitto correlato al reato**

La diversità ontologica tra la giustizia riparativa e il modello tradizionale di giustizia penale non può non avere riflesso anche sugli strumenti e sui metodi di risoluzione delle questioni derivanti dal reato.

La giustizia riparativa non si avvale di apparati ed organi giudiziari né di uno strumentario di tipo sanzionatorio, bensì di persone professionalmente preparate, capaci di accompagnare autore e vittima lungo il percorso dialogico, in ogni sua fase, nonché di "metodi atti a gestire le conseguenze materiali e psicologiche di un reato e di sciogliere, a partire da forme di ascolto reciproco e dialogo, i nodi anche emozionali del conflitto" (48).

Per quanto riguarda il primo aspetto, è la stessa definizione di giustizia riparativa espressa nella disposizione di esordio della disciplina organica a far trasparire l'insostituibile ruolo che è chiamato a svolgere il "mediatore", identificato, più precisamente, nell'art. 59, con l'espressione "mediatore esperto in programmi di giustizia riparativa".

Il mediatore può essere considerato il braccio operativo del sistema di *restorative justice* congegnato dalla riforma Cartabia, giacché è a questa figura professionale che spetta "guidare", "con imparzialità, indipendenza, sensibilità ed equiprossimità", gli interventi dialogici di giustizia riparativa (artt. 53 e 59, D.Lgs. n. 150/2022).

Del mediatore, il decreto delegato, stranamente, non fornisce una definizione (49), evidenziandone tuttavia le prerogative essenziali: l'"indipendenza" e la "equiprossimità rispetto ai partecipanti ai programmi di giustizia riparativa" (art. 43, comma 1, lett. g).

Nella relazione di accompagnamento al D.Lgs. n. 150/2022 si chiarisce che il concetto di "equiprossimità", presente già nella legge delega (art. 1, comma 18, lett. f, L. n. 134/2021), riassume la "declinazione

(45) La vittima, è stato efficacemente osservato da L. Eusebi, *La svolta riparativa del paradigma sanzionatorio. Vademecum per un'evoluzione necessaria*, in G. Mannozi - G.A. Lodigiani (a cura di), *La giustizia riparativa*, cit., 113, "non ha bisogno di una vendetta, e nemmeno di *umiliare* l'autore del reato. Ha bisogno, piuttosto, di un *atto di umiltà*, dopo la prevaricazione patita, che segnali l'ammissione di un'ingiustizia (o quantomeno che segnali, ove il diritto non richieda per l'accesso a percorsi riparativi un'ammissione di colpevolezza, la disponibilità dell'indagato ad agire secondo giustizia)".

(46) V., sul punto, A. Ceretti, *Mediazione: una ricognizione filosofica*, in L. Picotti (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova, 1998, 39.

(47) G. Mannozi, *Giustizia riparativa: gestire i conflitti, riparare l'offesa*, in [www.fisppsicologia.it](http://www.fisppsicologia.it), 5 novembre 2018, 15.

(48) G. Mannozi, *La giustizia riparativa: brevi note su contesto, disciplina ed effetti trasformativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2023, 653.

(49) Lo rileva, con stupore, R. Orlandi, *Giustizia penale riparativa. Il punto di vista processuale*, in questa *Rivista*, 1, 2023 (speciale  *riforma Cartabia*), 89. Una definizione di questa figura la si può trovare, invece, nell'art. 3, comma 1, D.M. 9 giugno 2023, in tema di formazione dei mediatori.

‘riparativa’ della particolare forma di terzietà e imparzialità del mediatore”, che “si distingue dalla terzietà ‘equidistante’ del giudice rispetto alle parti”, giacché “mentre il giudice è terzo in quanto ‘neutrale’, il mediatore è terzo in quanto sta ‘nel mezzo’, ‘né più in alto né più in basso’, bensì accanto a ogni partecipante” (50).

Per la sua delicatezza, il ruolo di mediatore - come si è in precedenza rimarcato - può essere ricoperto solo da un soggetto “laureato”, “adeguatamente formato” e che abbia ottenuto l’accreditamento presso il Ministero della giustizia (artt. 42, comma 1, lett. a, 59 e 60, D.Lgs. n. 150/2022). Tale professionalità è esercitata, per quanto concerne la conduzione dei programmi di giustizia riparativa contemplati nell’art. 53 del D.Lgs., sempre in forma collegiale (almeno due mediatori, anche se, in concreto, i colloqui preliminari con le parti potranno essere condotti separatamente da un solo mediatore (51)) e in forza di designazione disposta, di volta in volta, dal Centro per la giustizia riparativa territorialmente competente (artt. 48, comma 6, 53, comma 1, 54, comma 1 e 64, D.Lgs. n. 150/2022).

Quanto ai “metodi”, non pare dubitabile che sia la “dimensione dialogica” il tratto caratterizzante i percorsi di *restorative justice*, dimensione valorizzata pienamente, dal legislatore della riforma, sia nell’ambito della definizione di giustizia riparativa espressa nell’art. 42, sia nella declinazione - effettuata nel successivo art. 43 - dei principi generali di fondo cui la giustizia riparativa in materia penale deve conformarsi e degli obiettivi ch’essa deve perseguire, sia, infine, nella individuazione - operata nell’art. 53 - dei percorsi riparativi potenzialmente attuabili nel sistema nostrano di *restorative justice*.

Vero è, a quest’ultimo riguardo, che l’indicazione dei programmi di giustizia riparativa esperibili per la risoluzione delle questioni derivanti dal reato è piuttosto generica e di scarna portata definitoria (52), dal momento che di tali programmi (53) il legislatore non individua i contenuti, limitandosi a ricalcare, in punto di terminologia, denominazioni relative alle procedure *restorative* dominanti nel mondo occidentale (54). Peraltro, la previsione di cui alla lett. c) dell’art. 53 rende, all’evidenza, “aperta e non tassativa” l’elencazione dei programmi, ciò per l’esigenza di lasciare spazio “all’operatività di programmi non espressamente menzionati, dati la costante evoluzione e il progressivo affinamento dei metodi della giustizia riparativa” (55).

E tuttavia, una lettura combinata del disposto dell’art. 53 e di altre disposizioni del titolo IV del decreto delegato consente di individuare alcuni elementi caratterizzanti o requisiti che devono indefettibilmente contrassegnare gli approcci ai conflitti di rilevanza penale per poter essere qualificati come interventi di giustizia riparativa.

Innanzitutto, ai sensi dell’art. 43, l’accesso ai programmi di giustizia riparativa dev’essere assicurato, gratuitamente e con le garanzie previste dal D.Lgs. n. 150/2022, a tutti i soggetti che vi abbiano interesse (comma 3) e dev’essere consentito (*rectius*: favorito) senza discriminazioni e nel rispetto della dignità di ogni persona, potendo essere limitato soltanto in caso di pericolo concreto per i partecipanti, derivante dallo svolgimento del programma (comma 4).

Secondo, poi, le previsioni degli artt. 43, comma 1, lett. b), e 53, comma 1, lett. c), i programmi devono essere avviati nell’interesse sia della “vittima del reato” (56) sia della “persona indicata come autore

(50) Cfr. *Relazione illustrativa*, cit., 536. In punto di “equiprosimità” del mediatore, E. Resta, *Teorie della giustizia riparativa*, in *Rass. penit. crimin.*, 3, 2002, 184, evidenzia come il mediatore non solo sia sprovvisto dei poteri autoritativi di cui dispone l’organo giurisdizionale, ma, diversamente da questo, sia chiamato ad agire non già secondo la logica (tipica della decisione giudiziale) del *nec utrum* (“né l’uno né l’altro”), bensì secondo quella del “sia l’uno che l’altro”, facendosi “equi-prossimo” alle parti, piuttosto che restare “equi-distante” tra i dialoganti.

(51) Lo rilevano M. Bouchard - F. Fiorentin, *La giustizia riparativa*, cit., 263.

(52) L’“incertezza e indeterminatezza nella definizione degli strumenti e delle metodologie dei programmi riparativi” offerta dall’art. 53 è stigmatizzata da M. Bouchard, *Commento al Titolo IV del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150 sulla disciplina organica della giustizia riparativa*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 7 febbraio 2023, 15.

(53) Individuati, dall’art. 53, nella “mediazione tra la persona indicata come autore dell’offesa e la vittima del reato, anche estesa ai gruppi parentali, ovvero tra la persona indicata come autore dell’offesa e la vittima di un reato diverso da quello per cui si

procede” (lett. a); nel “dialogo riparativo” (lett. b) e in “ogni altro programma dialogico guidato da mediatori e svolto nell’interesse della vittima del reato e della persona indicata come autore dell’offesa” (lett. c).

(54) In particolare, quelli di più vasta e consolidata applicazione nelle prassi dei paesi anglosassoni, ossia, la mediazione autore-vittima (*victim-offender mediation*), sia diretta che con vittima “surrogata”, la mediazione allargata ai gruppi parentali (*family group conferencing*) e il dialogo riparativo (*restorative dialogue*).

(55) Così la *Relazione illustrativa*, cit., 550. Scelta condivisa da G. Mannozi, *Le sfide poste dall’istituzionalizzazione della giustizia riparativa: importazione di modelli e nuovi colonialismi*, in V. Bonini (a cura di), *La giustizia riparativa*, cit., 20, che rileva come “un elenco dei programmi *restorative* chiuso e tassativo avrebbe presentato una rigidità incompatibile con la flessibilità metodologica della *restorative justice*”.

(56) Tale dovendo considerarsi, secondo la definizione offerta dall’art. 42, comma 1, lett. b), che riproduce integralmente il testo dell’art. 2, Dir. 2012/29/UE, sia “la persona fisica che ha subito direttamente dal reato qualunque danno patrimoniale o non patrimoniale”, sia “il familiare della persona fisica la cui morte è stata

## Opinioni

# Processo penale

dell'offesa" (57), devono cioè tendere a soddisfare i bisogni di entrambi i protagonisti del conflitto discendente dal reato, a cominciare dal bisogno di essere ascoltati; in effetti, i percorsi di giustizia riparativa, ed in particolare la mediazione penale (che è la più avanzata declinazione empirica del paradigma riparativo), sono chiamati a garantire, *in primis*, uno spazio protetto per la narrazione e l'ascolto, un luogo in cui la vittima possa esprimere le sensazioni, le difficoltà, il disagio derivanti dall'esperienza di vittimizzazione e l'autore dell'offesa possa prendere coscienza di tutti i profili di dannosità del suo comportamento illecito, avvertire la necessità di riparazione ed impegnarsi a farlo, in modo che entrambi possano "chiudere con il passato" e ripartire, guardando al futuro con serenità e fiducia.

Può essere interessante notare come, nella L. delega n. 134/2021, il criterio direttivo enunciato *sub* art. 1, comma 18, lett. d) richiedesse al legislatore delegato di includere, nel disciplinare "le specifiche garanzie per l'accesso ai programmi di giustizia riparativa e per il loro svolgimento", "la rispondenza dei programmi di giustizia riparativa all'interesse della vittima del reato, dell'autore del reato e della comunità". Il D.Lgs. n. 150/2022, invece, evoca espressamente - nei citati artt. 43, comma 1, lett. b, e 53, comma 1, lett. c) - il solo interesse della vittima e quello della persona indicata come autore dell'offesa: sembra, dunque, che l'interesse della comunità in cui è sorto il conflitto sia estraneo all'orizzonte finalistico delle procedure *restorative*; che, cioè, il corpo sociale, mero spettatore dapprima della vicenda criminale e, successivamente, di quella processuale, debba "restare sugli spalti" o, se si preferisce, "sedere in

platea" pure rispetto ai percorsi orientati alla risoluzione delle questioni derivanti dal reato.

Ma, è un'impressione destinata ad essere fugata non appena si rifletta più attentamente sul nuovo ordito normativo.

Intanto, come si è visto, "la ricostituzione dei legami con la comunità" rientra tra gli obiettivi generali e ideali che i programmi di giustizia riparativa devono "tendere" a promuovere (art. 43, comma 2).

La comunità - chiariscono i *conditores* della riforma - è chiamata in causa non soltanto quale destinataria delle politiche di riparazione, ma anche quale "attore sociale" che assume un ruolo attivo nel percorso di ricomposizione: le istanze di riconoscimento identitario, di ricostituzione della dignità e del capitale sociale di cui è portatrice la vittima chiamano in causa, infatti, non solo l'autore dell'illecito ma l'intero corpo sociale (58).

Che la collettività rientri "a pieno titolo" tra i soggetti legittimati a partecipare attivamente alla risoluzione delle questioni emerse dall'illecito penale lo si afferma già in sede di definizione della giustizia riparativa, laddove si fa riferimento ad "altri soggetti appartenenti alla comunità" quali potenziali partecipanti al percorso riparativo (art. 42, comma 1, lett. a). Il "coinvolgimento della comunità nei programmi di giustizia riparativa", peraltro, rientra tra i principi informativi della disciplina organica della giustizia riparativa (v. art. 43, comma 1, lett. c), della quale - è stato osservato - sono altresì "indicatori ermeneutici" (59). Certo, non può negarsi la "vaghezza" del concetto di comunità, benché vi sia stato, da parte del riformatore, uno sforzo definitorio, con l'indicazione, nell'art. 45, comma 1, lett. c), dei soggetti ad esso

causata dal reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona". Appare chiaro come il concetto di "vittima" (con il quale il lessico penalistico e processualpenalistico tradizionale ha scarsa dimestichezza, mentre è familiare alle scienze criminologiche, ed in particolare a quel suo precipuo ramo che è la vittimologia) non sia sovrapponibile alle nozioni tecnico-giuridiche di "persona offesa dal reato" o di "offeso dal reato" rinvenibili nell'ambito del codice penale e in quello di rito (v. artt. 120, 121, 152 c.p. ed artt. 90 ss., 369, 408 c.p.p.), con le quali viene indicato il titolare del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice e leso (o posto in pericolo) dal reato. Nel contesto della giustizia riparativa, la nozione di "vittima" ha un substrato sostanzialistico criminologico che rende superfluo "un riconoscimento formale" (così E. Venafo, *Giustizia riparativa e sistema penale alla luce della riforma Cartabia*, in [www.laegislazionepenale.eu](http://www.laegislazionepenale.eu), 21 dicembre 2023, 33 ss., secondo cui "la natura sostanzialistica della nozione di vittima fa sì che il soggetto sia qualificabile come tale, a prescindere dalla presentazione di una denuncia e dall'esistenza di un procedimento penale in atto"); lo *status* di "vittima", insomma, discende unicamente dall'avere

subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche, in conseguenza del reato.

(57) Tale singolare denominazione, chiarisce la *Relazione illustrativa*, cit., 532, si è imposta all'evidente scopo di salvaguardare, quanto meno nella scelta lessicale, la presunzione costituzionale di non colpevolezza dell'imputato fino a condanna definitiva, in considerazione del possibile innesto di un percorso di giustizia riparativa in un procedimento penale in corso di svolgimento, quando cioè non potrebbe parlarsi - senza entrare in rotta di collisione con il principio enunciato nell'art. 27, comma 2, Cost. - di "autore del reato" e tantomeno di "reo". Potendosi accedere alla giustizia riparativa sia *ante* che *post iudicatum*, il legislatore ha poi ritenuto opportuno specificare ulteriormente questa figura fondamentale del procedimento riparativo, rinviando - nella lett. c) dell'art. 42 - a un lungo elenco di posizioni soggettive, che vanno da prima della presentazione di una querela a dopo l'irrevocabilità di una condanna.

(58) Cfr., sul punto, la *Relazione illustrativa*, cit., 536-539.

(59) P. Maggio, *La giustizia riparativa*, in E. Nadia La Rocca (a cura di), *Esecuzione penale e vicende del giudicato*, Torino, 2024, 63.

riferibili (60), tra cui anche rappresentanti di pubbliche istituzioni (61); soprattutto, si è rilevato in dottrina, “rimane incerto il rilievo della volontà dei vari rappresentanti della comunità nel condizionare l’esito del programma” (62).

Ad ogni modo, non pare dubitabile che - come tiene a precisare la relazione di accompagnamento al decreto delegato - “la giustizia riparativa in materia penale è giustizia penale *pubblica* che mai si risolve in una ‘questione privata’ fra vittima del reato e reo” (63). Nel sistema nostrano di *restorative justice*, come configurato dalla riforma Cartabia, dunque, non trovano spazio modalità di gestione del conflitto correlato al reato che escludano ogni possibilità di coinvolgimento della comunità (dai gruppi parentali alle istituzioni locali) nel processo di riparazione dell’offesa (64).

Così come non potrebbe essere ricondotto al paradigma riparativo un programma che prescindesse dalla presenza attiva di una vittima in carne ed ossa, sia pure “aspecifica” o “surrogata” (65).

L’ipotesi di intervento sui conflitti con una vittima “aspecifica” (o “surrogata”) viene inquadrata tra i “*quasi-restorative programmes*” dall’*Handbook* delle Nazioni Unite in materia di giustizia riparativa (66). Per il riformatore del 2022, si tratterebbe di “uno specifico valore aggiunto della giustizia riparativa rispetto alla giustizia penale ‘convenzionale’” (67). Su questa linea, si è da taluno osservato che la mediazione con vittima aspecifica, per un verso, consente di superare possibili “dittature vittimarie”

e fenomeni discriminatori nei confronti degli imputati (le cui opportunità di partecipazione ai programmi finirebbero per dipendere solo ed esclusivamente dalle volontà delle vittime), per altro verso, ha il pregio di offrire soddisfazione alle aspettative riparative della vittima del diverso reato (68).

Per contro, si è rilevato che esiste “un principio generale secondo cui nessuno ha diritto a riconciliarsi - o, semplicemente, d’incontrarsi - in nome d’altri e per offese commesse ad altri” (69). In ogni caso, l’intervento della vittima surrogata non deve costituire “un espediente per surrogare la vittima ‘reale’ identificabile, che magari ha semplicemente scelto di non partecipare al rito riparativo” (70). Se così fosse, se cioè la vittima reale venisse sostituita nel dialogo riparativo - al di fuori di eventuali casi di rappresentazione legale o giudiziale - contro la sua volontà o, comunque, in assenza del suo consenso, si porrebbe in essere - si è detto - “un atto autoritario, potenzialmente lesivo della vita privata (art. 8 CEDU)” e la si esporrebbe “ad un evidente rischio di seconda vittimizzazione che la Direttiva 2012/29/UE impone di accertare e, soprattutto, di evitare” (71). Con l’ulteriore conseguenza - si è da altri osservato - che si tornerebbe a “mettere al centro la risocializzazione del reo, piuttosto che una effettiva logica riparativa che deve, necessariamente, avere come fondamento il dialogo tra le due persone fisiche coinvolte nel fatto di reato” (72). Dialogo che ha bisogno dei suoi tempi, che verrebbero inesorabilmente “bruciati” allorché

(60) Potrebbe trattarsi sia di “persone fisiche” (“familiari della vittima del reato e della persona indicata come autore dell’offesa”, o “persone di supporto segnalate dalla vittima del reato e dalla persona indicata come autore dell’offesa”), sia di “enti” pubblici (“rappresentanti o delegati di Stato, Regioni, enti locali o di altri enti pubblici”, o “autorità di pubblica sicurezza”, o “servizi sociali”) e privati (“enti ed associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato”); fermo restando che, ai sensi dell’art. 45, comma 1, lett. d), può prendere parte ad un percorso di giustizia riparativa “chiunque altro vi abbia interesse”.

(61) Ciò porta a ritenere che il termine “comunità” non possa essere inteso come sinonimo di “società civile”, espressione con la quale, generalmente, s’intende l’insieme dei cittadini che operano fuori dal contesto istituzionale.

(62) E. Mattevi, *Definizioni e principi generali della giustizia riparativa tra indicazioni sovranazionali e previsioni nazionali*, in V. Bonini (a cura di), *La giustizia riparativa*, cit., 81-82.

(63) Così la *Relazione illustrativa*, cit., 539.

(64) Giova ricordare che, nella relazione conclusiva dei lavori degli “Stati generali sulla esecuzione penale” (la consultazione pubblica promossa, nel maggio 2015, nel corso della XVII legislatura, dall’allora Guardasigilli Andrea Orlando, per scandagliare, in un’ottica di riforma, le problematiche inerenti all’esecuzione delle pene e delle misure di sicurezza), il “coinvolgimento della comunità nel processo di riparazione” era stato annoverato tra gli “elementi imprescindibili” perché un programma potesse essere riconosciuto come percorso di giustizia riparativa: cfr. *Documento finale*, 79, consultabile sul sito [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

(65) È tale la vittima di un reato analogo a quello per cui si sta procedendo o si è proceduto nei confronti della persona indicata come autore dell’offesa. In sostanza, la fattispecie è la stessa (per es., una rapina) ma diversi sono i soggetti coinvolti e diversi sono il contesto in cui il fatto di reato si è consumato e l’evento da cui è scaturita l’offesa da riparare.

(66) Si tratta dell’*Handbook on Restorative Justice Programmes*, realizzato dallo United Nations Office on Drugs and Crime, in una prima edizione del 2006 e in una seconda del 2020, in cui vengono descritti i programmi di giustizia riparativa e se ne illustrano le vie di implementazione.

(67) Così la *Relazione illustrativa*, cit., 532.

(68) Così opina E. Mattevi, *La giustizia riparativa: disciplina organica e nuove intersezioni con il sistema penale*, in D. Castro-nuovo - M. Donini - E.M. Mancuso - G. Varraso (a cura di), *Riforma Cartabia*, cit., 250 ss.

(69) M. Bouchard, *Commento*, cit., 17.

(70) Così G. Martiello, *La giustizia riparativa si fa “sistema”: un primo sguardo alle disposizioni in materia del D.Lgs. n. 150/2022*, in <https://discrimen.it>, 12 luglio 2023, 22.

(71) Così M. Bouchard, *Commento*, cit., 17.

(72) Così E. Venafro, *Giustizia riparativa*, cit., 45 ss., la quale formula l’auspicio che “si coinvolga la vittima surrogata molto raramente e, magari, solo in casi particolari, quando la vittima sia effettivamente irreperibile o sia deceduta dopo il fatto di reato”. Pure F. Fiorentin, *Ancora una pronuncia favorevole ai programmi riparativi con vittima “aspecifica”*, in *Jus*, 8 febbraio 2024, invita a “riflettere sul rischio imminente di vittimizzazione secondaria che

# Opinioni

## Processo penale

un “freddo” provvedimento giudiziale si limitasse a “prendere atto dell’indisponibilità [...] a partecipare a un percorso riparativo”, contemplando “*de plano*, come equivalente funzionale, la rapida sostituzione delle vittime dirette con quelle aspecifiche” (73).

Orientamenti contrastanti si sono registrati pure nei primi approdi giurisprudenziali sulla tematica *de qua*. Alcuni giudici, infatti, hanno disposto l’invio di casi ad organismi di mediazione reputando sussistenti, nella specifica vicenda giudiziaria, le condizioni indicate nel comma 3 dell’art. 129-*bis* c.p.p. e coltivando la prospettiva di un percorso riparativo anche con vittima surrogata (74). Altri, invece, hanno respinto le richieste di accesso alla giustizia riparativa loro inoltrate dagli interessati, sulla scorta della considerazione che, nel caso concreto, il reato oggetto di accertamento è privo di una vittima specificatamente individuata, recando offesa a beni collettivi o interessi generali (75).

Non è facile prevedere quale linea interpretativa prevarrà in giurisprudenza, su questo tema, allorché la riforma sarà a pieno regime.

Va, intanto, preso atto che il D.Lgs. n. 150/2022 qualifica e tratta come “riparativi” anche programmi che prescindono completamente dall’incontro e dal dialogo tra gli effettivi protagonisti della vicenda criminosa e che potrebbero coinvolgere nel processo di riparazione dell’offesa, a seconda della prospettiva

da cui li si guarda, una vittima “surrogata” o un autore “surrogato”, nonché esponenti della comunità (dai gruppi parentali alle istituzioni locali), attraendo, conseguentemente, nell’ambito di applicazione della *restorative justice* anche reati privi di vittime in senso stretto o le cui vittime sono del tutto interscambiabili, come nei fatti di terrorismo o nei crimini d’odio.

Resta comunque da capire quale incidenza possa avere sul processo penale l’esito di un programma dialogico svoltosi con vittima surrogata, vi sia stato oppure no il consenso della vittima diretta. In proposito, è stato osservato che qualora la mediazione si sia svolta in relazione a reati procedibili a querela, “non sarebbe certamente possibile riconoscere la remissione tacita dell’istanza punitiva, situazione che normalmente consegue all’esito riparativo, in quanto il querelante non ha personalmente partecipato al programma di *restorative justice*”; né sarebbe automatico “il riconoscimento dell’attenuante di cui all’art. 62, comma 1, n. 6 c.p. [...], considerato che la norma parla della partecipazione a un programma di giustizia riparativa ‘con la vittima del reato’” (76).

Nessun dubbio, invece, circa la non riconducibilità al paradigma riparativo di un programma che, senza coinvolgere la vittima (anche “surrogata”) né esponenti della comunità colpita dal reato, sia frutto di una scelta unilaterale dell’autore dell’offesa; scelta

i programmi con vittima ‘surrogata’ possono comportare”. Per D. Bertaccini, *La giustizia riparativa in seno alla riforma punitivo-efficientista: una rottura (non riconciliabile) col paradigma laicoguarantista del sistema penale*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 8 ottobre 2024, 10, la giustizia riparativa con vittima surrogata è “una delle tante aporie rivelatrici della natura moralistica di tale paradigma di giustizia”.

(73) Così P. Maggio - F. Parisi, *Giustizia riparativa*, cit.

(74) Cfr., tra le altre, Corte d’Assise Busto Arsizio 19 settembre 2023, ord., cit., che, contro il parere del pubblico ministero e delle parti civili, ha accolto l’istanza di accesso ai programmi di giustizia riparativa avanzata dall’imputato, condannato in primo grado per fatti di estrema gravità, connotati da efferatezza e da un rilevante allarme sociale, disponendo l’invio del caso al Centro per la giustizia riparativa del Comune di Milano al fine di verificare la fattibilità di un percorso riparativo anche con “vittima aspecifica”. V., pure, Corte d’Assise Monza 8 novembre 2023, ord., cit., che ha considerato non ostativa all’avvio del percorso di riparazione dell’offesa l’indisponibilità dei parenti della vittima a prendervi parte (sia pure con riserva di ulteriore valutazione in futuro), alla luce della previsione normativa per cui non è richiesto il consenso di tutte le parti interessate e il dialogo riparativo può essere intrapreso anche con vittima “surrogata”.

(75) Cfr. App. Milano, Sez. V, 12 luglio 2023, ord., in *Giurisprudenza Penale Web*, 7-8, 2023, che ha rigettato l’istanza di ammissione a un programma di giustizia riparativa, avanzata da una persona sotto processo per spaccio di stupefacenti ex art. 73, d.P.R. n. 309/1990, in base alla considerazione che la fattispecie penale contestata è “un reato privo di vittima” e che “non è ontologicamente ipotizzabile un dialogo di alcun tipo, mancando la parte con cui intrattenere tale dialogo”. Per una critica a tale pronuncia, cfr. F. Brunelli, *La giustizia riparativa nei reati senza*

*vittime*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 7-8, 2023, la quale, portando ad esempio alcune esperienze virtuose locali di dialogo riparativo instaurato tra persone condannate per reati in materia di stupefacenti ed esponenti della comunità (gruppi parentali, gruppi di cittadini, rappresentanti istituzionali, ecc.), sostiene che, già allo stato, esistono programmi di giustizia riparativa che permettono di intervenire, in una prospettiva di comunità, sugli effetti negativi che possono discendere anche dai “reati senza vittima”, ed in particolare dal reato previsto dall’art. 73, d.P.R. n. 309/1990. Su questa stessa linea interpretativa si è posto Trib. sorv. Lecce 18 dicembre 2023, ord., in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 3 gennaio 2024, che, in accoglimento del reclamo proposto, ai sensi dell’art. 35-*bis* ord. penit., avverso il provvedimento con cui il Mag. sorv. di Lecce aveva rigettato l’istanza di ammissione, in *executivis*, a programma di giustizia riparativa sul presupposto che i reati perpetrati dal condannato (associazione ex art. 74 e stupefacenti ex art. 73, d.P.R. n. 309/1990) fossero “senza vittima”, ha osservato che “il concetto di ‘vittima’ non può essere limitato alla parte offesa del reato”, dal momento che la riforma Cartabia, contemplando il c.d. “dialogo riparativo”, ha previsto “una *dimensione allargata* della giustizia riparativa che può coinvolgere anche soggetti diversi rispetto alla vittima diretta e, conseguentemente, attraendo nell’ambito di applicazione dell’istituto anche i cc.dd. ‘reati senza vittima’”. Sul tema, cfr., di recente, G. Ruggiero, *Giustizia riparativa: le prime applicazioni/contraddizioni in tema di “reati senza vittima”*, in questa *Rivista*, 8, 2024, 1077.

(76) Cfr., per questi rilievi, A. Pisconti, *La restorative justice nel sistema della giustizia penale spagnola: peculiarità a confronto con il sistema italiano*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 21 ottobre 2024, 12.

che potrà risultare determinante e risolutiva per l'attuazione di condotte di riparazione in senso lato, ma che è da sola insufficiente, restando perciò del tutto irrilevante, ai fini dello svolgimento di un programma di giustizia riparativa. È ciò che, del resto, consente di tenere distinta la giustizia riparativa, basata su fattispecie di "riparazione interpersonale o relazionale", dalle condotte di "riparazione prestazionale" (contemplate dalla legislazione speciale - in tema di reati ambientali, sicurezza sul lavoro, illeciti tributari, responsabilità degli enti - e dallo stesso codice penale) (77), in cui la volontà dell'offeso non conta, anzi, "questa forma di riparazione vale proprio a superare il suo eventuale dissenso oltre che nelle ipotesi di reati senza vittima" (78).

### **Il raccordo tra il paradigma della *restorative justice* e il sistema di *criminal justice***

#### ***Modeste ricadute sul sovraccarico degli uffici giudiziari***

È giunto il momento di chiarire le ragioni per cui, in precedenza, dubitavamo della attitudine degli strumenti della *restorative justice*, come configurati dal D.Lgs. n. 150/2022, a supportare la strategia politico-criminale, sottesa alla riforma Cartabia, di decongestionamento del carico penale degli uffici giudiziari. Scorrendo, infatti, la disciplina del codice di rito penale, ci si imbatte in una molteplicità di richiami - disseminati in varie parti dell'impianto codicistico - alla necessità di informare l'indagato/imputato e la vittima del reato della facoltà di accedere a programmi di giustizia riparativa; nonché, in una dettagliata regolamentazione, nell'art. 129-bis c.p.p., del potere del giudice (o, nel corso delle indagini preliminari, del pubblico ministero) di disporre - anche *ex officio* - l'invio dell'imputato e della vittima del reato al Centro per la giustizia riparativa di riferimento, per l'avvio di un programma di giustizia riparativa; non è dato rinvenire, invece, alcuna norma codicistica che disciplini le conseguenze sul piano processuale della

partecipazione ad un programma di giustizia riparativa e del raggiunto esito riparativo.

Le uniche previsioni normative capaci di dare concretezza al disposto dell'art. 58, comma 1, D.Lgs. n. 150/2022, che impone all'autorità giudiziaria procedente, per le determinazioni di competenza, di valutare "lo svolgimento del programma e, anche ai fini di cui all'articolo 133 del codice penale, l'eventuale esito riparativo", sono espresse, infatti, nel codice penale: si tratta dell'art. 62, n. 6, c.p., in tema di circostanze attenuanti comuni; dell'art. 163, comma 4, c.p., in tema di sospensione condizionale c.d. "breve" della pena, e dell'art. 152, comma 3, n. 2, c.p., in tema di remissione tacita di querela. In pratica, l'aver partecipato, nel corso del procedimento penale, ad un programma di giustizia riparativa, concluso con un esito riparativo, comporta, per l'imputato (che abbia altresì rispettato gli impegni comportamentali eventualmente assunti in sede di definizione dell'accordo di riparazione), la possibilità di ottenere: a) un'attenuazione della pena in caso di condanna (*ex art.* 62, n. 6, c.p.); b) oppure, in presenza degli altri presupposti indicati nell'art. 163, comma 4, c.p. (che, cioè, l'esito riparativo sia stato conseguito prima della pronuncia della sentenza di primo grado e che la pena inflitta non sia superiore ad un anno), la sospensione dell'esecuzione della pena per il termine di un anno; c) o, ancora, un provvedimento di archiviazione o una sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere che dichiara estinto il reato per remissione (tacita) della querela, ai sensi dell'art. 152, comma 3, n. 2, c.p. (79).

In definitiva, la possibilità, per l'imputato, di una fuoriuscita anticipata dal circuito penale-processuale - con conseguenti ricadute deflative sul carico giudiziario - sembra discendere, essenzialmente, da una eventuale declaratoria di estinzione del reato per intervenuta remissione tacita di querela, sempre che il reato sia perseguibile a querela e che questa sia rimettibile (80).

(77) La distinzione è di M. Donini, *Le due anime della riparazione come alternativa alla pena castigo: riparazione prestazionale e riparazione interpersonale*, in *Cass. pen.*, 2022, 2027 ss.

(78) A. Presutti, *La giustizia riparativa alla prova del giusto processo penale*, in *www.sistemapenale.it*, 27 giugno 2023, 3.

(79) Nessuna disposizione normativa, all'interno del codice penale e del codice di rito, contempla la valutabilità *pro reo*, da parte del giudice della cognizione, per le determinazioni di competenza, dello "svolgimento del programma", benché non sfociato in un accordo volto alla riparazione dell'offesa. Ciò ha indotto parte della dottrina a ritenere che, a differenza di quanto accade per la fase di esecuzione, in cui rileva anche la sola partecipazione al programma, quand'anche l'esito non si raggiunga, in sede cognitiva è valutabile solo un programma concluso con un esito

riparativo e, laddove l'esito riparativo comporti l'assunzione da parte dell'imputato di impegni comportamentali, la valutazione favorevole segue al rispetto degli impegni, al raggiungimento effettivo dell'obiettivo riparativo. Cfr., in tal senso, M. Bortolato, *La disciplina organica della giustizia riparativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 1266-1267; P. Maggio, *La giustizia riparativa*, cit., 70-71.

(80) Osserva F. Palazzo, *Giustizia riparativa e diritto penale*, in V. Bonini (a cura di), *La giustizia riparativa*, cit., 34, che "solo la possibilità prevista dalla legge di considerare l'esito positivo come remissione tacita della querela può produrre un effetto deflativo, ma è pur vero che sembra piuttosto improbabile che quel risultato estintivo sia perseguito attraverso il faticoso cammino della giustizia riparativa quando sarebbe raggiungibile molto

# Opinioni

## Processo penale

Vero è che un percorso di giustizia riparativa potrebbe innestarsi su una delle pratiche di *diversion* (ad es., la sospensione del processo con messa alla prova (81), l'estinzione del reato per condotte riparatorie, l'esclusione della procedibilità/punibilità per tenuità del fatto) disciplinate - anche per finalità di deflazione del carico giudiziario - nell'ambito della giustizia penale per gli adulti o nel contesto della giustizia minorile, contribuendo - laddove sfociato in un accordo riparativo dell'offesa - al successo delle stesse (82). Ma, si tratterebbe, appunto, di un mero contributo, di un apporto concorrente con gli ulteriori indicatori previsti dalla regolamentazione di ciascuno di tali istituti: ad es., modalità della condotta ed esiguità del danno quanto alla non punibilità *ex art. 131-bis c.p.*; attività, condotte e prescrizioni comportamentali come definite nel programma trattamentale nonché l'obbligatoria prestazione del lavoro di pubblica utilità quanto all'estinzione del reato per buona riuscita della messa alla prova (art. 464-septies c.p.p.) (83).

Un significativo apporto in termini di riduzione del sovraccarico giudiziario e di alleggerimento del lavoro degli uffici sarebbe potuto derivare da una configurazione della giustizia riparativa quale percorso - "autonomo" rispetto agli istituti funzionali all'esclusione della procedibilità/punibilità o all'estinzione del reato che, per dettato normativo, prevedono espressamente o consentono implicitamente l'innesto di pratiche di giustizia riparativa - suscettibile di condurre, una volta avviato, anche con riguardo a reati perseguibili d'ufficio, alla sospensione dell'accertamento in corso e, se portato a termine con

successo, alla definitiva rinuncia all'azione penale, e quindi all'archiviazione del caso.

Così non è stato (84), e pare difficilmente sostenibile, alla luce delle discipline ricadute penali del ricorso a pratiche di giustizia riparativa nell'ambito della fase di cognizione, che il modello italiano di *restorative justice* possa davvero favorire, in maniera significativa, e in tempi ragionevoli, il riassorbimento di parte della devianza criminale in contesti extraprocessuali, consentendo, così, all'apparato giudiziario, di funzionare, con qualità ed efficacia, per un numero circoscritto di comportamenti criminosi.

In realtà, com'è stato persuasivamente osservato, la giustizia riparativa, oltre a non rilevare "a fini di efficientamento della amministrazione della giustizia con i quali è anzi in contrasto data la non conciliabilità dei suoi tempi, indeterminati e incerti, con le rigide scansioni della dinamica procedimentale" (85), "mal si concilia con il perseguimento efficace di istanze marcatamente deflative", sia perché si tratta di "una modalità di intervento sui conflitti a base consensuale e volontaria" (86), sia "per il fatto di richiedere la presenza di una vittima in carne ed ossa" (quantunque aspecifica o surrogata), ciò che la rende "modalità di intervento settoriale e, per certi aspetti, di nicchia" (87).

A tacere delle remore a percorrere la strada del dialogo riparativo e del conseguente drastico calo di appetibilità dei programmi derivanti dalla preoccupazione circa le sorti del successivo accertamento di responsabilità secondo i canoni del giusto processo e della presunzione d'innocenza, in caso di insuccesso della procedura riparativa, specie ove l'accesso fosse

più semplicemente e facilmente attraverso i normali strumenti di negoziazione della remissione col risarcimento, le restituzioni o l'eliminazione/attenuazione delle conseguenze del reato".

(81) Il nesso tra la giustizia riparativa e c.d. *probation* processuale pare rafforzato dal dato normativo riformato dal D.Lgs. n. 150/2022, atteso che il programma di messa alla prova di imputati adulti può, oggi, prevedere, tra i vari "impegni", condotte volte a promuovere, ove possibile, oltre alla mediazione con la persona offesa, "lo svolgimento di programmi di giustizia riparativa" (art. 464-bis comma 4, lett. c, c.p.p.); quello riguardante imputati minorenni può contenere, in aggiunta alle già contemplate "prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minorenne con la persona offesa dal reato", "l'invito a partecipare a un programma di giustizia riparativa, ove ne ricorrano le condizioni" (art. 28, comma 2, d.P.R. n. 448/1988).

(82) Cfr., in proposito, i rilievi di L. Kalb, *Introduzione*, in V. Bonini (a cura di), *Accertamento penale e giustizia riparativa*, in *Proc. pen. giust.*, 5, 2023 (fasc. straord.), 3.

(83) Lo sottolinea A. Presutti, *La giustizia riparativa*, cit., 4, evidenziando le ridotte potenzialità deflative della giustizia riparativa attuata in relazione ad istituti integranti cause di non punibilità sopravvenute o di estinzione del reato.

(84) Eppure, rilevano, M. Gialuz - J. Della Torre, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi*

*economica e riforma Cartabia*, Torino, 2022, 335, le previsioni dell'art. 1, comma 18, L. n. 134/2021 in materia di giustizia riparativa, ed in particolare le direttive di delega di cui alle lett. c) ed e), erano "talmente avanzate, da lasciare spazi sufficienti al Governo per aprire definitivamente le porte del nostro ordinamento - peraltro anche per i delitti - a una forma di archiviazione 'meritata', fondata, cioè, sulla buona riuscita di un programma di giustizia riparativa con la vittima di reato.

(85) Così A. Presutti, *La giustizia riparativa*, cit., 8. Sulla divergenza tra i tempi della giustizia penale tradizionale e le "tempistiche più elastiche e non calcolabili *ex ante*" della giustizia riparativa pone l'accento pure L. Parlato, *Verso un dialogo tra giustizia riparativa e penale? Bisognerà "mediare"*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 4 luglio 2022.

(86) La "volontarietà" della partecipazione e la necessità del "consenso" alla partecipazione rientrano tra i principi informatori della disciplina organica della giustizia riparativa (art. 43, comma 1, lett. a, d) e, secondo il riformatore, sono la "vera e propria cifra della giustizia riparativa e suo coefficiente 'democratico', nonché suo tratto distintivo rispetto al sistema penale coercitivo, punitivo e passivizzante" (così la *Relazione illustrativa*, cit., 535).

(87) Così G. Mannozi, *La diversion: gli istituti funzionali all'estinzione del reato tra processo e mediazione*, in <https://discrimen.it>, 20 dicembre 2019, 9.

condizionato all'ammissione (anche parziale) degli addebiti o, comunque, alla non contestazione dei fatti da parte dell'accusato.

### **Potenziali frizioni con il dettato costituzionale**

Ammissione di colpevolezza che, per vero, nessuna norma del D.Lgs. n. 150/2022 impone quale condizione di ammissibilità del percorso riparativo (88), dovendosi garantire la persona indicata come autore del fatto da qualsiasi violazione della presunzione di non colpevolezza nel procedimento penale (89). Tuttavia, una recisa protesta di estraneità rispetto al fatto, da parte dell'imputato, stridrebbe con una contestuale richiesta di avvio del percorso di mediazione penale e, se mantenuta nel corso della procedura riparativa, ne condizionerebbe negativamente l'esito: senza l'ammissione del nucleo essenziale del fatto (se non davanti all'autorità inviante, almeno davanti al mediatore) (90), sembra poter fornire risposta al conflitto solo l'"accertamento della verità", cui è preordinato il processo penale (91). E comunque, il travaso dei "dati di conoscenza" relativi alla *res in iudicium deducta* eventualmente emersi nel corso dell'attività riparativa infruttuosamente esperita dovrebbe essere scongiurato da una clausola protettiva come quella sulla inutilizzabilità delle dichiarazioni o delle informazioni emerse nel

corso del programma (art. 51, D.Lgs. n. 150/2022) (92).

In dottrina, tuttavia, sono stati avanzati dubbi circa la possibilità di garantire la assoluta impermeabilità tra i due ambiti, quello processuale e quello riparativo, paventandosi una serie di rischi per la "purezza cognitiva" dell'accertamento giurisdizionale, esprimendosi cioè il timore che le aperture del processo verso la "risoluzione delle questioni derivanti dal reato" possano inquinare il giudizio del giudice sui "fatti oggetto dell'imputazione"; sia nel senso che il giudice potrebbe, in qualche modo, nel momento del giudizio, far pesare sull'interessato la ritrosia che abbia manifestato verso una soluzione riparativa sollecitata dalla stessa autorità giudiziaria per fini deflattivi (93); sia nel senso che l'intrapresa del percorso riparativo da parte dell'interessato potrebbe essere interpretata dal giudice quale tentativo di sottrarsi all'accertamento processuale, ciò che potrebbe far maturare nell'organo giudicante un pregiudizio colpevolista (94).

In dottrina, è stato altresì paventato il pericolo che attraverso le dichiarazioni di taluno dei partecipanti al programma, eventualmente inserite nella relazione finale del mediatore (95) con il loro consenso (rilasciabile senza l'assistenza del difensore (96)), ovvero attraverso la loro audizione quali testi o

(88) Le fonti internazionali, invece, subordinano l'accesso a servizi di giustizia riparativa, se non ad una piena assunzione di responsabilità, quanto meno al riconoscimento, da parte del reo, dei "fatti essenziali del caso" [art. 12 par. 1 lett. c), Dir. 2012/29/UE e punto IV.14 della raccomandazione CM/Rec(1999)19 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa] o dei "fatti principali della vicenda" [punto V.30 dell'Appendice alla raccomandazione CM/Rec(2018)8 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa].

(89) Cfr. M. Bouchard, *Commento*, cit., 10.

(90) Cfr. E. Mattevi, *Definizioni e principi*, cit., per la quale solo il riconoscimento operato nella stanza di mediazione consentirebbe di scongiurare la possibile tensione con il principio di innocenza che permea di sé il procedimento penale.

(91) Per S. Carnevale, *Potenzialità e insidie della giustizia riparativa nella fase di cognizione*, in V. Bonini (a cura di), *Accertamento*, cit., "una parziale ammissione o non contestazione dei fatti da parte dell'accusato è indispensabile perché la riconciliazione con vittime o rappresentati della società possa avere atto. Che vi sia un episodio storico di rilevanza penale e l'imputato abbia contribuito a provocarlo non può essere posto in discussione".

(92) Prescrizione di inutilizzabilità che, rileva P. Maggio, *La riforma organica della giustizia riparativa nel d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150: un approccio ispirato dalla fiducia*, in *Iurisdictio*, 4, 2023, 280, "struttura un divieto legale di impiego probatorio che si ripercuoterà sulla decisione, sulla motivazione, e sarà censurabile in sede di impugnazione".

(93) Il timore che, durante la fase di cognizione, il sottrarsi alla strada individuata unilateralmente nel programma riparativo, dal pubblico o dal giudice, rechi *vulnus* alla presunzione di innocenza dell'imputato è espresso, tra gli altri, da G.D. Caiazza, *Se il difensore lascia il passo al mediatore*, in *PQM Il Riformista*, 29 giugno 2024, 1; L. Zilletti, *Nella giustizia riparativa di Cartabia insidie che è difficile minimizzare*, in *www.ildubbio.news*, 27 agosto 2022.

(94) Tali perplessità dottrinali, che tradiscono una certa sfiducia nella imparzialità e nella correttezza deontologica del giudice, non paiono del tutto convincenti a F. Palazzo, *Giustizia riparativa*, cit., 34, per il quale la nuova disciplina lascia intendere "chiarissimamente che qualunque aspetto del percorso riparativo, a cominciare ovviamente dalla scelta dell'imputato, deve rimanere estraneo al materiale decisionale del giudice", costituendo dovere deontologico del magistrato l'"evitare inquinamenti impropri del suo giudizio".

(95) Relazione che, a rigore, giusta il disposto dell'art. 57, comma 1, D.Lgs. n. 150/2022, dovrebbe contenere la descrizione essenziale dell'accordo di riparazione raggiunto e delle attività svolte per conseguirlo, senza alcun riferimento al contenuto del dialogo tra le parti.

(96) Giova rammentare che il D.Lgs. n. 150/2022 consente ai difensori della persona indicata come autore dell'offesa e della vittima del reato di presenziare, su richiesta delle persone interessate, ai colloqui preliminari individuali tra il mediatore e ciascuno dei potenziali partecipanti, diretti a fornire a costoro le informazioni previste dall'art. 47, comma 3, a raccogliere la loro adesione partecipativa (sempre ritrattabile) ai programmi e a verificare la fattibilità dei programmi stessi (art. 48, comma 6); nonché di affiancare nuovamente l'assistito nella fase conclusiva del programma, in cui si passa alla redazione dell'accordo, benché esclusivamente con riguardo alla "definizione degli accordi relativi all'esito materiale" (art. 56, comma 5). Non è prevista la loro partecipazione alla stanza degli incontri, "cui invece sono ammessi" - osserva polemicamente D. Bertaccini, *La giustizia riparativa*, cit., 15 - "mediatore-decisore politici, tecnici, amministratori (locali e no), imprenditori (moralì e no), poliziotti e assistenti". La "marginalizzazione dei difensori" nel contesto della procedura riparativa è stata oggetto di diffuse critiche in dottrina (cfr., per tutti, O. Mazza, *Così la giustizia riparativa può indebolire il*

# Opinioni

## Processo penale

parti, “possa entrare nel patrimonio conoscitivo del giudice qualche elemento idoneo ad influenzare negativamente il suo giudizio” (97).

E se non manca chi sostiene con vigore la tesi dell'assoluta inconciliabilità tra processo penale e giustizia riparativa (98), c'è chi tiene a precisare che, quando sono le parti a proporre e ad accettare l'invio al Centro di giustizia riparativa “i rischi d'insuccesso e di ricaduta negativa per le persone e sull'eventuale seguito processuale sono ridotti al minimo” (99); fermo restando che disposizioni normative come quelle degli artt. 48, 54 e 58, D.Lgs. n. 150/2022 sono state concepite proprio per escludere conseguenze negative derivanti dalla mancata adesione o dal fallimento dell'invio d'autorità dell'accusato al Centro per la giustizia riparativa di riferimento, invio da intendersi come una sorta di “incentivo”, di “spintarella gentile” - evocante la “tecnica del *nudge*” familiare all'economia comportamentale ed alla filosofia politica - mossa da “un palese obiettivo deflativo, tutte le volte che sia auspicabile una definizione anticipata nell'interesse dell'imputato” (100).

### **Dubbi interpretativi in tema di invio officioso dei casi ai Centri di giustizia riparativa**

Se è così, occorre intendersi, allora, sulla ragion d'essere e sulla portata del meccanismo processuale di avvio dei percorsi riparativi disciplinato dall'art. 129-bis c.p.p. Gli interrogativi che suscita tale disposizione normativa sono numerosi e niente affatto scontati. Innanzitutto: può avere inizio e svolgersi,

un programma di giustizia riparativa, senza l'*input* o, comunque, in assenza di un provvedimento dispositivo dell'autorità giudiziaria procedente? E qualora fosse consentito, ai privati interessati, di rivolgersi direttamente ai Centri per la giustizia riparativa, ed a questi di fornire il servizio richiesto in mancanza di un mandato magistratuale, la partecipazione al programma con esito riparativo avrebbe rilievo in sede processuale penale (ad es., ai fini dell'applicazione della circostanza attenuante di cui all'art. 62, n. 6, c.p. o della sospensione condizionale “breve” della pena ex art. 163, comma 4, c.p.), alla stessa stregua di un percorso di giustizia riparativo avviato su disposizione dell'autorità giudiziaria ai sensi dell'art. 129-bis c.p.p.?

Cercare di rispondere a tali domande è tutt'altro che agevole, posto che la relazione tra giustizia riparativa e procedimento penale, come legislativamente costruita, presenta aspetti non del tutto chiari, dei quali è possibile fornire più chiavi di lettura.

Un punto che non sembra revocabile in dubbio è che, nell'impianto complessivo del D.Lgs. n. 150/2022, i rapporti tra i due paradigmi di giustizia penale, quello “riparativo” e quello “punitivo” (*recte*, “contenzioso”) (101), sono stati costruiti nel segno della complementarità, collocandosi ed operando i due modelli su terreni attigui, che hanno la loro comune scaturigine nella ipotesi di reato (102) ma che, pur presentando diversi punti di contatto, svariati canali di collegamento, sono - per così dire - sgravati da reciproche servitù.

*ruolo del difensore e il diritto a un giusto processo*, in *www.ildubbio.news*, 21 settembre 2023), ma vi è stato anche chi, come R. Orlandi, *Giustizia penale*, cit., 92-93, si è detto non stupito della scelta del riformatore, reputando, anzi, opportuno che i difensori “si astengano dall'intervenire con troppo zelo, anche perché la loro presenza rischierebbe di interferire negativamente con l'opera di mediazione. I loro interventi dovrebbero limitarsi a consigliare i rispettivi assistiti (vittima e soggetto indicato come autore del reato) circa le conseguenze in ambito processuale penale delle scelte riparatorie: un'attività di consulenza che - ben s'intende - potrebbe svolgersi anche fuori degli incontri con i mediatori”.

(97) Così V. Alberta, *La riforma organica della giustizia riparativa è entrata in vigore*, in *www.altalex.com*, 29 agosto 2023. Che il diaframma istituito per separare le attività riparative da quelle giudiziarie sia di dubbia consistenza viene rimarcato pure da D. Bertaccini, *La giustizia riparativa*, cit., 15; F. Giunta, *La giustizia “de-punitiva”*: *contrizione e riconciliazione*, in *www.discrimen.it*, 2 settembre 2023, 6 ss.

(98) Cfr. O. Mazza, *Art. 129-bis c.p.p.*, in A. Giarda - G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura commentato*, I, Milano, 2023, 1969, per il quale la giustizia riparativa presuppone ruoli di colpevole e di vittima di reato cristallizzati già in fase di cognizione, in contrasto con il principio della presunzione d'innocenza, che impone addirittura il ribaltamento dei ruoli, per cui l'imputato va considerato non colpevole e la vittima va presunta non tale o comunque non vittima dell'azione dell'imputato. Dello stesso A. si veda, altresì, *Il decreto attuativo della riforma Cartabia (ignorato*

*dai partiti) ha vizi di costituzionalità*, in *www.ildubbio.news*, 20 agosto 2022, ove la giustizia riparativa viene definita come “un gioco di ruolo che può svolgersi solo dopo l'accertamento della responsabilità secondo le regole del giusto processo, non certo ai blocchi di partenza, quando i ruoli non sono definiti, per ordine di un giudice che così esprime debitamente il suo convincimento senza divenire incompatibile al successivo giudizio”; cfr., inoltre, Id., *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, in *Arch. pen. web*, 2, 2022, 23 ss.

(99) M. Bouchard, *Commento*, cit., 9.

(100) Così M. Bouchard, *Commento*, cit., 9; in replica, S. Carnevale, *Potenzialità*, cit., 86 ss., osserva che l'evocata “spinta gentile” è comunque “spinta data da un soggetto che indossa la toga e tra le mani ha la spada della giustizia punitiva. Non ne userà la lama ma l'elsa per sospingere verso la conca della mediazione”, sicché “non si può parlare di determinazioni libere dei soggetti esortati per questa via ad intraprendere i programmi”.

(101) Crediamo che l'aggettivo “contenzioso” qualifici meglio di ogni altro la realtà del processo penale, che si caratterizza per l'aspetto dialettico, immanente nella controversia giuridica e nel conflitto di opinioni che vi è implicato, e non già per il suo esito “punitivo”, solo eventuale, giacché presupponente un accertamento positivo e definitivo della responsabile penale dell'imputato per il fatto ascrittogli.

(102) Lo sottolinea V. Bonini, *Giustizia riparativa e garanzie nelle architetture del D.Lgs. 150/2022*, *www.sistemapenale.it*, 24 novembre 2023, 2.

Ciò significa che la giustizia riparativa, in quanto complementare, trova nel procedimento penale il suo *habitat* privilegiato ma non esclusivo, nel senso che non deve necessariamente “adattarsi al procedimento penale ove il suo traguardo conciliativo possa essere perseguito senza intralciarne finalità e regole” (103); per converso, “al procedimento penale non si chiede di adeguarsi alla giustizia riparativa, assoggettata anzi al rispetto delle sue condizioni” (104).

Che la *restorative justice* presenti una propria autonomia strutturale e funzionale rispetto al procedimento penale, lo si evince dal fatto che alla stessa potrebbe farsi ricorso, ai sensi dell'art. 44, comma 2, D.Lgs. n. 150/2022, anche dopo l'intervenuto proscioglimento per motivi processuali (solo per determinate formule), nonché *post iudicatum*, durante o, addirittura, dopo l'esecuzione della pena o della misura di sicurezza. Ove poi il conflitto fosse correlato ad un delitto perseguibile a querela, l'accesso a programmi di giustizia riparativa sarebbe possibile anche prima della proposizione della querela, condizione di procedibilità, questa, che può fungere anche da veicolo di trasmissione della *notitia criminis* e, per questa via, segnare l'apertura del procedimento penale.

Percorso di giustizia riparativa e procedimento penale, pertanto, non necessariamente sono destinati a condividere segmenti spazio-temporali, potendo prendere avvio in momenti diversi e svilupparsi in territori autonomi.

Il problema è capire se, in pendenza del procedimento penale (in qualsiasi stato e grado), l'accesso ad un programma di giustizia riparativa - consentito, dall'art. 44, comma 1, D.Lgs. n. 150/2022, “senza preclusioni in relazione alla tipologia di illecito penale o alla sua gravità” - presupponga l'*input* dell'autorità giudiziaria (giudice o pubblico ministero) o, comunque, il suo benessere (105).

Orbene, nessuna delle disposizioni normative racchiuse nel Titolo IV del D.Lgs. n. 150/2022 attribuisce all'autorità giudiziaria, operi questa nell'ambito del processo di cognizione ovvero nella fase *post rem iudicatam*, il ruolo di *gate keeper* della giustizia riparativa, subordina cioè l'avvio di un programma di giustizia riparativa ad una sua iniziativa o a un suo provvedimento autorizzatorio. L'autorità giudiziaria, infatti, per un verso, viene gravata di un obbligo informativo - previsto dall'art. 47, comma 1 - in ordine alla facoltà, per la persona indicata come autore dell'offesa e la vittima del reato, di accedere ai programmi di giustizia riparativa e ai servizi disponibili (106); per altro verso, viene individuata come destinataria, anche su sua richiesta, di “comunicazioni”, da parte del mediatore, “sullo stato e sui tempi del programma” (art. 55, comma 4) e circa “la mancata effettuazione del programma, l'interruzione dello stesso o il mancato raggiungimento di un esito riparativo” (art. 57, comma 2); nonché della “relazione” contenente “la descrizione delle attività svolte e dell'esito riparativo raggiunto” redatta dal mediatore a conclusione del programma (art. 57, comma 1). Per il resto, le si impone di “valuta(re)”, per le determinazioni di competenza, “lo svolgimento del programma” e “l'eventuale esito riparativo” (art. 58, comma 1), precludendole di trarre elementi *contra reum* da un eventuale insuccesso della procedura riparativa (art. 58, comma 2).

Diversa è l'impostazione della normativa di raccordo del sistema di giustizia riparativa con il procedimento penale espressa nel codice di rito (107).

Qui, infatti, a parte la previsione - ripetuta ossessivamente in numerose disposizioni del codice - circa l'obbligo, da parte dell'autorità giudiziaria (108) e, in determinate circostanze, degli organi di polizia giudiziaria (109), di informare la persona indicata come autore dell'offesa e la vittima del reato della facoltà di accedere ai programmi di giustizia riparativa, obbligo,

(103) Sono parole di A. Presutti, *La giustizia riparativa*, cit., 7.

(104) Così, ancora, A. Presutti, *La giustizia riparativa*, cit., 6.

(105) Circa l'accesso ai programmi di giustizia riparativa in assenza di pendenze penali per il fatto che ha generato la situazione conflittuale, cfr., per tutti, L. Bartoli, *La giustizia riparativa*, cit., 939 ss., anche per la prospettazione di alcuni nodi problematici configurabili in relazione a ciascuna delle situazioni che legittimano, ai sensi dell'art. 44 D.Lgs. n. 150/2022, la presa in carico del conflitto, da parte del mediatore, a monte o a valle del procedimento penale.

(106) Incombenza informativa, peraltro, estesa, dal successivo comma 2, ad altri organismi e strutture (“istituti e servizi, anche minorili, del Ministero della giustizia”, “servizi sociali del territorio”, “servizi di assistenza alle vittime”, “autorità di pubblica sicurezza”) e ad ogni operatore che, a qualsiasi titolo, sia in contatto con gli attori del conflitto.

(107) Quanto alle intersezioni tra giustizia riparativa e ordinamento penitenziario, regolate, essenzialmente, dall'art. 15-bis, L.

n. 354/1975 e, relativamente all'esecuzione penale minorile, dall'art. 1-bis, D.Lgs. n. 121/2018, cfr., tra gli altri, M. Bortolato, *Giustizia riparativa ed esecuzione penale*, in V. Bonini (a cura di), *La giustizia riparativa*, cit., 287 ss.; E. Antonuccio, *Giustizia riparativa e minorenni*, *ivi*, 311 ss.; v., pure, M. Boucharde - F. Fiorentin, *La giustizia riparativa*, cit., 335 ss.; nonché, volendo, G. Daraio, *La giustizia riparativa in ambito penale: tratti distintivi e spazi operativi nella fase della cognizione e in executivis*, in P. Balducci - A. Macrillò - L. Violi (a cura di), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, 2024, 1037 ss.

(108) Cfr. gli artt. 90-bis, comma 1, lett. p-bis); 90-bis.1; 369, comma 1-ter; 408, comma 3; 409, comma 2; 415-bis, comma 3; 419, comma 3-bis; 429, comma 1, lett. d-bis); 447, comma 1; 460, comma 1, lett. h-bis); 552, comma 1, lett. h-bis); 656, commi 3 e 5, e 660, comma 3, c.p.p.

(109) Cfr. gli artt. 293, comma 1, lett. i-bis), e 386, comma 1, lett. i-bis), c.p.p.

## Opinioni

# Processo penale

peraltro, sprovvisto di sanzione per il caso di sua inosservanza (110), viene dettata, nell'art. 129-bis c.p.p., una specifica disciplina dell'accesso ai programmi di giustizia riparativa per le ipotesi in cui il procedimento penale per il reato cui è correlato il conflitto sia già, e ancora, in corso di svolgimento. In estrema sintesi (avendo già in precedenza accennato, in varie occasioni, ad alcuni profili di tale disciplina), si dispone che il giudice competente (individuato anche sulla base dell'art. 45-ter disp. att. c.p.p. (111)) o, nel corso delle indagini preliminari, il pubblico ministero, su istanza dell'imputato o della vittima del reato (proposta personalmente o per mezzo di procuratore speciale) o anche di ufficio, sentite le parti processuali e i difensori nominanti, nonché, all'occorrenza, la vittima del reato (non costituita parte civile) (112), possa disporre l'invio del caso ad un Centro per la giustizia riparativa, per l'avvio di un programma di giustizia riparativa. All'autorità giudiziaria procedente, dunque, viene conferito un potere di iniziativa, tendente, non già

- come paventato da una parte della dottrina - all'imposizione officiosa dell'avvio del percorso di giustizia riparativa (ciò che sarebbe in contrasto con il principio cardine della *restorative justice*, vale a dire l'accesso libero e volontario degli interessati) (113), ma, più semplicemente, a "verificare una generica disponibilità degli interessati ad essere contattati dal Centro per la giustizia riparativa" (114), sempre che ravvisi l'utilità dello svolgimento del programma riparativo ai fini della risoluzione delle questioni derivanti dal fatto per cui si procede (parametro di valutazione positivo) ed escluda che dal percorso riparativo possa discendere un pericolo concreto, sia per gli interessati che per l'accertamento dei fatti (parametri di valutazione negativi) (115). Nessuna imposizione, dunque, di accesso e di svolgimento del programma di giustizia riparativa; né sarebbe consentita, all'autorità giudiziaria che abbia disposto l'invio del caso al Centro, una verifica del consenso degli interessati ad intraprendere la strada del dialogo riparativo, che gli artt. 48, comma 6, e 54,

(110) Lo ha rimarcato la Corte di cassazione, sin dalla sua prima pronuncia in tema di giustizia riparativa: cfr. Cass., Sez. VI, 9 maggio 2023, n. 25367, in *Arch. pen. web*, 2, 2023, con nota di A. Pisconti, *Una precoce pronuncia della Cassazione in materia di giustizia riparativa*, ove si attribuisce all'avviso *de quo* una finalità meramente informativa, non presidiata da alcuna previsione di nullità, considerato anche che detto avviso si inserisce in una fase in cui l'imputato beneficia dell'assistenza difensiva, con la conseguenza che dispone già del necessario presidio tecnico finalizzato alla migliore valutazione delle molteplici alternative processuali previste dal codice, ivi compresa quella di richiedere l'accesso al programma di giustizia riparativa; conf. Cass., Sez. II, 12 dicembre 2023, n. 6595, Baldo, in *www.italgiure.giustizia.it*; *contra* Cass., Sez. IV, 9 maggio 2023, n. 32360, *ivi*, che, in tema di patteggiamento, ha ravvisato una nullità di ordine generale a regime intermedio ex art. 178, lett. c), c.p.p., nel mancato avviso, nel decreto di fissazione dell'udienza di cui all'art. 447, comma 1, c.p.p., della facoltà della parte di accedere ai programmi di giustizia riparativa. Circa il contrasto emerso, in seno alla Corte di cassazione, in ordine alle conseguenze dell'omesso avviso della facoltà di accedere ai programmi di giustizia riparativa, cfr. S. Del Popolo, *I contrapposti orientamenti della Corte di Cassazione sui vizi derivanti dell'omesso avviso all'imputato della facoltà di accedere ai programmi di giustizia riparativa. Uno snodo cruciale per il futuro dell'istituto?*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 1, 2024.

(111) La competenza a decidere è fissata in base alla disponibilità del fascicolo: a seguito del decreto di citazione diretta a giudizio, provvede il giudice delle indagini preliminari fino a quando il fascicolo non sia fisicamente nella disponibilità del giudice del dibattimento; dopo la pronuncia della sentenza e prima della trasmissione degli atti, provvede il giudice che ha emesso la sentenza. Durante la pendenza del ricorso in cassazione, decide il giudice che ha emesso il provvedimento impugnato (a quest'ultimo proposito, cfr. Cass., Sez. III, 7 febbraio 2024, n. 18027, in *www.altalex.com*, 6 giugno 2024, con nota di A. Larussa, *Giustizia riparativa: inammissibile la richiesta nel giudizio di cassazione*).

(112) Uno dei due attori del conflitto, la vittima del reato, dunque, potrebbe non essere coinvolta in questo passaggio procedimentale che dà abbrivio ad un percorso di giustizia riparativa, dal momento che la sua audizione (allorché la vittima non si sia costituita parte civile e non rientri dunque tra le "parti"

processuali) non costituisce un obbligo del giudice bensì una mera facoltà, esercitabile qualora ne sia ritenuta la "necessità" (ciò, si chiarisce nella *Relazione illustrativa*, cit., 577-578, per "la necessità di non appesantire eccessivamente il procedimento onerando il giudice della ricerca della vittima e della sua audizione"). La non obbligatorietà di audire anche le vittime/persone offese nel contesto del contraddittorio argomentativo che precede la decisione del giudice costituisce, invero, un profilo della disciplina sulla giustizia riparativa introdotta dalla riforma Cartabia che ha suscitato diffuse critiche in dottrina. Cfr., per tutti, M. Bouchard, *Commento*, cit., 10, che stigmatizza l'"insolita asimmetria, posto che il luogo di destinazione degli inviati presuppone la loro pari dignità", con il conseguente rilievo che "fin dall'incipit questa riforma 'riparativa' - contrariamente alle affermazioni di principio - non è stata concepita nel rispetto dell'equilibrio degli interessi in gioco e della pari dignità delle parti sostanziali".

(113) Cfr., al riguardo, A. Presutti, *La giustizia riparativa*, cit., 8 ss., la quale, in considerazione delle peculiarità della giustizia riparativa, destituendo di fondamento alcune preoccupazioni e riserve formulate in dottrina con riguardo alla previsione di cui all'art. 129-bis c.p.p., esclude recisamente che l'iniziativa officiosa dell'autorità giudiziaria procedente possa in qualche modo prevaricare le legittime strategie difensive dell'indagato/imputato, costringendolo ad una riconciliazione con la vittima.

(114) Così V. Alberta, *La riforma organica*, cit.

(115) Circa il rischio che il criterio dell'"utilità" si risolva in regola di giudizio anche nel merito dei fatti, con conseguente *vulnus* al principio di non colpevolezza e prevaricazione del lavoro del mediatore di analisi della fattibilità del programma riparativo, cfr. M. Bouchard - F. Fiorentin, *La giustizia riparativa*, cit., 193 ss., 411, i quali sembrano condividere la posizione di chi - come E. Mattevi, *La giustizia riparativa: disciplina organica*, cit., 249 e S. Carnevale, *Potenzialità*, cit., 94 ss. - ritiene che all'autorità giudiziaria dovrebbe spettare il solo ruolo di verifica sui rischi del programma chiesto concordemente dalle parti, mentre andrebbe riservata ai mediatori la valutazione dell'utilità potenziale del percorso. Sulla triplice valutazione di ammissibilità cui è tenuto il magistrato ai fini dell'invio, ex art. 129-bis c.p.p., degli interessati davanti ai mediatori, cfr., tra i tanti, L. Bartoli, *La giustizia riparativa*, cit., 943 ss.; R. Muzica, *Il ruolo dell'autorità giudiziaria nei programmi di giustizia riparativa*, in *Sist. pen.*, 5, 2024, 32 ss.

comma 1, D.Lgs. n. 150/2022 demandano alla valutazione esclusiva del mediatore designato dal Centro, unico soggetto legittimato altresì alla scelta del programma di giustizia riparativa più adatto al caso concreto ed alla valutazione circa la sua fattibilità (116).

Appurato che l'iniziativa dell'autorità procedente in materia di giustizia riparativa non significa disporre d'ufficio un contatto interpersonale tra gli attori del conflitto e tanto meno costringere l'indagato/imputato e la vittima a partecipare ad un percorso di riconciliazione cui non intendano aderire (anche perché il rifiuto di partecipare o portare a termine il percorso riparativo non sarà mai valutabile dal giudice penale), resta da capire se, in mancanza dell'iniziativa ufficiosa dell'autorità giudiziaria, gli attori del conflitto, desiderando intraprendere un percorso orientato alla risoluzione delle questioni derivanti dal reato, siano legittimati a rivolgersi direttamente ad una struttura pubblica preposta all'erogazione di servizi di giustizia riparativa oppure debbano necessariamente provocare, con apposita istanza, l'intervento dell'autorità giudiziaria ed attendere che questa disponga, con ordinanza (il giudice) o con decreto (il pubblico ministero), l'invio del caso al Centro per la giustizia riparativa di riferimento.

Da diverso angolo visuale, occorre domandarsi se un Centro per la giustizia riparativa legalmente istituito ed operante in conformità alla disciplina sulla giustizia riparativa espressa nel D.Lgs. n. 150/2022 ed alle disposizioni attuative di rango secondario, possa prendere in carico un caso per l'avvio di un programma di giustizia riparativa, senza l'investitura dell'autorità giudiziaria, allorché il conflitto da comporre sia correlato ad un reato ancora nell'alveo del procedimento accertativo penale.

Orbene, l'aver ancorato sia l'iniziativa, per così dire, "sollecitatoria" dell'autorità giudiziaria sia la delibazione di ammissibilità, da parte di questa, della domanda di parte, alla verifica di sussistenza di alcune condizioni (positive e negative) indicate nel comma 3 dell'art. 129-bis c.p.p. induce a ritenere

indispensabile, per l'intrapresa di un percorso di giustizia riparativa in costanza di accertamento penale, il coinvolgimento dell'autorità procedente (specie quando l'indagato/imputato si trovi sottoposto a vincolo cautelare per esigenze probatorie o per scongiurare la reiterazione del reato), non potendosi escludere ripercussioni negative della pratica riparativa sulla concomitante ricostruzione giudiziaria dei fatti di causa (es., pericolo di inquinamento probatorio) o un *vulnus* alle esigenze di difesa sociale sottese (anche) al procedimento penale (es., rischio per l'integrità fisica e/o morale della vittima o per l'incolumità dello stesso indagato/imputato) (117).

Tuttavia, non va trascurato di considerare il grosso sforzo amministrativo, organizzativo e finanziario richiesto per la creazione e la gestione delle strutture pubbliche deputate all'erogazione dei servizi di giustizia riparativa in materia penale e per la formazione e l'aggiornamento dei mediatori, sforzo difficilmente giustificabile ove l'operatività di tali strutture, per la gestione di conflitti correlati a fatti ancora in corso di accertamento in sede penale, dipendesse esclusivamente da un mandato conferito, di volta in volta, dall'autorità giudiziaria procedente, per giunta, improntato a logiche di massima discrezionalità, non motivato e insindacabile.

Perché è questa l'interpretazione - che pare ormai consolidata - patrocinata dalla Corte di cassazione, la quale, pronunciandosi in tema di accesso ai percorsi *restorative* in costanza di accertamento penale, ha affermato che la possibilità, per il giudice, di disporre *ex officio* l'invio delle parti ad un centro di mediazione è rimessa ad una sua valutazione discrezionale, non soggetta ad obbligo di motivazione, con la conseguenza che nel caso di mancata attivazione ufficiosa del percorso riparativo nessuna nullità (sia speciale sia di ordine generale) è configurabile, non essendo compromesso alcuno dei diritti e facoltà elencati nell'art. 178, lett. c), c.p.p. (118). Quanto poi ad eventuali provvedimenti reiettivi di richieste in tal senso provenienti dagli interessati, premesso che - ha affermato la Suprema Corte - la sola richiesta di

(116) Al riguardo, cfr., anche per riferimenti bibliografici ulteriori, V. Bonini - P. Maggio, *L'impugnazione dei provvedimenti a carattere riparativo: equilibri e squilibri tra sistemi*, in *Sist. pen.*, 2, 2023, 9 ss.

(117) Del resto, il criterio direttivo enunciato *sub art.* 1, comma 18, lett. c), L. n. 134/2021 dà mandato al legislatore delegato di disciplinare l'accesso ai programmi di giustizia riparativa, con riguardo sia alla fase della cognizione sia a quella dell'esecuzione, "su iniziativa dell'autorità giudiziaria competente". E, nella *Relazione illustrativa*, cit., 577, si puntualizza che, proprio per dare attuazione a tale criterio direttivo si è stabilito, nell'art. 129-bis c.p.p., che quando è in corso un procedimento penale, deve essere

l'autorità giudiziaria ad aprire le porte allo svolgimento di un programma di giustizia riparativa alle parti che ne abbiano interesse. Lettura interpretativa, questa, patrocinata anche dall'Ufficio del Massimario, Corte di Cassazione, *Relazione su novità normativa. La "riforma Cartabia"*, 2, 2023, Roma, 5 gennaio 2023, 299, ove si sottolinea che l'invio degli interessati al programma di giustizia riparativa, ai sensi dell'art. 129-bis, comma 3, "va inteso come una sorta di autorizzazione indispensabile per l'avvio ai programmi".

(118) Cfr. Cass., Sez. II, 12 dicembre 2023, n. 6595, Baldo, cit.; Cass., Sez. VI, 9 maggio 2023, n. 25367, cit.

accesso non fa sorgere in capo all'interessato il diritto ad essere avviato presso un Centro per lo svolgimento del programma richiesto (119), nessuna disposizione codicistica od extracodicistica prevede l'impugnabilità, nell'ambito del procedimento penale, dei provvedimenti di rigetto della richiesta di accesso ad un programma di giustizia riparativa, e il rispetto del principio di tassatività dei mezzi di impugnazione, espresso dall'art. 568, comma 1, c.p.p., impedisce di mutare, a tal fine, il regime d'impugnabilità di provvedimenti diversi; né - secondo i giudici di legittimità - i provvedimenti *de quibus* sono riconducibili al novero di quelli in materia di libertà personale, in relazione ai quali l'art. 111, comma 7, Cost., ammette la ricorribilità per cassazione per violazione di legge, mancando in essi la capacità di incidere in via definitiva su situazioni giuridiche di diritto soggettivo e di produrre, con efficacia di giudicato, effetti di diritto sostanziale e processuale sul piano contenzioso della composizione di interessi contrapposti (120). Tali considerazioni hanno indotto la Corte di cassazione a concludere che la mancata previsione, nella disciplina procedimentale della giustizia riparativa, dell'impugnabilità della decisione giudiziale, non costituisce affatto una lacuna della normativa né un *vulnus* al diritto di difesa costituzionalmente garantito, bensì rappresenta una scelta consapevole del legislatore, ricollegata alla speciale natura, "non giurisdizionale", delle procedure *restorative*, che si concretano in "un servizio pubblico di cura relazionale tra persone, disciplinato da regole non mutuabili da quelle del processo penale, che talora risultano incompatibili con queste ultime" (121).

(119) Così Cass., Sez. IV, 6 dicembre 2023, n. 646, in *CED*, n. 285764. In dottrina, cfr. G. Mannozi, *Le sfide*, cit., 14 ss., la quale esclude che il legislatore della riforma abbia inteso riconoscere agli interessati un vero e proprio *diritto* di partecipare ad una procedura *restorative*, mancando nel D.Lgs. n. 150/2022 un riferimento esplicito al riguardo e non essendo stato contemplato alcun rimedio per coloro che si vedano negare la richiesta di accedere a un programma di giustizia riparativa o per l'inerzia dell'autorità inquirente.

(120) Così Cass., Sez. II, 12 dicembre 2023, n. 6595, Baldo, cit.; in linea, Cass., Sez. II, 1° marzo 2024, n. 12986, in *DeJure*. In punto di impugnabilità delle ordinanze di rigetto della richiesta di accesso ai programmi di giustizia riparativa, un parziale *revirement* della Corte si registra negli ultimi tempi; infatti, nella sent. 7 giugno (dep. 27 agosto) 2024, n. 33152, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 26 settembre 2024, i giudici della Sez. III della Suprema Corte, muovendo dalla premessa che la regola, sancita nell'art. 586, comma 1, c.p.p., dell'impugnazione differita dell'ordinanza emessa nel corso degli atti preliminari o nel dibattimento, implica la necessità di una influenza giuridicamente rilevante delle determinazioni del provvedimento interlocutorio sul contenuto della successiva sentenza, hanno affermato che "l'ordinanza di rigetto della richiesta di accesso ai programmi di giustizia riparativa può ritenersi giuridicamente influente sull'esito del processo, e quindi impugnabile unitamente alla sentenza, nel solo caso di reati perseguibili a

### La riconducibilità della giustizia riparativa all'alveo della giustizia penale "in senso lato"

La ricostruzione effettuata dalla giurisprudenza di legittimità circa il nesso tra discrezionalità del giudice, obblighi motivazionali e impugnabilità del provvedimento *ex art. 129-bis c.p.p.* se, per un verso, consegna all'arbitrarietà giudiziale la possibilità di fruizione dei servizi riparativi in pendenza di procedimento penale, con ricadute disincentivanti rispetto alle pratiche *restorative*, per altro verso, tradisce una malcelata avversione da parte dei giudici nostrani verso quella che è stata definita "il fiore all'occhiello" (122) o "la connotazione culturale più schiettamente identitaria" (123) del complessivo intervento riformistico prefigurato dalla L. n. 134/2021 ed attuato con il D.Lgs. n. 150/2022.

Ostilità o, comunque, insofferenza verso il paradigma riparativo che, verosimilmente, è alla base anche della sconcertante leggerezza interpretativa che ha portato, di recente, il supremo collegio della nomofilachia ad inciampare in un "grossolano errore di diritto" (124). Il riferimento è alla pronuncia (125) con la quale i giudici di legittimità, per giustificare il disposto annullamento delle decisioni con cui la magistratura di sorveglianza aveva ammesso alla struttura penitenziaria operatori di un'associazione per valutare la praticabilità di un programma di giustizia riparativa, ha escluso - in palese contrasto con la normativa introdotta dal D.Lgs. n. 150/2022 e con l'evoluzione storico-esprienziale della giustizia riparativa nel nostro Paese - la possibilità di avviare

querela soggetta a remissione, e se la richiesta sia stata presentata dall'imputato. Solo in tale ipotesi, infatti, è previsto che il giudice possa disporre la sospensione del processo "al fine di consentire lo svolgimento dei programmi di giustizia riparativa".

(121) Cfr., per tutte, Cass., Sez. II, 12 dicembre 2023, n. 6595, Baldo, cit., pronuncia oggetto di serrata critica da parte di V. Bonini - P. Maggio, *L'impugnazione*, cit., 5 ss.

(122) Cfr., tra i tanti, D. Certosino, *Giustizia riparativa e processo penale: luci e ombre di una nuova modalità di risposta al reato*, in *Mediaries*, 1, 2022, 65; P. Dell'Anno, *La giustizia riparativa sotto la lente di ingrandimento della Carta costituzionale: prime osservazioni*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 5 settembre 2023; A. Manna, *Aspetti positivi e negativi del "fiore all'occhiello" della riforma Cartabia*, in *PQM Il Riformista*, 29 giugno 2024, 4; A. Zampaglione, *La delega in tema di "giustizia riparativa" tra principi costituzionali e criticità processuali*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 11 aprile 2022.

(123) G.D. Caiazza, *Se il difensore*, cit., 1.

(124) L'espressione è di M. Gialuz, *La giustizia riparativa, questa sconosciuta. Uno svarione della Suprema Corte*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 19 novembre 2024.

(125) Si tratta di Cass., Sez. I, 9 luglio (dep. 7 novembre) 2024, n. 41133, in [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it), nonché in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 19 novembre 2024, con nota di M. Gialuz, *La giustizia riparativa*, cit.

procedure riparative *in executivis*, vale a dire proprio nella fase costituente il “terreno di elezione” (126) di questo paradigma di giustizia (127).

Ma, al di là di accostamenti poco meditati alla normativa in tema di giustizia riparativa, potenzialmente forieri di “pasticci nomofilattici” come quello poc’anzi evidenziato, suscettibile “di vanificare tanti progetti e tante speranze alimentate da una riforma coraggiosa e di dare la stura a controriforme già avviate” (128), ciò che più preoccupa è l’atteggiamento riduttivistico - e, in certa misura, svilente - del supremo organo della giustizia ordinaria verso le pratiche di giustizia riparativa, concepite alla stregua di procedure amministrative d’impronta prettamente umanistica, estranee agli orizzonti valoriali e finalistici della giustizia penale, identificata esclusivamente con il procedimento penale.

Ora, è comprensibile che le procedure *restorative*, realizzando un paradigma orizzontale di giustizia dove i conflitti sono tendenzialmente riportati sotto il controllo diretto delle parti antagoniste e della collettività (129), vengano guardate con diffidenza dai magistrati, nel timore di perdere potere autoritativo. Ciò, tuttavia, non giustifica la relegazione delle stesse “all’ordine di un servizio pubblico di cura della relazione tra persone, non diversamente da altri servizi di cura relazionale ormai diffusi in diversi settori della sanità e del sociale” (130).

Dietro questa lapidaria affermazione (131), che sbrigativamente e riduttivamente equipara i Centri per la giustizia riparativa ad una delle tante realtà, pubbliche e private, operanti sul territorio, che - meritoriamente - erogano servizi tesi a sostenere e valorizzare le relazioni umane ed a promuovere il benessere e

l’inclusione sociale delle persone, si cela un’idea della giustizia penale come servizio pubblico funzionale, esclusivamente, all’accertamento giurisdizionale dei reati ed alla sottoposizione a trattamento punitivo-rieducativo dei soggetti giudicati colpevoli, non anche alla ricomposizione della frattura relazionale provocata dal comportamento illecito, nei rapporti interpersonali e all’interno del corpo sociale; compito, quest’ultimo, che si ritiene riservato a strutture e servizi di natura “amministrativa”, deputati ad interagire con l’istituzione giudiziaria/penitenziaria nell’ambito di un rapporto concepito, dal D.Lgs. n. 150/2022, in chiave di “complementarità integrativa” (132) e di non sovrapposibilità con la giustizia penale.

Orbene, a noi pare che l’operata “istituzionalizzazione” della *restorative justice*, con l’“accentramento” da parte dello Stato (con un riparto di competenze tra Governo, Regioni ed Enti locali) della sua *governance* (133), abbia sì confermato la visione di Nils Christie (134) - a proposito dei conflitti “rubati” alle persone e alla comunità “dallo Stato e dagli attori del suo meccanismo istituzionale, ossia i giuristi professionisti” (135) - ma, nel contempo, abbia ridefinito gli orizzonti della giustizia penale nel nostro Paese, ampliandoli sino a ricomprendere la realtà della giustizia riparativa.

Non appare più sostenibile, insomma, uno schematico che opponga *tout court* “giustizia penale” e “giustizia riparativa”: questa, alla luce della regolamentazione datane dalla riforma Cartabia, lungi dal doversi considerare, semplicemente, una prestazione amministrativa di carattere umanistico-assistenziale, da rendere - su base consensuale e

(126) M. Bortolato, *Giustizia riparativa*, cit., 289.

(127) Che la fase dell’esecuzione penale sia quella maggiormente propizia alla intrapresa di percorsi tesi alla ricomposizione della frattura relazionale correlata al reato, è tesi da tempo patrocinata dallo scrivente; cfr., volendo, G. Daraino, *Il “principio riparativo” quale paradigma di gestione del conflitto generato dal reato: applicazioni e prospettive*, in *questa Rivista*, 2013, 362; nonché, di recente, Id., *La giustizia riparativa in ambito penale*, cit., 1032 ss.

(128) Sono parole di M. Gialuz, *La giustizia riparativa*, cit., che ascrive il travisamento della normativa in materia di giustizia riparativa da parte dei giudici di legittimità ad “un abbaglio” determinato, verosimilmente, “dal numero impressionante di decisioni che la Corte pronuncia e che ogni singolo consigliere è chiamato a scrivere”; fermo restando, osserva l’A., che sarebbe bastato, per evitare la svista interpretativa, “buttare un occhio sull’intera disciplina introdotta dal d.lgs. n. 150/2022 e vedere come il - peraltro di per sé chiarissimo - principio generale dell’art. 44 viene specificato dagli artt. 13 e 15-bis dell’ordinamento penitenziario”.

(129) Osservava M. Pavarini, *Decarcerizzazione e mediazione nel sistema penale minorile*, in L. Picotti (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, cit., 15-16, che “il sistema mediatorio preme naturalmente verso ‘nuovi spazi’ i più remoti possibili da

quelli egemonizzati dal sistema giudiziario, processuale, punitivo-trattamentale”.

(130) Così, primariamente, Cass., Sez. II, 12 dicembre 2023, n. 6595, Baldo, cit., seguita da altre, tra cui da Cass., Sez. II, 1° marzo 2024, n. 12986, cit.; Cass., Sez., III, 20 giugno 2024, n. 24343, in [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it).

(131) La quale, peraltro, riprende fedelmente una espressione usata in M. Bouchard, *Commento*, cit., 10, dove, però, l’A. rimarca la natura non giurisdizionale del procedimento riparativo per giustificare la legittimità di una scelta legislativa che imponesse il “riconoscimento dei fatti essenziali del caso da parte dell’autore” quale condizione di fattibilità del programma riparativo.

(132) È l’espressione impiegata da Cass., Sez. II, 12 dicembre 2023, n. 6595, Baldo, cit.

(133) Cfr. G. Mannozi, *Le sfide*, cit., 10, che osserva come il nostro legislatore, disciplinando dettagliatamente ogni aspetto della giustizia riparativa, inclusa la formazione dei mediatori, ed assegnando al settore pubblico l’istituzione, l’organizzazione e il funzionamento dei Centri e dei servizi di giustizia riparativa, abbia adottato un modello “forte” di *restorative justice*.

(134) Così opina G. Mannozi, *Le sfide*, cit., 12.

(135) Cfr. N. Christie, *Conflicts as property*, in *The British Journal of Criminology*, 1977, I, n. 1, 1 ss.

# Opinioni

## Processo penale

volontaria - ai protagonisti del conflitto e alla comunità in un'ottica di cura del benessere personale e relazionale, va intesa come servizio pubblico preordinato alla ricomposizione dei legami interindividuali e sociali infranti dal fatto costituente reato, servizio reso - da soggetti estranei all'ordine giudiziario, come definito nell'art. 4 R.D. n. 12/1941 - nel segno, sì, della complementarità integrativa con il classico binario del procedimento penale (136), ma funzionale, come questo, agli interessi della giustizia penale.

Non si equivochi: la giustizia riparativa è e rimane "ontologicamente" diversa dalla giustizia contenziosa, che si esprime attraverso il processo penale; ma, pur nella differenza di oggetto, finalità e metodi, le due realtà contribuiscono, entrambe, a costituire quell'arsenale di risposte dell'ordinamento a un illecito penale, arsenale che dà corpo, nel suo insieme, alla "giustizia penale in senso lato" (137); nel cui alveo, peraltro, rientra a pieno titolo anche la fase esecutivo-penitenziaria, oggetto, fino a non molto tempo fa, di pregiudizi e chiusure culturali non molto dissimili da quelli riscontrabili, oggi, nella prassi giudiziaria e, pur con sfumature e accentuazioni diverse, nel dibattito politico, scientifico ed accademico sulla giustizia riparativa.

Si sa, infatti, che la fase *post rem iudicatam* è stata a lungo considerata una semplice "appendice" della fase di cognizione, una "costola" del processo penale, dal carattere interamente amministrativo, volta alla pedissequa attuazione del comando sanzionatorio espresso nella sentenza di condanna (138). Solo dopo la riforma penitenziaria del 1975 - che segna l'abbrivio del processo, ancora in corso, di attuazione del principio del finalismo rieducativo della pena sancito dall'art. 27, comma 3, Cost. - si è

progressivamente abbandonata la concezione tradizionale dell'esecuzione della pena come fenomeno "di pura amministrazione, dominata dall'imperio della mera discrezionalità" (139), con il conseguente passaggio dall'amministrazione alla giurisdizione (140). Oggi, nessuno dubita più che dal complesso ed articolato mondo dell'esecuzione penale emergano "istanze di giustizia" cui occorre fornire risposte di natura giurisdizionale (141).

Ma, così come sarebbe anacronistico il ritenere che la giustizia penale esaurisca la sua *mission* nell'ambito della fase della cognizione, analogamente va rifiutata l'idea che la giustizia riparativa è antagonista della giustizia penale, la cui funzione non può più ritenersi circoscritta al pur necessario accertamento delle responsabilità individuali (in seno al procedimento penale) ed alla punizione/rieducazione dei condannati (nella fase *post iudicatum*), ma deve abbracciare l'obiettivo della riparazione del danno da reato nella sua dimensione globale.

### Rilevi conclusivi

Com'è stato efficacemente osservato, "non si tratta certo di abbandonare la strada vecchia - quella del diritto e del processo penale liberale - per intraprendere una strada nuova. Si tratta di migliorare la strada vecchia aprendo intersezioni che portino a una giustizia migliore, attraverso percorsi paralleli e virtuosi" (142); percorsi capaci di valorizzare la "meravigliosa vertigine trasformativa che connota l'esperienza dell'incontro, nel quale la frattura può diventare altro, polvere d'oro che ricuce e regala nuova vita" (143), così come nell'arte giapponese del *kintsugi* il vaso rotto, sapientemente riparato con foglia d'oro nelle crepe, viene riportato in vita e reso

(136) Osserva P. Bronzo, *Restorative justice, processo ed esecuzione penale nella disciplina organica della giustizia riparativa*, in G. Colaiacovo - M.N. Miletta (a cura di), *La giustizia riparativa. Radici, problemi, prospettive*, Bari, 2024, 36-37, che la complementarità della giustizia riparativa rispetto alla giustizia tradizionale va intesa non già "nel senso di servente - la giustizia riparativa non deflaziona, non semplifica, non velocizza - ma nel senso etimologico di integrativa, in quanto capace di completarla, perseguendo obiettivi che la giustizia punitiva non riesce a conseguire, per cause in parte fisiologiche e in parte patologiche".

(137) Lo sosteneva, già tempo fa, G. Uberty, *Riconciliazione, processo e mediazione in ambito penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1323 ss.

(138) In argomento, cfr., per tutti, V. Barosio, *Esecuzione penale* (voce), in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 489 ss.; A. Santoro, *L'esecuzione penale*, Torino, 1953, 164 ss.; nonché, anche per riferimenti ulteriori, A. Menghini, *Carcere e Costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, 2022, Trento, 73 ss.

(139) G. Di Gennaro - M. Bonomo - R. Breda, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1991, 391.

(140) A.A. Dalia, *I diritti del detenuto nel procedimento di sorveglianza*, in V. Grevi (a cura di), *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, Bologna, 1982, 255.

(141) È appena il caso di rammentare che, in concomitanza con il varo del codice Vassalli (che, per l'esercizio della giurisdizione c.d. "rieducativa", ha istituito un apposito rito, ben distinto dal modello procedimentale dei c.d. "incidenti di esecuzione" regolato dal codice del 1930), è stato modificato - ad opera dell'art. 1, d. P.R. n. 449/1988 - il testo dell'art. 1, R.D. n. 12/1941, per inserire il magistrato di sorveglianza e il tribunale di sorveglianza nell'elenco, ivi indicato, dei giudici deputati ad amministrare la giustizia in materia penale.

(142) G.L. Gatta, *La giustizia riparativa: una sfida del nostro tempo*, in *Sist. pen.*, 10, 2024, 55.

(143) M. Passione, *Giustizia riparativa e persona indicata come autore dell'offesa*, in V. Bonini (a cura di), *La giustizia riparativa*, cit., 119.

ancora più bello e prezioso di quanto già non lo fosse in origine.

Occorre passare, insomma, “da una giustizia penale monolitica, coercitiva, repressiva e stigmatizzante, basata sul sistema ‘dei delitti e delle pene’ [...] a modalità plurali di fare giustizia” che contemplino anche i “metodi della giustizia riparativa” (144).

Ciò richiede che l’istituzione giudiziaria e quella penitenziaria si aprano all’apporto della comunità, favorendone il coinvolgimento nelle procedure di riparazione dell’offesa. Una comunità “che non può chiamarsi fuori dalla genesi del reato e che deve offrire una emancipativa possibilità di dialogo all’autore dell’offesa” (145).

L’assunzione, da parte del corpo sociale, di una “corresponsabilità” nella gestione del conflitto correlato al reato è in linea sia con i caratteri della *restorative justice* sia con la nuova declinazione che, in Europa, sin dagli anni Novanta, si tende a dare al *welfare*, con il progressivo “passaggio da un modello di *welfare state*, ad uno di ‘*welfare di comunità*’ (o ‘*welfare civile*’), fondato sul principio di ‘sussidiarietà circolare” (146).

Fondamentale, tuttavia, è un concomitante cambiamento culturale, sia in ambito istituzionale sia nel contesto della società civile, in particolare per quanto concerne il modo di concepire la risposta ai reati (con il superamento dell’obsoleta ed insostenibile visione

della sanzione penale come unica forma di reazione all’illecito penale e del carcere come principale opzione nel sistema sanzionatorio) e il modo di considerare la dignità di entrambi i protagonisti dell’accadimento delittuoso (la persona che ha subito gli effetti pregiudizievoli del reato e quella individuata, in un atto d’imputazione o in una sentenza definitiva di condanna, come autore dell’offesa), sì da riuscire a cogliere la vera essenza della filosofia riparativa e non l’immagine a volte distorta che di essa il circuito mediatico restituisce (147). Una filosofia che, ove accolta, impone un ripensamento ed una profonda ridefinizione della giustizia penale, cui va chiesto “qualcosa di più, o forse di meglio, della mera applicazione di norme corredate da sanzioni” (148).

Senza questa svolta culturale (149), difficilmente il rivoluzionario capitolo della giustizia riparativa potrà innestarsi saldamente nel nostro sistema penale e contribuire ad attuare, per un verso, l’istanza personalistica espressa nell’art. 2 Cost., essendo la *restorative justice* “geneticamente orientata alla riaffermazione della centralità delle persone coinvolte nel conflitto generato dal reato”, per altro verso, quella “concreta utopia” dell’art. 3 Cost., svolgendo “una funzione liberante” rispetto agli “ostacoli allo sviluppo della persona (tanto della persona indicata come autore dell’offesa, quanto della vittima), che derivano dalla commissione del reato” (150).

(144) G. Mannozi, *Le sfide*, cit., 3.

(145) A. Acconcia, *La giustizia riparativa nel caleidoscopio dell’esecuzione penale*, in M. Miravalle - A. Scandurra (a cura di), *Nodo alla gola. XX Rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione*, 2024.

(146) Così S. Mocellin, *Ripensare la giustizia nella prospettiva della comunità: dai nuovi paradigmi del welfare alla Restorative Justice*, cit., 140.

(147) Circa la rappresentazione della *restorative justice* quale meccanismo improntato a malintese logiche clemenziali offerta da articoli di stampa concernenti note vicende giudiziarie per crimini particolarmente efferati, cfr. L. Bartoli, *La giustizia riparativa*, cit., 933.

(148) Sono parole di G. Mannozi - R. Mancini, *La giustizia accogliente*, Milano, 2022, 20. Cfr., pure, G. Bertagna - A. Ceretti

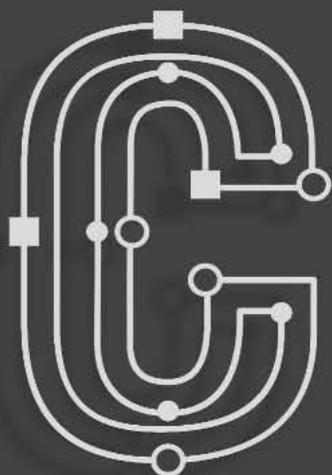
- C. Mazzucato (a cura di), *Il libro dell’incontro. Vittime e responsabili della lotta armata a confronto*, Milano, 2015, 200, ove, in una lettera *ivi* pubblicata, firmata sia da ex terroristi che da vittime, si legge: “Giustizia è tante cose: verità, richiamo alla responsabilità, pentimento, consapevolezza, incontro, riconciliazione, riparazione, accoglienza, memoria, tenerezza, relazione. Quello che il sistema giudiziario non dà”.

(149) Invocata con insistenza nel corso dei lavori degli Stati generali sulla esecuzione penale, ed in particolare nelle riflessioni svolte nell’ambito del Tavolo 13 (specificamente impegnato sul tema della giustizia riparativa) e riprodotte nel documento finale rassegnato dal Comitato di esperti (cfr. *documento finale*, cit., 14 e 77).

(150) M. Gialuz, *La giustizia penale come servizio pubblico: completare la “riforma Cartabia”*, in questa *Rivista*, 3, 2023, 359.



**Carlo**, Avvocato d'Affari



## LA CERTEZZA DI GESTIRE LA COMPLESSITÀ

Affrontare questioni complesse richiede competenze multidisciplinari e aggiornamento costante.

**One LEGALE nasce per questo.**

La nuova soluzione digitale di Wolters Kluwer, grazie a fonti complete, aggiornamenti tempestivi, approfondimenti dei migliori esperti e funzioni di ricerca intelligenti, offre risposte puntuali, complete e affidabili.

Perché aggiungere valore alla tua competenza fa grande la differenza.

Scopri di più su [oneLEGALE.it](https://www.oneLEGALE.it)

**One|LEGALE** FA GRANDE LA DIFFERENZA

## Intercettazioni

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. I, 23 maggio 2024, n. 2507/19 - Contrada c. Italia (n. 4) - Pres. Bošnjak

**In base a quanto è stato affermato dalla Corte e.d.u., il diritto italiano non prevede garanzie adeguate ed effettive che proteggano dal rischio di abuso le persone interessate da una misura di intercettazione le quali, non essendo sospettate di essere implicate in un reato né imputate dello stesso, rimangono estranee al procedimento. In particolare, non è previsto che tali persone abbiano la facoltà di rivolgersi a un'autorità giudiziaria per ottenere un controllo efficace della legalità e della necessità della misura e per ottenere, se del caso, una riparazione appropriata (*massima non ufficiale*).**

### ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

<b>Conforme</b>	Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, <i>Roman Zakharov c. Russia</i> , 4 dicembre 2015, (Ricorso n. 47143/06); Corte e.d.u., Sez. IV, 11 gennaio 2022, <i>Ekimdzhev and others v. Bulgaria</i> , (Ricorso n. 70078/12); Corte e.d.u., 6 settembre 1978, <i>Klass e altri c. Germania</i> , (Ricorso n. 5029/71)
<b>Difforme</b>	Non si rinvencono precedenti difformi.

(*Omissis*).

## Intercettazioni e tutela dei terzi non indagati: la normativa italiana non rispetta l'art. 8 della C.E.D.U. *di Marco Torre (\*)*

Il ricorso riguarda la legalità, da una parte, dell'intercettazione delle conversazioni telefoniche del ricorrente e, dall'altra, della perquisizione del suo domicilio e dei locali nella sua disponibilità. L'interessato lamenta l'assenza di un controllo giurisdizionale effettivo delle misure contestate, disposte nell'ambito di un procedimento nel quale egli non era direttamente coinvolto in qualità di persona indagata. A tale riguardo, il ricorrente ritiene di essere vittima di una violazione degli artt. 6, 8 e 13 della Convenzione. Con specifico riferimento alle intercettazioni, è indubbia la legittimità di misure disposte nei confronti di una persona che non è sospettata di un determinato reato, ma che possiede informazioni rilevanti su di esso. Quello che preoccupa, invece, è il *quomodo*, ossia le modalità attraverso le quali il legislatore codicistico tutela la (ritenuta) fisiologica interferenza tra autorità e terzi non indagati, quando in gioco è la segretezza delle comunicazioni di questi ultimi. Da questo angolo di osservazione, con la sentenza in commento, la Corte e.d.u. ha ritenuto che la disciplina italiana delle intercettazioni non soddisfi il requisito relativo alla "qualità della legge" e non sia idonea a limitare l'ingerenza a quanto è "necessario in una società democratica", riconoscendo la violazione dell'art. 8 della C.E.D.U.

*The appeal concerns the legality, on the one hand, of the interception of the appellant's telephone conversations and, on the other, of the search of his home and the premises available to him. The interested party complains about the absence of effective judicial control of the contested measures, ordered as part of a proceeding in which he was not directly involved as a person under investigation. In this regard, the appellant believes that he is the victim of a violation of the articles. 6, 8 and 13 of the Convention. With specific reference to interception measures, the legitimacy of measures ordered against a person who is not suspected of a specific crime, but who has relevant information on it, it is undoubted. What is worrying, however, is the quomodo, i.e. the methods through which the legislator protects the (believed) physiological interference between authorities and uninvestigated*

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

*third parties, when the secrecy of the latter's communications is at stake. From this angle of observation, with the sentence in question, the ECtHR held that the Italian regulation of wiretapping does not satisfy the requirement relating to the "quality of the law" and is not suitable for limiting interference to what is "necessary, in a democratic society", recognizing the violation of the art. 8 of the ECHR.*

### Il fatto (e l'antefatto)

Bruno Contrada (1) è stato arrestato alla vigilia di Natale del 1992 e condannato in via definitiva, nel 2007, a dieci anni di reclusione (quasi tutti scontati in regime detentivo) per concorso esterno in associazione mafiosa, per avere, tra il 1979 e il 1988, in qualità di funzionario di polizia, di capo di gabinetto dell'alto commissario per la lotta alla mafia e di vicedirettore del S.I.S.D.E., fornito un contributo sistematico alle attività e al perseguimento degli scopi illeciti dell'associazione mafiosa denominata "Cosa Nostra" (2). Con sentenza del 13 aprile 2015, tuttavia, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha affermato che il reato per il quale il ricorrente è stato condannato era il risultato di una evoluzione giurisprudenziale sviluppatasi successivamente all'epoca dei fatti di causa. Pertanto, nel momento in cui sono state commesse le condotte ascritte al ricorrente (1979-1988), il reato in questione non era sufficientemente chiaro e prevedibile per quest'ultimo, il quale, in particolare, non era messo in condizioni di conoscere la sanzione per la responsabilità penale derivante dagli atti compiuti, con conseguente violazione dell'art. 7 della Convenzione (*nulla poena sine lege*) (3). A seguito di tale giudicato, in data 7 luglio 2017, la Corte di Cassazione ha dichiarato ineseguibile e improduttiva di effetti penali la sentenza di condanna emessa nei confronti di Bruno Contrada (4). All'esito del

complesso contesto giudiziario che lo ha visto coinvolto, Contrada ha quindi presentato istanza di revoca del provvedimento amministrativo di destituzione, emesso nei suoi confronti a gennaio del 1993, chiedendo la ricostruzione della carriera da Prefetto, e, contestualmente, il risarcimento per l'ingiusta carcerazione patita (5).

Chiusa tale complessa vicenda - e veniamo ai nostri giorni - se ne apre un'altra: nell'ambito di un'indagine per l'omicidio di un agente di polizia, il 15 dicembre 2017 la Procura di Palermo ha disposto l'intercettazione urgente di ben cinque linee telefoniche utilizzate dal ricorrente, questa volta non iscritto nel registro degli indagati, ma intercettato in ragione dei rapporti intercorsi con alcuni colleghi dell'agente di polizia rimasto ucciso. In particolare, la decisione di monitorare le utenze di Bruno Contrada è maturata quando uno degli agenti indagati, dopo essere stato interrogato dagli inquirenti, ha immediatamente contattato il ricorrente. Giova rammentare che quest'ultimo, all'epoca dei fatti (1989), era il responsabile di una unità dei servizi segreti che operava sotto copertura allo scopo di rintracciare membri latitanti di "Cosa Nostra". Tale unità operativa contava al suo interno sia il poliziotto ucciso, sia alcuni agenti indagati per corruzione e collusione con la mafia. Per chiarire i fatti e identificare altri eventuali responsabili era quindi urgente, secondo la Procura, monitorare le reazioni dei poliziotti presumibilmente corrotti, da un lato, e del ricorrente, dall'altro, e

(1) Ex dirigente generale della Polizia di Stato, numero tre del Sisde, nonché capo della Squadra Mobile di Palermo e della sezione siciliana della Criminalpol.

(2) App. Palermo 25 febbraio 2006, irrevocabile il 10 maggio 2007.

(3) In dottrina, *ex multis*, G.A. De Francesco, *Brevi spunti sul caso Contrada*, in *Cass. pen.*, 2016, 12 ss.; O. Di Giovine, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2015, 11 ss.; M. Donini, *Il caso Contrada e la CEDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 346 ss.; V. Maiello, *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in questa *Rivista*, 2015, 1019 ss.; A. Manna, *La sentenza Contrada ed i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 1 ss.; F. Palazzo, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in questa *Rivista*, 2015, 1061 ss.; D. Pulitanò, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in

*Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2015, 46 ss.; N. Valentini, *Normativa antimafia e diritto europeo dei diritti umani. Lo strano caso del dottor Bruno Contrada*, in *Arch. pen.*, 2017, 491 ss.; F. Viganò, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte Edu*, in *www.pena-lecontemporaneo.it*, 26 aprile 2016.

(4) Cass. Pen., Sez. I, 20 settembre 2017, n. 43112, in questa *Rivista*, 2018, 2, 224, con nota di Maiello. Per un approfondimento sull'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e sui rimedi esecutivi esperibili nel diritto domestico, v. A. Bigiarini, *La crisi del giudicato penale nell'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo. Tra legalità processuale, giurisprudenza creativa e suggestioni d'oltralpe*, Milano, 2020, 87 ss.

(5) App. Palermo 15 dicembre 2022, in *www.sistemapenale.it*, con nota di S. Bernardi, *Caso Contrada: la Corte di appello di Palermo riconosce il diritto alla riparazione per ingiusta detenzione*, 1° marzo 2023.

intercettare a tal fine le conversazioni telefoniche di quest'ultimo.

Il Giudice per le indagini preliminari di Palermo ha convalidato i decreti di autorizzazione a svolgere le intercettazioni, ritenendo che vi fossero in effetti sufficienti elementi di prova per ritenere che gli indagati avessero commesso i reati di omicidio e di associazione a delinquere di stampo mafioso e che, alla luce dei risultati delle indagini, era probabile che tra il richiedente e le persone coinvolte vi fossero state conversazioni relative ai fatti all'origine del procedimento. Il magistrato ha motivato il suo provvedimento spiegando che l'intercettazione di tali conversazioni avrebbe permesso di raccogliere nuove prove utili alle indagini e di identificare altri sospetti, per cui era giustificato, ai fini del corretto svolgimento delle indagini, che il richiedente fosse intercettato con urgenza. Le intercettazioni delle utenze in uso al ricorrente, più volte prorogate dal giudice per le indagini preliminari, sono durate sino al 28 luglio 2018, con autorizzazione al ritardato deposito dei relativi risultati fino alla chiusura delle indagini preliminari. Nelle more, con decreto del 28 giugno 2018, la Procura di Palermo ha disposto la perquisizione dell'abitazione del ricorrente e di due immobili di sua proprietà. Proprio in ragione di tale atto conoscibile, il ricorrente ha appreso che le sue linee telefoniche erano state messe sotto controllo e che le sue conversazioni erano state registrate.

Una volta finalmente venuto a conoscenza del suo coinvolgimento nelle operazioni di intercettazione, il ricorrente ha lamentato l'assenza, nella disciplina italiana, di un effettivo controllo giurisdizionale su tale mezzo di ricerca della prova a favore di chi, come lui, è estraneo ai fatti per i quali si procede, non essendo mai stato iscritto nel registro degli indagati. In particolare, il ricorrente ha sostenuto che il rimedio previsto dall'art. 269 c.p.p. non consente al terzo intercettato di contestare la legittimità e la necessità del provvedimento giurisdizionale, ma solo di richiedere la distruzione delle trascrizioni delle conversazioni già intercettate (distruzione, peraltro, prevista solo per i dati non pertinenti al procedimento). Da questo angolo di osservazione, ha osservato il ricorrente, anche l'art. 271 c.p.p. dice poco, poiché consente la distruzione dei soli dati raccolti in violazione delle disposizioni procedurali pertinenti. Ma, si

chiarisce, l'obiettivo del ricorso alla Corte europea non è stato quello di contestare il *quomodo*, ossia la conformità procedurale delle operazioni di intercettazione, quanto, piuttosto, quello di mettere in discussione l'*an*, ossia la compatibilità con la Convenzione di un diritto nazionale, come quello italiano, che non prevederebbe alcun rimedio efficace in base al quale la persona interessata - soprattutto se estranea al procedimento penale nel cui ambito è stata adottata la misura - possa impugnare una decisione di intercettazione.

Per tale motivo, ritenendo che l'intercettazione delle sue conversazioni telefoniche (e la perquisizione della sua abitazione e di altri locali) abbia integrato una interferenza ingiustificata nel "diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza" ai sensi dell'art. 8 CEDU, Bruno Contrada si è rivolto alla Corte europea dei diritti dell'uomo che si è infine espressa con la decisione in commento.

### I terzi non indagati nella disciplina domestica delle intercettazioni

Negli artt. 266 ss. c.p.p. sono precisate le garanzie che l'autorità deve rispettare quando, durante il procedimento, intende comprimere la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione. In particolare, nel rispetto del principio della riserva di legge, di matrice costituzionale (art. 15 Cost.) e convenzionale (art. 8 C.E.D.U.), tra gli altri presupposti, il legislatore ha previsto dettagliatamente i requisiti probatori indefettibili affinché il giudice possa autorizzare le intercettazioni (6).

Ebbene, sia con riferimento ai c.d. reati comuni (7), sia quando si procede per reati di criminalità organizzata (e assimilati) (8), il *quantum* probatorio che il pubblico ministero deve raggiungere per ottenere, da parte del giudice, un provvedimento di autorizzazione a svolgere operazioni di intercettazione, attiene al profilo oggettivo del reato: occorre, cioè, che dagli atti risultino, rispettivamente, gravi o sufficienti indizi dell'avvenuta commissione di uno di quei reati che consentono l'intercettazione, a prescindere dalla sua presunta attribuibilità, sulla base degli elementi a disposizione, ad una determinata persona.

(6) "Il vecchio codice (art. 226, co. 3), testo 1930, non impone limiti alle intercettazioni telefoniche [...]. Interamente nuovo l'attuale regime [...] vigono regole meticolose sull'iter esecutivo [...]" Così, F. Cordero, *Procedura penale*, IX ed., Milano, 2012, 843 ss. Nella manualistica, P. Tonini - C. Conti, *Manuale di procedura penale*, XXV ed., Milano, 2024, 422 ss.

(7) Si tratta dei c.d. "reati intercettabili", ossia quelli previsti ex artt. 266 e 266-bis c.p.p.

(8) Per i quali l'art. 13, D.L. 13 maggio 1991, n. 152, convertito con modificazioni nella L. 12 luglio 1991, n. 203 (in *G.U.*, 12 luglio 1991, n. 162), detta una norma speciale, con requisiti meno severi, attenuati rispetto alla regola.

# Giustizia sovranazionale

## Processo penale

Indizi circa l'esistenza di un reato intercettabile, quindi, e non indizi di colpevolezza, come invece accade con riferimento alle misure cautelari, ed il motivo è piuttosto semplice: in quanto mezzo di ricerca della prova, le intercettazioni servono proprio allo scopo di giungere a quell'attribuibilità soggettiva del reato che rappresenta, invece, il *prius* logico del *sub* procedimento incidentale finalizzato alla cautela. Al contrario di quanto avviene in sede cautelare, la disciplina codicistica delle intercettazioni non preclude quindi la facoltà, per gli inquirenti, di captare, in modo occulto e continuativo, le comunicazioni intercorrenti tra soggetti estranei all'ipotesi di reato, con l'unico limite, quantomeno nell'*an* del provvedimento autorizzativo, rappresentato dalla rilevanza *rectius*, assoluta indispensabilità o mera necessità, a seconda dei casi - di acquisire tali comunicazioni ai fini, rispettivamente, della prosecuzione o dell'avvio delle indagini.

Tale pacifico assunto ha delle conseguenze: nella disciplina normativa interna, il presupposto oggettivo degli indizi (siano essi gravi o sufficienti) di esistenza del reato per accertare il quale è possibile procedere ad intercettazione restituisce una platea di soggetti intercettabili molto ampia e, soprattutto, comprensiva non solo delle persone sottoposte ad indagine, ma anche di terzi che non sono, né (forse) diventeranno mai, indagati/imputati. Ai *conditores* tale scelta è apparsa la più idonea a garantire, nel bilanciamento con il diritto alla segretezza delle comunicazioni, l'esigenza, anch'essa di rango costituzionale, alla repressione degli illeciti aventi rilevanza penale (9).

In astratto, tale scelta è condivisibile: agganciare l'autorizzazione a svolgere intercettazioni al requisito probatorio dei gravi indizi di colpevolezza avrebbe

significato frustrare inevitabilmente moltissime indagini relative anche a fattispecie di reato di grave allarme sociale (10). D'altronde, a ben guardare, il soggetto non indagato è sicuramente terzo rispetto all'addebito provvisorio per cui si indaga, ma non può definirsi del tutto avulso rispetto al procedimento in corso, nel senso che egli, in quanto intercettato, è stato ritenuto detentore di informazioni rilevanti (assolutamente indispensabili o meramente necessarie, a seconda del tipo di reato per il quale si procede) ai fini della prosecuzione delle indagini. La misura del suo "coinvolgimento" procedimentale è ricavabile dalla motivazione del provvedimento giurisdizionale di autorizzazione a svolgere le operazioni di captazione, dove sono contenuti il collegamento con le persone sottoposte ad indagine, nonché la dimostrazione della rilevanza probatoria di tale collegamento (11).

La tutela della riservatezza dei dati e delle informazioni dei terzi non indagati, ma intercettati, non passa, dunque, dal divieto di intercettare le loro comunicazioni sol perché non iscritti nel registro degli indagati, ma da altre garanzie previste dalla legge. Innanzitutto, secondo la costante giurisprudenza della Corte di cassazione, la motivazione di un'ordinanza che autorizza un'intercettazione telefonica deve necessariamente riferire sulle ragioni che richiedono l'intercettazione di una specifica linea telefonica appartenente a una determinata persona, indicando tassativamente il legame tra l'indagine in corso e la persona in questione (12). Di tal ché, se è vero, da un lato, che la compressione del diritto alla segretezza delle proprie comunicazioni prescinde dalla presunta ed ipotizzata responsabilità per il fatto per il quale si procede, è altrettanto vero, dall'altro lato, che la limitazione di tale fondamentale

(9) "Le ragioni relative alla giustizia penale, consistenti nell'esigenza di acquisizione della prova del reato, [costituiscono] un valore primario sul quale si fonda ogni ordinamento ispirato al principio di legalità [...]". Così, Corte cost. 9 luglio 1996, n. 238, in *Cass. pen.*, 1997, 315, con nota di P. Felicioni.

(10) Basti pensare, per fare un esempio, al delitto di sequestro a scopo di estorsione, dove, senza intercettare i familiari della vittima, contattati dai rapitori al fine di ricevere il riscatto, sarebbe impossibile individuare i responsabili.

(11) Secondo la costante giurisprudenza della Corte di cassazione, la motivazione di un'ordinanza che autorizza un'intercettazione telefonica, pur chiarendo le ragioni della decisione in considerazione del carattere essenziale della misura per il proseguimento delle indagini e dell'esistenza di gravi indizi relativi alla commissione di un reato, deve necessariamente riferire sulle ragioni che richiedono l'intercettazione di una specifica linea telefonica appartenente a una determinata persona, indicando tassativamente il legame tra l'indagine in corso e la persona in questione. Cfr., *ex multis*, *Cass. Pen.*, Sez. VI, (12 febbraio 2009), 23 marzo 2009, n. 12722, in questa *Rivista*, 2009, 6, 708,

nonché *Cass. Pen.*, Sez. V, 17 novembre 2016, n. 1407 (rv. 268900).

(12) Cfr. *Cass. Pen.*, Sez. VI, 23 marzo 2009, n. 12722, in questa *Rivista*, 2009, 6, 708, secondo la quale "al fine di legittimare l'intercettazione di conversazioni non si richiedono gravi indizi di colpevolezza, ma bastano gravi indizi di reato (art. 267 c.p.p.) e questi possono anche riguardare soggetti diversi dagli intercettandi. L'intercettazione stessa peraltro può disporsi soltanto quando è assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini", requisito essenziale di legittimità che deve costituire specifico oggetto di motivazione. Per giustificare l'indispensabilità ai fini della prosecuzione delle indagini, la motivazione deve necessariamente dar conto delle ragioni che impongono l'intercettazione di una determinata utenza telefonica che fa capo ad una specifica persona e, perciò, non può omettere di indicare il collegamento tra l'indagine in corso e l'intercettato. Tale obbligo, ai sensi degli artt. 15 Cost. e 267 c.p.p., comma 1, incombe in maniera espressa e diretta sull'autorità giudiziaria". Nello stesso senso, *Cass. Pen.*, Sez. V, 12 gennaio 2017, n. 1407, in *CED* 2017 (rv. 268900).

diritto costituzionale presuppone la precisa individuazione del collegamento tra le persone da intercettare e le persone sottoposte ad indagine, nonché la dimostrazione della rilevanza probatoria di tale collegamento.

La fisiologica circostanza che le autorità possano accedere ad una vasta ed eterogenea quantità di informazioni riservate che coinvolgono la vita personale non solo di soggetti indagati o imputati, ma anche di eventuali terzi che con questi ultimi entrano in contatto, è al centro del dibattito politico da ormai molti anni (13). Da ultimo, la tutela del diritto alla riservatezza delle persone intercettate, nel difficile bilanciamento con il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale e del diritto di difesa, è stata al centro di una complessa opera riformatrice da parte del legislatore (14). L'esito di tale evoluzione normativa può essere riassunto come segue.

A mente dell'art. 268, comma 2, c.p.p., nel verbale di intercettazione devono essere trascritte solo le comunicazioni rilevanti ai fini delle indagini (comprese quelle favorevoli alla persona sottoposta alle indagini). I contenuti non rilevanti per le indagini non devono essere trascritti e non devono essere menzionati nel verbale o nelle annotazioni della polizia

giudiziaria, dove deve essere riportato esclusivamente che "la conversazione omessa non è utile per le indagini" (15).

Inoltre, ex art. 268, comma 2-bis, c.p.p., il pubblico ministero deve fornire indicazioni (*ex ante*) e vigilare (*ex post*) affinché nei verbali non siano trascritte espressioni lesive della reputazione delle persone o relative a fatti e circostanze riguardanti la vita privata degli interlocutori, a meno che tali espressioni non siano rilevanti per le indagini (16). Tale parametro di inclusione, tuttavia, rimane di difficile valutazione da parte degli inquirenti in una fase - quella di un'indagine ancora in corso - in cui il quadro probatorio è fisiologicamente fluido (17). In concreto, la prassi sarà verosimilmente quella di "edulcorare" (18) il brogliaccio di ascolto, sostituendo le parole vietate con espressioni simili, che ne forniscano una idea generale (19).

A mente dell'art. 268, comma 6, c.p.p., poi, la c.d. procedura di stralcio non riguarda più solo i dati il cui utilizzo è vietato ai sensi dell'art. 271 c.p.p., ma anche le intercettazioni che riguardano "categorie particolari di dati personali", sempreché esse non siano rilevanti (20). Il riferimento, qui, all'art. 10, Dir. UE 2016/680, nel quale i dati personali sono

(13) Nel corso degli anni, nel tentativo di porre un freno al dilagante uso delle intercettazioni da parte degli uffici di Procura, non sono mancate proposte di modifica in tal senso, ma nessuna contingenza politica è riuscita nell'intento di trasformare il *quantum* probatorio dalla sua originaria impronta oggettivistica ad una più stringente versione soggettivistica. Il riferimento, qui, è al disegno di legge n. 1415-B, presentato al Parlamento italiano nel 2008 durante il governo Berlusconi IV da parte dell'allora ministro dell'interno Angelino Alfano, consultabile al seguente url: [https://web.archive.org/web/20131207063939/http://www.camera.it/\\_dati/leg16/lavori/stampati/pdf/16PDL0038530.pdf](https://web.archive.org/web/20131207063939/http://www.camera.it/_dati/leg16/lavori/stampati/pdf/16PDL0038530.pdf).

(14) Ci si riferisce, in particolare, alla c.d. Riforma Orlando, di cui al D. Lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, in *G.U.*, n. 8 del 11 gennaio 2018, nonché alla c.d. Controriforma Bonafede attuata con D.L. 30 dicembre 2019, n. 161, convertito con modificazioni dalla L. 28 febbraio 2020, n. 7, in *G.U.*, 28 febbraio 2020, n. 50, che ha significativamente modificato la c.d. Riforma Orlando. La tutela della riservatezza dei terzi è stata completata con l'entrata in vigore del D.L. 10 agosto 2023, n. 105, convertito in L. 9 ottobre 2023, n. 137. In dottrina, v. C. Conti, *Riforma Orlando: riprese fraudolente, intercettazioni, archiviazione e impugnazioni - Le nuove norme sulla riservatezza delle intercettazioni: anatomia di una riforma discussa*, in *Giur. it.*, 2018, 7, 1754; G. Santalucia, *Il diritto alla riservatezza nella nuova disciplina delle intercettazioni. Note a margine del decreto legge n. 161 del 2019*, in *Sistema penale*, 2020, 1, 47 ss.; W. Nocerino, *Prime riflessioni a margine del nuovo decreto legge in materia di intercettazioni*, in *Sistema penale*, 2020, 1, 63 ss.; D. Pretti, *La metamorfosi delle intercettazioni: la contro-riforma Bonafede e l'inarrestabile mito della segretezza delle comunicazioni*, in *Sistema penale*, 2, 2020, 72; M. Gialuz, *Le nuove intercettazioni, legge 28 febbraio 2020, n. 7*, a cura dello stesso Gialuz, in *Riv. diritto di internet*, supplemento al fasc. 3, 2020, 3; C. Gabrielli, *Dall'ascolto all'acquisizione: un collage normativo malriuscito, all'insegna del protagonismo del pubblico ministero*, 5, in G. Giostra. (a cura di), *Nuovi equilibri fra*

*diritto alla riservatezza, diritto di cronaca e diritto di difesa, Revisioni normative in tema di intercettazioni*, Fermo-Bologna, novembre 2020.

(15) V. C. Conti, *Garanzie difensive e riservatezza: le intercettazioni dalla riforma Orlando alla controriforma del 2020*, in S. Lorusso (a cura di), *Il fragile mosaico delle garanzie difensive*, 2020, 214, che parla di "depurazione dei brogliacci".

(16) V. G. Spangher, *La controriforma delle intercettazioni telefoniche*, 10 gennaio 2020, 1, in [www.ilpenalista.it](http://www.ilpenalista.it); D. Pretti, *La metamorfosi delle intercettazioni: la contro-riforma Bonafede e l'inarrestabile mito della segretezza delle comunicazioni*, cit., 75, che osserva come la disciplina sembri essere un giusto compromesso tra le esigenze investigative e la finalità di riservatezza.

(17) A. Camon, *Forme, destinazione e regime*, cit., 67, afferma che tale parametro di rilevanza "lavora male" in questa fase del procedimento.

(18) C. Conti, *Garanzie difensive e riservatezza*, cit., 221.

(19) La polizia si limiterà a dare indicazioni sui soggetti della comunicazione, sugli estremi identificativi del progressivo con data e ora della conversazione, aggiungendo rispettivamente la dizione "conversazione/parte di conversazione lesiva della reputazione" o "conversazione non rilevante relativa a dati personali sensibili". Cfr. le linee guida della Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Milano, Direttiva in materia di intercettazioni (D.L. 30 dicembre 2019, n. 161), 6 luglio 2020, 2-3, nonché Procura della Repubblica presso il Tribunale di Monza, Linee guida e direttive in materia di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni a seguito delle disposizioni introdotte con D.L. 30 dicembre 2019, n. 161 convertito dalla L. 28 febbraio 2020, n. 7, 26 agosto 2020, 5-6.

(20) G. Pestelli, *La controriforma delle intercettazioni*, cit., 132; C. Conti, *Garanzie difensive e riservatezza: le intercettazioni dalla riforma Orlando alla controriforma del 2020*, cit., 231 che riconosce le perplessità che la nuova formulazione suscita: "soltanto se l'organo giurisdizionale avesse una conoscenza completa

# Giustizia sovranazionale

## Processo penale

effettivamente ricompresi nella rubrica “trattamento di categorie particolari di dati personali”. Quindi, in caso di richiesta acquisitiva di materiale che abbia a che fare con tali categorie di dati, la domanda verrà accolta dal giudice solo qualora se ne dimostri l’effettiva rilevanza (21).

In base all’art. 269 c.p.p., comma 1, i verbali, le registrazioni e ogni altro atto ad esse relativo, sono conservati integralmente in apposito archivio digitale gestito e tenuto sotto la direzione e la sorveglianza del Procuratore della Repubblica dell’ufficio che ha richiesto ed eseguito le intercettazioni e sono coperti da segreto (22). Non sono coperti da segreto solo i verbali e le registrazioni delle comunicazioni e conversazioni acquisite al fascicolo di cui all’art. 373, comma 5, o comunque utilizzati nel corso delle indagini preliminari (23).

Il comma 2 della medesima disposizione, infine, prevede che le registrazioni siano sì conservate fino alla sentenza non più soggetta a impugnazione, ma anche che chiunque sia interessato (quindi, anche i terzi non indagati/imputati) possa chiederne la distruzione, a tutela della riservatezza, al giudice che ha autorizzato o convalidato l’intercettazione. Il giudice opererà per la distruzione quando la documentazione non è necessaria per il procedimento (24).

La sentenza della Corte europea è intervenuta proprio nel momento in cui pendeva in Parlamento il d. d.l. A.S. n. 808 del 19 luglio 2023, con il quale il Ministro della Giustizia Carlo Nordio - riconoscendo l’esistenza di una lacuna nella disciplina delle intercettazioni - prevedeva di introdurre delle modifiche

finalizzate proprio a garantire una maggiore tutela “tutela della riservatezza del terzo estraneo al procedimento” (25). Come noto, tale atto di iniziativa governativa è stato approvato da entrambi i rami del Parlamento ed è diventato legge (26).

Il primo innesto normativo introduce un divieto, quello di non verbalizzare fatti e circostanze che “consentono di identificare soggetti diversi dalle parti, salvo che risultino rilevanti ai fini delle indagini” (art. 268, comma 2-bis). Il già esistente divieto di verbalizzazione delle conversazioni che riguardano la vita privata degli interlocutori, quindi, si amplia sino a comprendere tutte quelle conversazioni che consentono di identificare soggetti diversi dalle parti. Nonostante l’improprio riferimento alle parti, chiaro ed apprezzabile appare il fine della novella: “assicurare l’anonimato in relazione a persone che, pur estranee alle indagini, vengono casualmente intercettate”, mediante un ampliamento dell’“obbligo di vigilanza del pubblico ministero sulle modalità di redazione dei verbali delle operazioni (c.d. brogliacci)” (27).

Conseguentemente, viene ampliata la “funzione filtro” del giudice, il quale, oltre alle intercettazioni inutilizzabili o contenenti “dati personali sensibili”, ha ora il dovere di stralciare, anche d’ufficio, le registrazioni e i verbali che riguardano “soggetti diversi dalle parti, sempre che non ne sia dimostrata la rilevanza” (art. 268, comma 6) (28).

In ambito cautelare, la Legge Nordio prevede l’inedito dovere del pubblico ministero di evitare in ogni caso, nella richiesta di una misura cautelare fondata su

dell’inchiesta e disponesse del tempo di accedere all’archivio informatico per ascoltare tutte le registrazioni potrebbe ritenersi che il sindacato affidatogli possa effettuarsi davvero *ratione cognita*”.

(21) Cfr. A. Cabiale, *L’acquisizione delle intercettazioni con procedura di controllo giudiziale: ritorni al passato e nuove lacune*, in *Le nuove intercettazioni*, cit., 39, secondo il quale è evidente che l’onere di dimostrare la rilevanza gravi sulle parti. Dello stesso avviso anche la *Relazione dell’Ufficio del massimario e del ruolo*, cit., 28, dove si legge che “la parte interessata all’acquisizione deve fornire una giustificazione rafforzata della rilevanza dell’acquisizione probatoria” allegando “elementi specifici e idonei a dimostrare la necessità in concreto del dato conoscitivo”.

(22) A. Nappi, *Nuova guida telematica al codice di procedura penale*, parte II, cap. IX, 37.11.3, 127; M. Gialuz, *Segreto a tutela della riservatezza e divieto speciale di pubblicazione delle intercettazioni*, in *Le nuove intercettazioni*, cit., 6.

(23) Intercettazioni nell’incidente cautelare, brani di registrazioni o parti di brogliacci utilizzati dal p.m. per motivare determinati tipi di provvedimenti, come quelli relativi ad una perquisizione o ad un sequestro, ecc. Cfr. C. Conti, *Garanzie difensive e riservatezza: le intercettazioni dalla riforma Orlando alla controriforma del 2020*, cit., 24.

(24) V., tuttavia, CSM, Parere sul d.d.l. n. 1659 AS di conversazione del Decreto n. 161/2019, cit., 8, che sottolinea la difficoltà di riuscire ad equilibrare il concetto di “tutela della riservatezza” con quello di “necessarietà per il procedimento”.

(25) D. Aliprandi, *“Intercettazioni abusive, ora basta”, ordina la Cedu*, in *Il dubbio*, 12 settembre 2024.

(26) L. 9 agosto 2024, n. 114 (Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all’ordinamento giudiziario e al codice dell’ordinamento militare). Per un quadro e un primo commento delle disposizioni di natura processuale, v. M. Gialuz, *Le novità della “manovra Nordio” in materia processuale: quando l’ideologia rischia di provocare un’eterogenesi dei fini*, in *www.sistema-penale.it*, 22 luglio 2024, nonché P. Bronzo, *Brevi note sul “disegno di legge Nordio”*, in *www.sistemapenale.it*, 12 aprile 2024, 2; F. Porcu, *Le modifiche al codice di rito nel D.d.l. Nordio: un primo commento alla riforma in fieri*, in *PenaleDP*, 2 agosto 2023, par. 4; G. Spangher, *Pacchetto Nordio: timidi ma significativi segnali di cambio di prospettiva*, in *PenaleDP*, 27 giugno 2023, par. 5; G. Illuminati, *Le modifiche al processo penale nel d.d.l. Nordio: una prima lettura*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, 889; E. Maccora, *Il cantiere sempre aperto della giustizia penale. Primissime osservazioni al DDL Nordio ed all’impatto sulle sezioni gip-gup*, in *Quest. giust.*, 6 luglio 2023, par. 4; G. Spangher, *È stato definitivamente approvato il ddl Nordio*, in *Ius*, 10 luglio 2024;

(27) F. Demartis, *Intercettazioni: un correttivo che rafforza la riservatezza delle comunicazioni e tutela l’attività del difensore... ma scontenta i “curiosi”*, in questa *Rivista*, 9, 2024, 1168.

(28) L. Ludovici, *Disegno di legge c.d. Nordio: nuove garanzie processuali tra fughe in avanti e false partenze*, cit., 5-6.

verbali di intercettazioni, di indicare “i dati personali dei soggetti diversi dalle parti, salvo che ciò sia indispensabile per la compiuta esposizione” (art. 291, comma 1-ter, c.p.p.). Specularmente, è stato previsto il divieto -questa volta rivolto al giudice- di indicare, nell’eventuale ordinanza cautelare, “i dati personali dei soggetti diversi dalle parti, salvo che ciò sia indispensabile per la compiuta esposizione degli elementi rilevanti” (art. 292, comma 2-quater) (29). Rimane il fatto che “non è prevista nessuna sanzione processuale qualora nell’ordinanza cautelare vengano indicati i ‘dati personali dei soggetti diversi dalle parti’ al di fuori dei casi in cui tale indicazione sia indispensabile per la compiuta esposizione degli elementi rilevanti” (30). Infine, la Legge Nordio interviene sull’archivio delle intercettazioni: a tutela della *privacy* e della dignità delle persone estranee al procedimento, viene previsto l’obbligo di assicurare “comunque” la segretezza di tutti i “dati personali relativi a soggetti diversi dalle parti” (art. 89-bis, comma 2, disp. att.) (31). Tutto ciò - ed è questo il *punctum dolens* - è sufficiente a garantire il rispetto delle garanzie convenzionali previste dall’art. 8 CEDU? È questo l’interrogativo al quale, da ultimo, con la sentenza in commento, la Corte europea dei diritti dell’uomo ha dato risposta negativa. All’interprete spetta il compito di verificare se, dopo le ultime interpolazioni normative, la disciplina italiana in materia di intercettazioni telefoniche dei terzi non indagati rispetti, o meno, i parametri puntualmente ribaditi dalla Corte europea.

### Il giudizio della Corte europea dei diritti dell’uomo

La Corte europea reputa ammissibile il ricorso sulla base delle seguenti considerazioni.

Sullo *status* di vittima, *nulla quaestio*: per qualificarsi come vittima ai sensi dell’art. 34 della Convenzione, il ricorrente deve dimostrare di aver subito

direttamente gli effetti della misura della quale si sta lamentando (32), circostanza, quest’ultima, difficilmente contestabile nel caso *de quo*. Le ulteriori considerazioni attengono al merito, ma non impediscono di certo l’ammissibilità del ricorso (33).

Quanto, invece, al requisito dell’esaurimento delle vie di ricorso interno, il discorso si fa più interessante, perché qui la Corte spende alcune argomentazioni destinate a ripercuotersi poi sul merito del ricorso.

La riflessione ruota intorno all’art. 269 c.p.p., il quale, come noto, disciplina la conservazione dei dati raccolti nel corso delle intercettazioni fino alla sentenza non più soggetta a impugnazione, offrendo, tuttavia, a qualsiasi persona interessata, anche non coinvolta nel procedimento, la possibilità ottenere dal giudice la distruzione anticipata della documentazione delle captazioni effettuate, a tutela della propria riservatezza, a condizione che tale documentazione non sia necessaria per il procedimento.

Ebbene, pur ritenendo che tale disposizione offra “effettivamente alle persone che non sono direttamente coinvolte nel procedimento la possibilità di rivolgersi al tribunale per tutelare la riservatezza delle loro comunicazioni”, la Corte ritiene che “secondo la formulazione di tale articolo, l’unica condizione per ottenere la distruzione dei dati è che essi siano considerati non necessari per il proseguimento del procedimento”, senza consentire al giudice - peraltro, lo stesso che ha autorizzato, convalidato o prorogato le operazioni di intercettazione - un controllo effettivo sulla legittimità e sulla necessità della captazione.

Tale facoltà di contraddire sulla legittimità, sulla necessità e sulla proporzionalità della misura, prosegue la Corte, è sì prevista dal successivo art. 271 c.p.p., ma solo in casi tassativi (34) e, per quanto più di specifico interesse in questa sede, esclusivamente su iniziativa di parte, con esclusione, in qualità di legittimato attivo, del terzo, non indagato/imputato, ma intercettato come mera persona informata sui fatti.

(29) In realtà, “il divieto di riprodurre brani non essenziali ai fini processuali implicitamente già vietava di riportare le generalità o i dati personali di soggetti terzi estranei alle indagini”, così F. Demartis, *Intercettazioni: un correttivo che rafforza la riservatezza delle comunicazioni e tutela l’attività del difensore... ma scontenta i “curiosi”*, cit., 1168. Ciononostante, siamo d’accordo con chi, con riferimento a tale intervento, parla di “tuziorismo, forse eccessivo ma non inutile”, lasciando trapelare apprezzamento verso le nuove regole. Cfr. L. Filippi, *Intercettazioni: un intervento legislativo all’insegna della tutela della privacy*, cit., 25.

(30) F. Demartis, *Intercettazioni: un correttivo che rafforza la riservatezza delle comunicazioni e tutela l’attività del difensore... ma scontenta i “curiosi”*, cit., 1168, il quale ricorda come “le ipotesi di nullità dell’ordinanza contemplate dall’art. 292, comma 2-ter, c.p.p. attengono, infatti, ai soli casi di mancata indicazione degli elementi a carico e a favore dell’indagato/imputato e all’assenza di una “specifica valutazione” degli elementi esposti dall’indagato durante

l’interrogatorio anticipato istituito dalla Legge Nordio”. Cfr., inoltre, A. Chelo, *Modifiche alle misure cautelari: garanzie effettive o garanzie apparenti*, in G. Spangher (a cura di), *Le novità della legge Nordio*, Milano, 2024, 12.

(31) Cfr. Dossier del Servizio Studi di Camera e Senato, Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all’ordinamento giudiziario e al codice dell’ordinamento militare, 26 gennaio 2024, A.S. n. 808-A, in [www.senato.it](http://www.senato.it).

(32) Cfr. Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Grande Camera, 17 luglio 2014, Pres. Spielmann, *Legal Resource Centre* per conto di Valentin Câmpeanu c. Romania, (Ricorso n. 47848/08), par. 96, in <https://hudoc.echr.coe.int>.

(33) Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. I, 23 maggio 2024, pres. Bošnjak - Bruno Contrada c. Italia (Ricorso n. 2507/19), par. 39, 40 e 41, in <https://hudoc.echr.coe.int>.

(34) Intercettazioni disposte al di fuori delle situazioni previste dalla legge (art. 266 c.p.p.), mancato rispetto delle condizioni

# Giustizia sovranazionale

## Processo penale

Escludendo, infine, qualsiasi ipotesi di abnormità del provvedimento adottato d'urgenza dal pubblico ministero (come tale, impugnabile direttamente in Cassazione), la Corte ha ritenuto che "il Governo non abbia dimostrato che al ricorrente siano stati offerti rimedi effettivi e accessibili che gli consentissero di sollevare le sue doglianze di violazione dell'articolo 8 della Convenzione" (35).

Nel merito, secondo la Corte, le intercettazioni delle comunicazioni private effettuate mediante strumentazione tecnica di registrazione, nonché la trascrizione dei risultati così ottenuti e il loro utilizzo in ambito giudiziario, costituiscono senza dubbio una "ingerenza da parte di un'autorità pubblica" nell'esercizio da parte degli interessati del diritto al rispetto della vita privata e della corrispondenza, garantito dall'art. 8, par. 1 della Convenzione (36).

Tale ingerenza è conforme alla legge ed è, quindi, compatibile con l'art. 8 CEDU, quando, nel rispetto del principio di legalità, sia necessaria in una società democratica al fine di perseguire uno o più scopi legittimi ai sensi del par. 2 di tale articolo.

Secondo la giurisprudenza della Corte europea, i sopra citati criteri della "previsione per legge" e della "necessarietà" della ingerenza devono essere letti ed interpretati congiuntamente, nel senso che il diritto domestico che disciplina lo strumento investigativo non solo deve essere "accessibile" e "prevedibile" nella sua applicazione, ma deve anche garantire che le misure di sorveglianza segreta siano applicate solo laddove siano "necessarie in una società democratica", in particolare offrendo misure "sufficienti" e "adeguate" garanzie, nonché tutele effettive contro gli abusi. La "qualità del diritto interno" si misura proprio in ragione di tali tutele (37).

Quanto al primo profilo, la Corte europea non nutre alcun dubbio sul fatto che la legge nazionale soddisfi i requisiti della accessibilità e della prevedibilità

richiesti dalla Convenzione. L'accessibilità dipende dalla chiarezza impiegata dal legislatore per indicare a tutti i consociati in quali circostanze e a quali condizioni i poteri pubblici sono autorizzati a svolgere intercettazioni. Da questo angolo di osservazione, la Corte europea non nutre alcun dubbio sul fatto che il codice di procedura penale italiano sia redatto con sufficiente e adeguata chiarezza.

Anche sulla prevedibilità, *nulla questio*: la Corte ribadisce il principio per cui, in tema di intercettazioni, prevedibilità non significa che l'interessato debba essere messo in grado di conoscere il momento in cui le autorità potrebbero intercettare le sue comunicazioni, in modo tale da poter adeguare il suo comportamento di conseguenza (38), ma soltanto che la legge debba indicare, come garanzie minime contro l'abuso di potere, i seguenti elementi: la natura dei reati suscettibili di dar luogo ad un mandato di intercettazione, le categorie di persone suscettibili di essere intercettate, la durata massima dell'esecuzione della misura, la procedura da seguire per l'esame, l'utilizzo e la conservazione dei dati raccolti, le precauzioni da adottare per la comunicazione dei dati ad altri soggetti, nonché le circostanze in cui la cancellazione o la distruzione delle registrazioni può o deve aver luogo (39). Tali elementi sono espressamente previsti nel codice di procedura penale, con la conseguenza che, anche sotto questo profilo, nessuna censura può ragionevolmente essere mossa contro la nostra disciplina domestica delle intercettazioni. Venendo alla tutela dei terzi non indagati, ma intercettati, la Corte ricorda innanzitutto di aver già ritenuto, in altre occasioni, che le misure di intercettazione dirette contro una persona che non è sospettata di un determinato reato, ma che possiede informazioni rilevanti su di esso, possono essere giustificate ai sensi dell'art. 8 della Convenzione (40). Non è questo il problema: è vero che né le disposizioni del codice di procedura penale, né la giurisprudenza

relative alla forma e al contenuto del mandato di intercettazione (art. 267 c.p.p.) e mancato rispetto di determinate modalità di esecuzione delle operazioni (art. 268, commi 1 e 3, c.p.p.).

(35) Secondo la giurisprudenza della Corte, come in Corte EDU, 10 aprile 2007, *Panarisi*, c. Italia, n. 46794/99, parr. 76-77, il ricorso proposto presso i giudici penali nazionali chiamati a conoscere del procedimento nell'ambito del quale è stata disposta una misura come l'intercettazione di comunicazioni può considerarsi efficace solo nel caso in cui sia attribuita loro la competenza ad esaminare la legittimità e la necessità dell'ingerenza censurata.

(36) Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. IV, *Allan c. Regno Unito*, Pres. Pellonpää, 5 febbraio 2003, (Ricorso n. 48539/99), par. 35; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, *Bykov c. Russia*, Pres. Costa, 10 marzo 2009, (Ricorso n. 4378/02), par. 72, *Dragojević c. Croazia*, 15 gennaio 2015, (Ricorso n. 68955/11), par. 85, in <https://hudoc.echr.coe.int>.

(37) Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, *Roman Zakharov c. Russia*, 4 dicembre 2015, (Ricorso n. 47143/06), in <https://hudoc.echr.coe.int>.

(38) Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. II, 31 luglio 2012, *Drakšas c. Lituania*, (Ricorso n. n. 36662/04), par. 67, in <https://hudoc.echr.coe.int>.

(39) Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. III, 29 giugno 2006, Pres. Zupančič, (Ricorso n. 54934/00), *Weber e Saravia c. Germania*, in <https://hudoc.echr.coe.int>; Corte e.d.u., *Roman Zakharov c. Russia*, cit.

(40) Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. II, *Greuter c. Paesi Bassi*, (Ricorso n. 40045/98), 19 marzo 2002, in <https://hudoc.echr.coe.int>, nonché Corte e.d.u., *Roman Zakharov c. Russia*, cit., par. 245.

della Corte di cassazione italiana specificano quali tra le persone che sono in contatto con un indagato possano essere intercettate, ma è altrettanto vero, sottolinea la Corte, che in Italia le intercettazioni, richieste dalla Procura, necessitano di un'autorizzazione motivata da parte del giudice, il quale deve verificare, tra l'altro, le ragioni addotte per giustificare la captazione delle comunicazioni della persona da intercettare, con la conseguenza che, almeno da questo angolo di osservazione, nessuna censura viene mossa alla disciplina domestica.

Quello che preoccupa, invece, è il *quomodo*, ossia le modalità attraverso le quali il legislatore codicistico tutela la (ritenuta) fisiologica interferenza tra autorità e terzi non indagati, quando in gioco è la segretezza delle comunicazioni di questi ultimi.

Il problema, secondo la Corte, è che la legge italiana sulle intercettazioni non è sufficiente a garantire dall'arbitrio tutte le persone che possono essere oggetto di intercettazione. Per le persone imputate, il codice prevede una adeguata tutela, rappresentata dal diritto ad essere informate una volta concluse le operazioni di intercettazione, e, soprattutto, dalla facoltà di accesso alle registrazioni e alle trascrizioni delle intercettazioni, nonché a tutte le decisioni giudiziarie pertinenti. I terzi estranei al reato per cui si procede, invece, secondo la Corte, non dispongono di garanzie sufficienti ed efficaci contro eventuali abusi.

Tale conclusione si basa sulle seguenti considerazioni: salvo indiscrezioni o altri eventi fortuiti, in Italia, i terzi non indagati potrebbero non venire mai a conoscenza di essere stati oggetto di una misura di sorveglianza occulta; inoltre, e soprattutto, osserva la Corte, un estraneo al procedimento penale, anche se si rende conto (fortuitamente) di essere stato oggetto di sorveglianza, non dispone di alcun mezzo di ricorso interno che gli consenta di chiedere il controllo giudiziario delle intercettazioni disposte

nei suoi confronti. Ebbene, prosegue la Corte, privare una persona sottoposta a intercettazione dell'effettiva possibilità di impugnare retroattivamente tale misura significa privarla di un'importante salvaguardia contro possibili abusi (41).

Secondo la Corte europea, quindi, il diritto italiano non fornirebbe "garanzie adeguate ed effettive" che tutelino dal rischio di abuso le persone - oggetto di una misura di intercettazione - nei confronti delle quali non sono state trovate prove di colpevolezza e che non sono sospettate di essere coinvolte nel reato oggetto dell'indagine. In particolare, si legge nella sentenza in commento, la normativa italiana non consente a queste persone di adire un'autorità giudiziaria per ottenere un controllo effettivo della "legittimità" e della "necessità" della misura e per ottenere, se del caso, un adeguato indennizzo.

Tenuto conto di tali carenze, ritenendo che la legge italiana non soddisfi pienamente il requisito relativo alla "qualità della legge" e non sia idonea a limitare l'"ingerenza" a quanto è "necessario in una società democratica", la Corte europea ha riconosciuto, nel caso *de quo*, la violazione dell'art. 8 CEDU, concludendo con l'invito, rivolto allo Stato italiano, ad introdurre un "controllo efficace della legalità e della necessità" del provvedimento con cui può essere disposta un'intercettazione, attivabile dal terzo interessato, anche se non intercettato, "e se del caso, una riparazione (*redressement*) appropriata".

### Riflessioni conclusive e prospettive *de iure condendo*

Siamo dell'avviso che gli inviti suggeriti dalla Corte europea siano stati solo parzialmente accolti dal legislatore italiano con l'approvazione della c.d. Legge Nordio (42). Al netto delle perplessità operative (43) e delle critiche sul merito (44), la tutela della riservatezza del terzo estraneo al procedimento rimane

(41) Corte e.d.u., *Roman Zakharov c. Russia*, cit., par. 300.

(42) S. Lorusso, *Intercettazioni, vuoto di tutele per i non indagati*, in *Il Sole 24 ore*, 24 giugno 2024; L. Filippi, *La CEDU impone all'Italia di garantire i diritti dei terzi non indagati ma intercettati*, in *dirittoegustizia.it*, 27 maggio 2024; contra, L. Giordano, *Considerazioni sulla sentenza della Cedu Contrada c. Italia n. 4: per un'interpretazione convenzionalmente orientata delle norme di codice di rito*, in *sistemapenale.it*, 26 maggio 2024, secondo il quale, invece, "non sembra che la sentenza della Corte EDU imponga necessariamente un nuovo intervento normativo sulla disciplina delle intercettazioni a garanzia della riservatezza dei terzi interessati, potendo l'elaborazione giurisprudenziale, per mezzo dello strumento dell'interpretazione delle norme vigenti convenzionalmente orientata, garantire margini di tutela a costoro in linea con le indicazioni contenute nella decisione illustrata".

(43) La mancata identificazione di soggetti non indagati, ma comunque menzionati in conversazioni rilevanti, potrebbe

ostacolare la comprensione complessiva dei fatti, a scapito dell'efficacia delle indagini in corso. Cfr. A. Apollonio, *D.d.l. Nordio in materia di intercettazioni: l'ennesima ombra gettata sull'operato del pubblico ministero (e l'ennesimo passo verso la separazione delle carriere)*, in *Giustizia insieme*, 27 maggio 2024.

(44) G. Spangher, *Pacchetto Nordio*, cit., osserva che "si tratta dell'ennesimo tentativo teso a limitare la diffusione del contenuto delle intercettazioni relativamente ad elementi ritenuti processualmente non rilevanti e che attengono alla sfera privata dei soggetti estranei alle indagini. Ancora una volta, tuttavia, mancano adeguate sanzioni essendo le attuali del tutto incapaci di indurre al rispetto di quanto si vorrebbe fosse osservato. Allo stato, quindi, non si interviene sui presupposti e sulle modalità tecniche delle captazioni, rinviate ad un provvedimento successivo, ma solo sulla diffusione delle stesse".

# Giustizia sovranazionale

## Processo penale

infatti soccombente rispetto a quella clausola di “rilevanza investigativa” (45) che rappresenta il vero mantra di una novella ancora troppo ispirata a logiche paternalistiche per riuscire nel tentativo di soddisfare appieno le indicazioni fornite dalla Corte europea. In particolare, alla luce della sentenza in commento, rimangono almeno due fondamentali lacune della disciplina domestica delle intercettazioni, quando queste coinvolgono soggetti terzi estranei al procedimento.

La prima lacuna da colmare riguarda la persistente mancanza di un vero e proprio “diritto informativo” del terzo, propedeutico ad un eventuale diritto di accesso agli atti. Nel solco di un consolidato orientamento giurisprudenziale (46), la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto alla persona non indagata, ma intercettata, il fondamentale diritto di ricevere notizia dell'avvenuta intercettazione, nonché della facoltà di accesso agli atti che riguardano le captazioni da lui subite. Ciò non significa, ovviamente, obbligare gli inquirenti ad una *discovery* anticipata delle indagini, ma soltanto prevedere, così come è previsto per le parti in senso tecnico del processo, una notifica successiva al terzo interessato, che lo informi della misura di sorveglianza occulta subita (47). Un simile adempimento *ex post*, oltre ad essere concretamente praticabile, poiché compatibile con le esigenze di accertamento, in quanto inidoneo a compromettere lo scopo della sorveglianza, costituisce, normalmente, condizione *sine qua non* per l'accesso ad eventuali rimedi giudiziari.

La seconda lacuna riguarda i rimedi concretamente esercitabili dal terzo, ossia il diritto dell'intercettato non indagato di disporre di un adeguato mezzo di impugnazione (una sorta di “riesame”) che consenta di ottenere, da parte di un giudice terzo, un controllo sulla “legittimità” e sulla “necessità” dei decreti che hanno autorizzato, convalidato ed eventualmente prorogato le intercettazioni (48).

Qui, la questione si complica. Al legislatore italiano rimane un nodo fondamentale da sciogliere, attinente alla natura delle conseguenze - processuali o meramente indennitarie/risarcitorie - da prevedere in ipotesi di accertata illegittima o superflua intrusione nella segretezza delle comunicazioni dei terzi. Il problema deve essere risolto facendo riferimento alle categorie tradizionali della teoria generale del processo. A nostro parere, la persona non indagata non ha un “interesse processuale” la cui tutela potrebbe spingere sino ad ipotizzare un epilogo “demolitorio” dei provvedimenti giurisdizionali di intercettazione (autorizzazioni, convalide e proroghe), con conseguente inutilizzabilità dei risultati ottenuti, ossia degli elementi di prova a carico degli indagati. Oltre a non essere minimamente satisfattiva per il terzo, una simile conclusione determinerebbe una inedita interferenza nella dinamica processuale che non avrebbe alcuna giustificazione razionale.

Anche in ipotesi di esito positivo del ricorso, quindi, il rimedio esperibile dal terzo intercettato non dovrebbe poter incidere sulla validità della prova, la quale dovrebbe risultare ignifuga rispetto alle doglianze di chi, non essendo né parte del processo, né soggetto in senso tecnico del procedimento penale (49), non dovrebbe aver titolo ad interferire sulla sua utilizzabilità.

La soluzione, dunque, deve essere trovata altrove, seguendo una logica “riparatoria” anziché “eliminativa”. Il riferimento, qui, è all'opportunità di prevedere, così come attualmente previsto con riferimento alla riparazione dell'errore giudiziario e dell'ingiusta detenzione, una sorta di indennizzo commisurato all'ingiustificata lesione del diritto alla *privacy* del soggetto terzo intercettato.

Legittimato attivo di questa istituenda azione dovrebbe essere esclusivamente la persona direttamente intercettata, con esclusione di coloro i quali siano stati occasionalmente e casualmente coinvolti nelle operazioni di captazione (50).

(45) F. Demartis, *Intercettazioni: un correttivo che rafforza la riservatezza delle comunicazioni e tutela l'attività del difensore... ma scontenta i “curiosi”*, cit., 1168, il quale ammette che “a ben vedere quest'ultima clausola potrebbe prestarsi a forzature ed essere utilizzata come strumento idoneo a far venire meno le esigenze di tutela della riservatezza dei terzi che sono sottese alla riforma”.

(46) Corte e.d.u., *Roman Zakharov c. Russia*, cit., par. 287-288; Corte e.d.u., Sez. IV, 11 gennaio 2022, *Ekimdzhev and others v. Bulgaria*, (Ricorso n. 70078/12), par. 349; Corte e.d.u., 6 settembre 1978, *Klass e altri c. Germania*, (Ricorso n. 5029/71), par. 58, in <https://hudoc.echr.coe.int>, in cui era già stato osservato come la successiva notifica a ciascun interessato da una misura di sorveglianza segreta potrebbe mettere a repentaglio l'obiettivo a lungo termine che originariamente ha motivato il provvedimento e come

l'interessato debba essere informato non appena la notifica possa essere effettuata senza compromettere lo scopo della restrizione.

(47) Salvo indiscrezioni o altro caso fortuito, altrimenti, i terzi non indagati, non sapendo di essere stati intercettati, non possono far valere alcun diritto.

(48) Rientra nella tradizione romanistica il concetto in base al quale un diritto è tale se è possibile farlo valere davanti ad un giudice.

(49) Sulla distinzione tra parti, soggetti e persone che partecipano al procedimento penale, v. P. Tonini - C. Conti, *Manuale*, cit., 72.

(50) Probabilmente, in ossequio ad un elementare principio di ragionevolezza, la legittimazione attiva dovrebbe spettare anche alle persone indagate la cui posizione è stata successivamente archiviata *de plano*.

Quanto ai presupposti dell'azione, l'indennizzo dovrebbe sorgere in ragione della mancante o insufficiente motivazione posta a base del provvedimento giurisdizionale che ha autorizzato, convalidato o prorogato le operazioni di intercettazione ed essere parametrato alla effettiva durata del monitoraggio.

Probabilmente ed auspicabilmente, un simile innesto normativo determinerebbe, in una sorta di eterogeneità dei fini, una maggiore attenzione da parte dell'autorità giudiziaria nella valutazione di quel requisito di assoluta indispensabilità (o mera necessità, in ipotesi di delitti di criminalità organizzata) che solo dovrebbe consentire il ricorso a tale insidioso mezzo di ricerca della prova.

Con la seguente precisazione: su *input* del terzo, la valutazione *ex post* della congruità della motivazione di un provvedimento di intercettazione dovrebbe tener conto non dei risultati ottenuti (positivi o negativi che siano, dal punto di vista delle indagini), quanto, piuttosto, del contesto contingente esistente

al momento dell'autorizzazione a svolgere le operazioni di captazione.

Da questo angolo di osservazione, dunque, l'indennizzo dovrebbe scattare esclusivamente nelle ipotesi patologiche, ossia quando, sulla base di un giudizio successivo, ma parametrato al compendio probatorio a disposizione del giudice al momento dell'autorizzazione, è possibile affermare che mancasse quel collegamento tra indagato e terzo in grado di giustificare il ricorso allo strumento captativo o, quando, pur esistendo inizialmente tale collegamento, questo si è rivelato in seguito insufficiente a motivare il successivo (e magari prorogato) monitoraggio.

Nel condivisibile tentativo di bilanciare la tutela del terzo con l'interesse della giustizia (51), gli innesti normativi proposti contribuirebbero ad evitare che le intercettazioni, da mezzo di ricerca della prova, si trasformino in mezzo di ricerca della *notizia criminis*, ossia captazioni *ad explorandum* delle quali la prassi, purtroppo, ha dimostrato di saper abusare (52).

(51) L. Giordano, *Considerazioni sulla sentenza della Cedu Contrada c. Italia n. 4: per un'interpretazione convenzionalmente orientata delle norme di codice di rito*, cit.

(52) "Sullo sfondo si lascia percepire l'eterno conflitto tra giustizia formale e giustizia sostanziale, tra fair play e

accertamento". Così, C. Conti, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in questa *Rivista*, 7, 2010, 791.

# Osservatorio Corte europea dei diritti dell'uomo

a cura di Marco Cecchi

## LIBERTÀ DI ESPRESSIONE

ACCESSO LIMITATO AGLI "ARCHIVI DELLA REPRESSIONE SOVIETICA":  
VIOLATA LA LIBERTÀ DI ESPRESSIONE

Corte europea dei diritti umani, Sez. III, 18 giugno 2024 -  
Pres. Serghides - Suprun e altri c. Russia

**La Corte, all'unanimità, ha dichiarato violato l'art. 10 in un caso riguardante l'irragionevole diniego d'accesso a informazioni archiviate, relative a episodi politico-repressivi occorsi in Russia negli anni Trenta e Quaranta del Novecento.**

### Il caso

I ricorrenti sono cinque cittadini russi (che fanno ricerche storiche sulla repressione politica sovietica), un cittadino svizzero (pronipote di Raoul Wallenberg, diplomatico svedese che si è occupato di repressione politica sovietica e che ha salvato la vita a decine di migliaia di ebrei ungheresi durante la Seconda Guerra Mondiale) e la International Memorial (un'organizzazione non governativa, con sede a Mosca, insignita del premio Nobel per la pace in ragione dell'impegno profuso nel documentare fatti comprovanti la violazione di diritti umani).

I ricorrenti cercavano di accedere a informazioni contenute in archivi, concernenti episodi di deportazioni etniche ed esecuzioni eseguite su ordine di organi extra-giurisdizionali negli anni Trenta e Quaranta del Novecento. Le richieste avanzate, però, venivano in gran parte respinte oppure, laddove accolte, non venivano riscontrate con risposte esaurienti; e, soprattutto, veniva impedito di fotocopiare gli atti consultati. Uno dei ricorrenti, il sig.re Suprun, veniva per giunta processato e condannato per aver raccolto illegalmente "segreti personali e familiari" su vittime "oggetto" di repressioni etniche.

A fronte dell'impedimento opposto loro, ritenuto indebitamente restrittivo, i ricorrenti adivano la Corte europea lamentando una violazione dell'art. 10 (libertà di espressione) Cedu. Inoltre, i giudici europei venivano coinvolti per giudicare la paventata violazione degli artt. 7 (*nulla poena sine lege*), 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e 14 (divieto di discriminazione) Cedu, relativamente a quanto occorso al sig.re Suprun.

### La decisione

La Corte ha svolto la propria disamina concentrandosi sull'art. 10, mentre ha ritenuto di non dover pronunciarsi né sull'ammissibilità né sul merito delle doglianze sollevate ai sensi degli altri articoli della Convenzione invocati.

Avuto riguardo al tema della libertà di espressione, i giudici europei hanno riscontrato che il rifiuto di consentire l'accesso a informazioni contenute nell'archivio sulla repressione sovietica costituisce senz'altro un'ingerenza nel diritto dei ricorrenti, poiché effettuare studi e ricerche sulla verità storica è

una manifestazione della libertà tutelata dall'art. 10 della Convenzione.

Sulla legittimità di siffatta ingerenza, è stato anzitutto rilevato che le domande avanzate attengono a circostanze che risalgono agli anni Trenta e Quaranta del Novecento, sicché è ragionevole presupporre che le persone coinvolte siano morte: *ergo*, non si pongono problemi legati alla loro privacy, né emergono interessi correlati - meritevoli di pregio giuridico - vantabili dai loro eredi e/o discendenti, visto il significativo trascorrere del tempo dai fatti accaduti dei quali si vuole apprendere notizia. Conseguentemente, non si sarebbe dovuto opporre alcun divieto né alcuna restrizione all'accesso, ivi compresa la copia delle informazioni di archivio. Quanto avvenuto, allora, è da stimarsi non necessario in una società democratica e, pertanto, posto in essere in violazione dell'art. 10 Cedu.

### Art. 41 (equa soddisfazione)

La Corte ha statuito che la Russia debba corrispondere ai sig.ri Suprun e Prudovskiy e alla soc. International Memorial 7.500,00 euro per danni non patrimoniali.

### I precedenti

Yuriy Chumak c. Ucraina, 18 marzo 2021, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int); Karastelev e altri c. Russia, 6 ottobre 2020, *ivi*; Centre for Democracy and the Rule of Law c. Ucraina, 26 marzo 2020, *ivi*; Perinçek c. Svizzera, 15 ottobre 2015, *ivi*; Putistin c. Ucraina, 21 novembre 2013, *ivi*; John Anthony Mizzi c. Malta, 22 novembre 2011, *ivi*; Kenedy c. Ungheria, 26 maggio 2009, *ivi*; Damman c. Svizzera, 25 aprile 2006, *ivi*; Chauvy e altri c. Francia, 29 giugno 2004, *ivi*.

## DIRITTO A RICEVERE UNA "REMUNERAZIONE ADEGUATA"

MANCATO RECEPIMENTO DI UNA DIRETTIVA EUROPEA E  
DISALLINEAMENTO REMUNERATIVO: RIGETTATA L'ISTANZA  
PRESENTATA DAI MEDICI INTERESSATI

Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. I, 20 giugno 2024 -  
Pres. Paczolay - Morabito c. Italia

**La Corte, all'unanimità, non ha rilevato alcuna violazione dell'art. 1 Protocollo n. 1, in un caso riguardante circa ottocento medici che hanno frequentato corsi di specializzazione tra il 1982 e il 1991 e che hanno adito i giudici di Strasburgo lamentando il ritardo con cui le autorità italiane hanno recepito una direttiva europea incidente sul quantum della remunerazione economica da loro percepita.**

### Il caso

I ricorrenti sono dei medici italiani che hanno frequentato i corsi di specializzazione in medicina tra il 1982 e il 1991, e per alcuni di questi i rispettivi eredi.

La direttiva 82/76/CEE prevedeva che gli Stati membri dell'Unione garantissero una "remunerazione adeguata" ai medici frequentanti i corsi di specializzazione e fissava al 31 dicembre 1982 la deadline per il suo recepimento. L'atto europeo *de quo* veniva tuttavia recepito dall'Italia solamente nel 1991, con il d. lgs. n. 275/1991, peraltro a seguito di una sentenza pronunciata in proposito - cinque anni prima, nel luglio 1987 - dalla Corte di Giustizia. Perciò, solo a partire dall'a.a. 1991-1992 gli specializzandi in medicina vedevano il loro stipendio adeguato allo standard imposto dalla direttiva europea; e, per tutti coloro che ormai aveva già terminato il periodo di specializzazione, non c'era possibilità di ottenere alcunché. Qualche anno dopo, nel 1999, con la legge n. 370, veniva disposto che i medici che avevano frequentato corsi di specializzazione tra il 1° gennaio 1983 e la fine dell'a.a. 1990-1991 potevano richiedere, *una tantum*, una borsa di studio (calcolata annualmente) di 6.000,00 euro.

I ricorrenti si rivolgevano quindi alle autorità giudiziarie nazionali dolendosi della differenza di retribuzione scontata rispetto ai loro colleghi iscritti a partire dall'anno accademico 1991-1992, oltretutto del mancato adeguamento della borsa concessagli all'inflazione e dell'assenza di cumulo degli interessi legali maturati dal 1° gennaio 1983 al 27 ottobre 1999. Ogni istanza presentata veniva respinta; e allora, basandosi sugli artt. 6 (diritto a un equo processo) e 1 Prot. n. 1 (protezione della proprietà) Cedu, in combinato con l'art. 14 (divieto di discriminazione) Cedu, veniva presentato ricorso presso la Corte EDU per dolersi in particolare del ritardato recepimento della direttiva europea concernente la "remunerazione adeguata" da riconoscere ai medici specializzandi e del fatto che non erano state fornite contropartite adeguate per rimediare all'accaduto.

### La decisione

La Corte ha stimato ammissibile ed esaminato in merito la problematica relativa al diritto di ricevere una remunerazione adeguata, azionabile ai sensi dell'art. 1, Prot. n. 1 Cedu. Costatato che il recepimento della dir. 82/76/CEE è avvenuto con la l. n. 370/1999, i giudici europei - piuttosto che stigmatizzare il ritardo recettizio - si sono soffermati sul legittimo margine di discrezionalità esistente nelle scelte normative operate in sede nazionale. Nello specifico, è stato osservato che il legislatore ha tarato l'importo economico riconoscibile ai medici interessati sulla base del numero di ore lavorate all'epoca in cui hanno frequentato il corso di specializzazione (periodo 1981-1991): ottocento ore all'anno, contro le millecinquecento previste dopo l'entrata in vigore della l. n. 370/1999. Sotto questo profilo, non è stata riscontrata alcuna violazione della Convenzione. Né violazioni convenzionali sono state rilevate in rapporto al mancato adeguamento della somma percepibile, e di fatto percepita, all'inflazione e per il non pagamento degli interessi legali, perché l'anno accademico che è stato preso come anno di riferimento per stabilire la cifra da corrispondere è il 1990-1991, vale a dire un periodo temporale già aggiornato e adeguato all'inflazione, oltretutto comprensivo degli interessi legali fino a quel momento maturati. Inoltre, dato che dal 1992 al 2005 è stata legalmente interrotta la corresponsione della borsa di studio per problematiche legate alla salvaguardia del bilancio nazionale e connessi obblighi di adempimento nei confronti dell'Unione europea (v. caso Ruggieri e altri c. Italia), la Corte non ha ritenuto discriminatorio l'intervento legislativo posto in essere: posto, per di più, che si è rivolto a tutti i dipendenti pubblici in generale, e non soltanto ai medici o a una peculiare categoria di medici. Infondato, quindi, anche sotto questo

versante il ricorso; così come, infine, è stato ritenuto privo di fondatezza il motivo di doglianza sollevato ai sensi del combinato disposto art. 1, Prot. n. 1 Cedu e art. 14 Cedu, perché la differenza di trattamento economico riconosciuta è da considerarsi pienamente giustificata, come detto *supra*, dal diverso numero di ore lavorate dai ricorrenti e dagli altri medici in questione.

### I precedenti

Ruggieri e altri c. Italia, 29 agosto 2023, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int); Fábían c. Ungheria, 5 settembre 2017, *ivi*; Maggio e altri c. Italia, 31 maggio 2011, *ivi*; Stec e altri c. Regno Unito, 12 aprile 2006, *ivi*; Iatridis c. Grecia, 19 ottobre 2000, *ivi*.

## DISCRIMINAZIONE

È DISCRIMINATORIO IL DIVERSO TRATTAMENTO, BASATO SULL'ETÀ, RISERVATO AI DETENUTI IN CUSTODIA CAUTELARE

Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. V, 20 giugno 2024 - Pres. Guyomar - Spišák. c. Repubblica Ceca

**La Corte, all'unanimità, ha statuito che vi è stata una violazione dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 5, a causa dei differenti meccanismi di revisione praticabili avverso le misure cautelari applicate a soggetti minorenni e a soggetti maggiorenni.**

### Il caso

Il ricorrente, Pavel Spišák, è un cittadino ceco nato nel 2003 e residente a Všehrdy (Repubblica Ceca).

Nel 2020 e nel 2021, mentre era in libertà vigilata, il ricorrente veniva accusato di diversi reati (tra cui rapina, lesioni personali gravi e tentato omicidio) e, ancora minorenne, veniva sottoposto a custodia cautelare.

Qualche mese dopo esser stato cautelato, il sig.re Spišák presentava istanza di scarcerazione, sostenendo - tra le altre argomentazioni - che avrebbe dovuto esser rilasciato perché, sebbene fossero trascorsi più di tre mesi dalla sua detenzione, non era stata ancora presa nessuna decisione sul suo mantenimento in carcere. Ciò violava la procedura di revisione automatica della detenzione sancita dall'art. 72, co. 1 c.p.p. La domanda del ricorrente veniva però respinta prima dal tribunale distrettuale e successivamente in appello, nonché, da ultimo, in Cassazione.

Nel frattempo, in parallelo all'incidentale procedimento cautelare, il ricorrente patteggiava e iniziava a scontare la pena; di talché, l'annullamento sopraggiunto di alcuni provvedimenti cautelari non si ripercuoteva affatto sulla sanzione (es. in punto di quantità) che il sig.re Spišák stava già scontando.

Basandosi sugli artt. 5 (diritto alla libertà e alla sicurezza), 6 (diritto a un equo processo) e 14 (divieto di discriminazione) Cedu, il ricorrente si rivolgeva alla Corte europea presso cui si lamentava del prolungato periodo di detenzione cautelare patito e di non aver goduto, in quanto minorenne, di quel meccanismo di revisione automatica della misura previsto invece per gli adulti dall'art. 72, co. 1 del codice di procedura penale ceco.

### La decisione

La Corte ha immediatamente precisato che la problematica in questione nel caso di specie attiene alla circostanza che, in Repubblica Ceca, i minori non hanno diritto al controllo

giudiziario periodico automatico di tre mesi della detenzione alla quale sono sottoposti; controllo che, viceversa, è assicurato ai detenuti adulti. Con piena evidenza, si è al cospetto di un trattamento discriminatorio basato sull'età (art. 14) e incidente sulla libertà personale (art. 5), del quale i giudici europei hanno dovuto a questo punto verificare la legittimità/compatibilità con la Convenzione.

Ebbene, sul presupposto che la custodia cautelare - specialmente se applicata a soggetti minorenni - è strumento da impiegare come *extrema ratio* e che la sua durata deve essere la più breve possibile, e inoltre sottoposta a continui controlli di attualità e necessità, la Corte ha notato che il governo nazionale non ha fornito alcuna giustificazione ragionevole sul perché il termine previsto per la revisione della misura in caso di detenuti minorenni sia di sei mesi, mentre al contrario in caso di detenuti maggiorenni sia di tre mesi e automatico. E ciò, nonostante le esigenze da fronteggiare siano le medesime in entrambi i casi: anzi, nelle ipotesi di minori cautelati ricorre vieppiù l'urgenza di tener conto della particolare vulnerabilità di questi soggetti e della loro repentina crescita evolutiva. Alla luce della ricostruzione effettuata, i giudici europei hanno consequenzialmente ritenuto violato l'art. 14, in combinato con l'art. 5 Cedu.

### Art. 41 (equa soddisfazione)

La Corte ha stabilito che la Repubblica Ceca debba corrispondere al ricorrente 6.000,00 euro per danni non patrimoniali e 5.000,00 euro per costi e spese.

### I precedenti

Muhammad e Muhammad c. Romania, 15 ottobre 2020, in *www.echr.coe.int*; Molla Sali c. Grecia, 19 dicembre 2018, *ivi*; D.L. c. Bulgaria, 19 maggio 2016, *ivi*; Gherghina c. Romania, 9 luglio 2015, *ivi*; Abdulkhakov c. Russia, 2 ottobre 2012, *ivi*; Altınok c. Turchia, 29 novembre 2011, *ivi*; Andrie c. Repubblica Ceca, 17 febbraio 2011, *ivi*; Schwizgebel c. Svizzera, 10 giugno 2010, *ivi*; Nart c. Turchia, 6 maggio 2008, *ivi*.

## LIBERTÀ DI ESPRESSIONE

CONVENZIONALMENTE ILLEGITTIMO IL DIVIETO OPPOSTO A UNA ONG DAL COMUNE DI CHIȘINĂU DI ESPORRE UN MANIFESTO CON VIGNETTE ANTIDISCRIMINATORIE

Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, 25 giugno 2024 - Pres. Bårdsen - Conseil National de la Jeunesse de Moldova c. Moldavia

**La Corte, all'unanimità, ha ritenuto violato l'art. 10 in un caso riguardante il diniego, illegittimamente posto dalle autorità locali alla Ong ricorrente, di esporre illustrazioni antidiscriminatorie su pannelli pubblicitari (perché le medesime raffiguravano alcuni gruppi sociali in modo indecoroso e umiliante).**

### Il caso

La ricorrente è un'organizzazione non governativa moldava (Conseil National de la Jeunesse de Moldova), con sede a Chișinău (Moldavia).

Nel 2011, il Parlamento avviava l'esame di un disegno legislativo antidiscriminatorio che suscitava un acceso dibattito pubblico, principalmente in merito all'utilizzo dell'espressione "orientamento sessuale" in atti/documenti ufficiali e alla

disciplina giuridica dedicata al tema dell'omosessualità. Il d. d.l., poco dopo essere stato presentato, veniva ritirato.

La Ong ricorrente, socialmente attiva nella lotta alla discriminazione (es. è responsabile di un progetto ove viene garantita una linea telefonica di assistenza gratuita contro atti discriminatori), al volgere dell'anno, chiedeva al Comune di Chișinău l'autorizzazione per affiggere un manifesto, al fine di informare tutta la cittadina dell'attività che svolgeva per la promozione dell'uguaglianza fra le persone. Nel cartello si riportavano vignette dove apparivano due uomini che si tenevano per mano, una persona di colore, una donna anziana, una donna incinta, una persona sulla sedia a rotelle e una presunta coppia rom. L'autorità comunale, che prima di esprimersi coinvolgeva i rappresentanti delle comunità rappresentate nelle vignette per chiedere se si sentissero offesi dalla pubblicità proposta dalla Ong, negava la possibilità di affissione di un manifesto ritenuto controverso al punto da creare in società divisioni tra categorie e gruppi sociali. Inoltre, il vicesindaco raccomandava di attenersi ai principi stabiliti in materia dall'art. 7 l. 1227-XIII del 27 giugno 1997, secondo cui la pubblicità deve essere leale, onesta, autentica e decorosa e deve utilizzare mezzi che non causino danni spirituali, morali o psicologici al pubblico destinatario (diretto o indiretto).

Rivoltasi all'Agenzia nazionale per la tutela della concorrenza (Agenția Națională pentru Protecția Concurenței - ANPC), per la quale non vi era alcuna violazione della normativa moldava o internazionale, la Ong ricorrente intentava un'azione legale contro la città di Chișinău per essere autorizzata giudizialmente ad affiggere il manifesto. L'istanza veniva tuttavia respinta, in ogni grado di giurisdizione, dimodoché - avendo esperito tutti i rimedi interni - l'ultima possibilità restava quella di denunciare l'esistenza di un'illegittima e sproporzionata violazione del proprio diritto tutelato dall'art. 10 Cedu presso la Corte europea.

### La decisione

La Corte ha dovuto valutare se, come affermato dai giudici nazionali, la decisione presa dal Comune di Chișinău sia stata effettivamente necessaria per tutelare i diritti altrui, cioè per garantire i diritti delle comunità coinvolte nella rappresentazione pubblicitaria che la ricorrente aveva intenzione di divulgare e che concerneva per l'appunto tali minoranze sociali. Relativamente al contesto e alla natura della pubblicità, in sentenza si è detto che il manifesto è stato preparato per essere esposto nell'ambito di una campagna di sensibilizzazione su una tematica delicata e di grande interesse pubblico. Non si trattava, dunque, di una propaganda meramente commerciale bensì di una promozione avente natura sociale, ai sensi della legge nazionale. In tali frangenti, alla luce della giurisprudenza europea, il ruolo svolto da chi richiama l'attenzione su questioni di rilevanza pubblica è assimilabile al ruolo svolto da chi fa stampa, e merita una protezione analoga. Venendo alla fattispecie, la Corte ha dato singolare importanza al fatto che la Ong ricorrente si spenda attivamente per difendere i diritti umani e che le vignette rappresentate nel manifesto pubblicitario erano accompagnate da un testo che incoraggiava le comunità interessate a chiamare un numero verde in caso fossero vittime di atti discriminatori. L'intento, chiaramente, non poteva essere quello di insultare, ridicolizzare o stigmatizzare queste realtà sociali vulnerabili, né di promuovere nei confronti di una parte minoritaria della popolazione atteggiamenti d'odio e di intolleranza. La volontà era piuttosto quella di attirare l'attenzione della società su alcuni stereotipi e pregiudizi diffusi, incoraggiando al contempo ciascuna persona offesa dagli stessi a far valere i propri diritti. Ne consegue che, per i giudici europei, la Ong ricorrente non ha

esercitato la propria libertà di espressione in maniera irresponsabile e il suo operato avrebbe dovuto essere protetto ai sensi dell'art. 10 Cedu: cosa, questa, che non è accaduta. E sebbene non possa ritenersi particolarmente grave l'interferenza che c'è stata (dato che non si è avuta una restrizione generalizzata delle idee professate dalla ricorrente, giacché il divieto si è limitato alla sola affissione della vignetta pubblicitaria, la quale avrebbe potuto comunque essere diffusa e divulgata tramite altri mezzi e canali di comunicazione), questo non fa venir meno l'illegittimità dell'agire statale (non sorretto da valide ragioni e per giunta approvato dai giudici moldavi con un ragionamento viziato, poiché decontestualizzato e incurante della normativa convenzionale... addirittura ritenuta non confacevole alla faccenda analizzata).

### Art. 41 (equa soddisfazione)

La Corte ha ritenuto che il riconoscimento della violazione costituisca di per sé un'equa soddisfazione in relazione ai danni non patrimoniali patiti dalla ricorrente, mentre ha stabilito che la Moldavia debba corrispondere a quest'ultima 2.500,00 euro per costi e spese.

### I precedenti

Hurbain c. Belgio, 4 luglio 2023, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int); C8 (Canal 8) c. Francia, 9 febbraio 2023, *ivi*; Zemmour c. Francia, 20 dicembre 2022, *ivi*; Nit S.r.l. c. Moldavia, 5 aprile 2022, *ivi*; Vavrička e altri c. Repubblica Ceca, 8 aprile 2021; G.L. c. Italia, 10 settembre 2020, *ivi*; Baka c. Ungheria, 23 giugno 2016, *ivi*; Bohlen c. Germania, 19 febbraio 2015, *ivi*.

## Diritto penale e processo

Mensile di giurisprudenza, legislazione e dottrina

### EDITRICE

Wolters Kluwer Italia S.r.l.  
Via Bisceglie n. 66  
20152 Milano, Italia

### INDIRIZZO INTERNET

[www.edicolaprofessionale.com/DPP](http://www.edicolaprofessionale.com/DPP)

### DIRETTORE RESPONSABILE

Giulietta Lemmi

### REDAZIONE

Nadia D'Antoni, Stefania Banfi

### REALIZZAZIONE GRAFICA

Wolters Kluwer Italia S.r.l.

### FOTOCOMPOSIZIONE

Integra Software Service Pvt. Ltd.

### STAMPA

GECA S.r.l.  
Via Monferrato n. 54  
20098 San Giuliano Milanese (MI)

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

### PUBBLICITÀ:



Wolters Kluwer

E-mail: [advertising-it@wolterskluwer.com](mailto:advertising-it@wolterskluwer.com)  
[www.wolterskluwer.it](http://www.wolterskluwer.it)

Via Bisceglie n. 66  
20152 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

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

telefono 02 82476.015  
redazione.dirittopenaleprocesso.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  
e-mail [servizio.clienti@wolterskluwer.com](mailto:servizio.clienti@wolterskluwer.com)

### 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 Bisceglie n. 66  
20152 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](http://www.edicolaprofessionale.com/DPP)

L'abbonamento digitale è consultabile all'indirizzo abbonamento l'estensione on line della rivista, consultabile all'indirizzo

[www.edicolaprofessionale.com/DPP](http://www.edicolaprofessionale.com/DPP)

### ITALIA

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione € 300,00

Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 275,00 + Iva 4%

### ESTERO

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione € 600,00

Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 275,00

### MODALITÀ DI PAGAMENTO

Versare l'importo sul C/C/P n. 583203 intestato a WKI s.r.l. Gestione Incassi oppure con bonifico bancario presso Banca Intesa Sanpaolo SpA sul conto IBAN: IT61M0306933684100000002208 intestato a Wolters Kluwer Italia Srl

Indicare nella causale del versamento il titolo della rivista e l'anno di abbonamento.

Prezzo copia: € 35,00

Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta

### DISTRIBUZIONE

Vendita esclusiva per abbonamento

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico

è 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.

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 Bisceglie n. 66 - 20152 Milano (MI).

# Indice

## Diritto penale e processo

### INDICE DEGLI AUTORI

#### Aiuti Valerio

Osservatorio Corte Costituzionale ..... 20

#### Bartoli Roberto

Reati di opinione e costituzionalismo ..... 7

#### Catania Alessandro

La messa alla prova come "precedente" favorevole ai fini della sospensione condizionale. Il metodo logico a sostegno dell'interpretazione in *bonam partem* ..... 64

#### Cecchi Marco

Osservatorio Corte europea dei diritti dell'uomo ... 140

#### Conti Andrea

Il percorso di rieducazione del minore ex art. 27-bis, d.P.R. n. 448/1988: dubbi di costituzionalità, nodi interpretativi ed occasione di riflessione sul processo penale minorile ..... 78

#### Crippa Maria

Dalla tentata codificazione dei crimini internazionali alla progettata fattispecie di violenza sessuale "come strumento di guerra" ..... 95

#### Daraio Girolamo

Il complicato innesto del paradigma riparativo nel sistema processuale penale tra ritardi organizzativi, nodi interpretativi e resistenze culturali ..... 103

#### Kalb Luigi

Novità normative ..... 13

#### La Regina Katia

Osservatorio Corte di cassazione - Processo penale ..... 30

#### Nocerino Wanda

La legitimatio ad causam della parte civile in pendenza dell'accordo sulla pena: istanze risarcitorie e prospettive liquidatorie ..... 51

#### Passafiume Sabrina

Osservatorio contrasti giurisprudenziali ..... 34

#### Penco Emmanuele

Osservatorio Corte Costituzionale ..... 20

#### Rocchi Francesca

Osservatorio Corte di cassazione - Diritto penale ... 25

#### Ruggiero Gianluca

La "valvola di sicurezza". Il minimo ombra nel compasso edittale del delitto di rapina ..... 39

#### Torre Marco

Intercettazioni e tutela dei terzi non indagati: la normativa italiana non rispetta l'art. 8 della C.E.D.U. ... 129

### INDICE CRONOLOGICO

#### DEI PROVVEDIMENTI

##### Legislazione

D.Lgs. 10 dicembre 2024, n. 211 ..... 13

L. 30 dicembre 2024, n. 207 ..... 13

D.M. 27 dicembre 2024, n. 206 ..... 14

D.L. 27 dicembre 2024, n. 202 ..... 15

Delibera Senato 17 dicembre 2024 ..... 15

D.Lgs. 10 dicembre 2024, n. 198 ..... 16

Reg. UE 2024/3011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2024 ..... 16

D.L. 11 ottobre 2024, n. 145, conv., con modif., in L. 9 dicembre 2024, n. 187 ..... 17

9 dicembre 2024, n. 187 ..... 17

##### Giurisprudenza

###### Corte costituzionale

14 novembre 2024, n. 179 ..... 23

7 novembre 2024, n. 176 ..... 22

4 novembre 2024, n. 173 ..... 21

22 ottobre 2024, n. 166 ..... 20

13 maggio 2024, n. 86 ..... 39

###### Corte di cassazione (Sezioni Unite)

30 novembre 2023 (dep. 19 aprile 2024), n. 16403 ..... 51

###### Corte di cassazione (Sezioni semplici)

Sez. II, 28 novembre 2024 (ud. 18 settembre 2024), n. 43662 ..... 27

Sez. VI, 27 novembre 2024 (ud. 11 settembre 2024), n. 43186 ..... 26

Sez. VI, 25 novembre 2024 (ud. 11 settembre 2024), n. 42941 ..... 25

Sez. II, 19 novembre 2024 (ud. 13 novembre 2024), n. 42366 ..... 32

Sez. VI, 17 novembre 2024 (ud. 10 ottobre 2024), n. 41485 ..... 30

Sez. IV, 15 novembre 2024 (ud. 24 ottobre 2024), n. 41977 ..... 28

Sez. II, 15 novembre 2024 (ud. 2 ottobre 2024), n. 41961 ..... 31

Sez. IV, 6 novembre 2024 (ud. 17 ottobre 2024), n. 40727 ..... 32

Sez. V, 23 agosto 2024 (p.u. 14 giugno 2024), n. 33091 ..... 34

Sez. II, 11 luglio 2024 (p.u. 20 giugno 2024), n. 27813 ..... 37

Sez. V, 10 luglio 2024 (p.u. 8 marzo 2024), n. 27446 ..... 35

Sez. III, 22 aprile 2024 (ud. 26 marzo 2024), n. 16703 ..... 63

###### Tribunale per i Minorenni

Trento, 6 marzo 2024 ..... 72

**Corte europea dei diritti umani**

Sez. II, 25 giugno 2024 - Pres. Bårdsen - Conseil National de la Jeunesse de Moldova c. Moldavia .	142
Sez. I, 20 giugno 2024 - Pres. Paczolay - Morabito c. Italia .....	140
Sez. V, 20 giugno 2024 - Pres. Guyomar - Spišák. c. Repubblica Ceca .....	141
Sez. III, 18 giugno 2024 - Pres. Serghides - Suprun e altri c. Russia .....	140
Sez. I, 23 maggio 2024, n. 2507/19 .....	129

**INDICE ANALITICO****Diritto penale****Delitti contro il patrimonio**

Nel furto lieve per bisogno la tenuità del valore va valutata non in senso assoluto ( <i>Cassazione Penale, Sez. IV, 15 novembre 2024 (ud. 24 ottobre 2024), n. 41977</i> ) .....	28
---	----

**Delitti contro la giustizia**

La sola introduzione in carcere di una scheda s.i.m. non integra l'accesso indebito a dispositivi idonei alla comunicazione da parte di detenuti ( <i>Cassazione Penale, Sez. VI, 25 novembre 2024 (ud. 11 settembre 2024), n. 42941</i> ) .....	25
--	----

**Delitti contro la persona**

Lo sfruttamento del lavoro punito dall'art. 603-bis c. p. non si applica al lavoro intellettuale ( <i>Cassazione Penale, Sez. II, 28 novembre 2024 (ud. 18 settembre 2024), n. 43662</i> ) .....	27
--	----

**Delitti contro l'ordine pubblico**

Non è necessario l'impiego del "metodo mafioso" per il procacciamento dei voti nel delitto di scambio elettorale politico-mafioso ( <i>Cassazione Penale, Sez. VI, 27 novembre 2024 (ud. 11 settembre 2024), n. 43186</i> ) .....	26
---	----

**Detenzione domiciliare**

Retroattività della <i>lex mitior</i> e accesso alla nuova detenzione domiciliare "sostitutiva": infondate le questioni di legittimità sollevate dal tribunale di Trieste ( <i>Corte costituzionale 7 novembre 2024, n. 176</i> ) .....	22
---	----

**Messa alla prova**

La messa alla prova come "precedente" favorevole ai fini della sospensione condizionale. Il metodo logico a sostegno dell'interpretazione in bonam partem ( <i>Cassazione Penale, Sez. III, 22 aprile 2024 (ud. 26 marzo 2024), n. 16703</i> ) di Alessandro Catania .	63
--	----

**Proporzionalità**

Non manifestamente sproporzionato il minimo editale della fattispecie di oltraggio a pubblico ufficiale ( <i>Corte costituzionale 22 ottobre 2024, n. 166</i> ) .....	20
---	----

**Rapina**

La "valvola di sicurezza". Il minimo ombra nel compasso edittale del delitto di rapina ( <i>Corte costituzionale 13 maggio 2024, n. 86</i> ) di Gianluca Ruggiero .....	39
---	----

**Reati di opinione**

Reati di opinione e costituzionalismo di Roberto Bartoli .....	7
--	---

**Reati fallimentari**

Bancarotta fraudolenta patrimoniale e bancarotta preferenziale ( <i>Cassazione Penale, Sez. V, 10 luglio 2024 (p.u. 8 marzo 2024), n. 27446</i> ) .....	35
---	----

**Violenza sessuale**

Dalla tentata codificazione dei crimini internazionali alla progettata fattispecie di violenza sessuale "come strumento di guerra" di Maria Crippa .....	95
--	----

**Giustizia sovranazionale****Diritto a ricevere una "remunerazione adeguata"**

Mancato recepimento di una direttiva europea e disallineamento remunerativo: rigettata l'istanza presentata dai medici interessati ( <i>Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. I, 20 giugno 2024 - Pres. Paczolay - Morabito c. Italia</i> ) .....	140
---	-----

**Discriminazione**

È discriminatorio il diverso trattamento, basato sull'età, riservato ai detenuti in custodia cautelare ( <i>Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. V, 20 giugno 2024 - Pres. Guyomar - Spišák. c. Repubblica Ceca</i> ) .....	141
--	-----

**Libertà di espressione**

Accesso limitato agli "archivi della repressione sovietica": violata la libertà di espressione ( <i>Corte europea dei diritti umani, Sez. III, 18 giugno 2024 - Pres. Serghides - Suprun e altri c. Russia</i> ) .....	140
--	-----

Convenzionalmente illegittimo il divieto opposto a Unaong dal comune di Ghișinău di esporre un manifesto con vignette antidiscriminatorie ( <i>Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, 25 giugno 2024 - Pres. Bårdsen- Conseil National de la Jeunesse de Moldova c. Moldavia</i> ) .....	142
---	-----

**Processo penale****Applicazione della pena su richiesta delle parti**

Patteggiamento sulla applicazione della sanzione amministrativa accessoria: irrilevanza dell'accordo ( <i>Cassazione Penale, Sez. IV, 6 novembre 2024 (ud. 17 ottobre 2024), n. 40727</i> ) .....	32
---	----

**Giudice**

Intercettazioni e incompatibilità ( <i>Cassazione Penale, Sez. VI, 17 novembre 2024 (ud. 10 ottobre 2024), n. 41485</i> ) .....	30
---	----

# Indice

## Diritto penale e processo

### **Giustizia riparativa**

Il complicato innesto del paradigma riparativo nel sistema processuale penale tra ritardi organizzativi, nodi interpretativi e resistenze culturali di *Girolamo Daraio* ..... **103**

### **Incompatibilità**

Udienza predibattimentale e incompatibilità del giudice (*Corte costituzionale 14 novembre 2024, n. 179*) ..... **23**

### **Indagini**

Presentazione della richiesta di interrogatorio: modalità e condizioni (*Cassazione Penale, Sez. II, 15 novembre 2024 (ud. 2 ottobre 2024), n. 41961*) .. **31**

### **Intercettazioni**

Intercettazioni e tutela dei terzi non indagati: la normativa italiana non rispetta l'art. 8 della C.E.D.U. (*Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. I, 23 maggio 2024, n. 2507/19*) di *Marco Torre* ..... **129**

### **Minorile**

Il percorso di rieducazione del minore ex art. 27-bis, d.P.R. n. 448/1988: dubbi di costituzionalità, nodi interpretativi ed occasione di riflessione sul processo penale minorile (*Tribunale per i Minorenni di Trento, 6 marzo 2024*) di *Andrea Conti* ..... **72**

### **Misure cautelari**

Divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, limiti spaziali, e controllo elettronico (*Corte costituzionale, 4 novembre 2024, n. 173*) ..... **21**

### **Misure di sicurezza patrimoniali**

Sequestro e confisca per equivalente di beni futuri (*Cassazione Penale, Sez. V, 23 agosto 2024 (p.u. 14 giugno 2024), n. 33091*) ..... **34**

### **Patteggiamento**

La *legitimatio ad causam* della parte civile in pendenza dell'accordo sulla pena: istanze risarcitorie e prospettive liquidatorie (*Cassazione Penale, SS.UU., 30 novembre 2023 (dep. 19 aprile 2024), n. 16403*) di *Wanda Nocerino* ..... **51**

### **Prove**

Dna (*Cassazione Penale, Sez. II, 11 luglio 2024 (p.u. 20 giugno 2024), n. 27813*) ..... **37**

### **Revisione**

Prove nuove: criteri di valutazione ai fini dell'ammissibilità della richiesta (*Cassazione Penale, Sez. II, 19 novembre 2024 (ud. 13 novembre 2024), n. 42366*) ..... **32**

# Breviaria Iuris Più

## Commentario breve al CODICE CIVILE

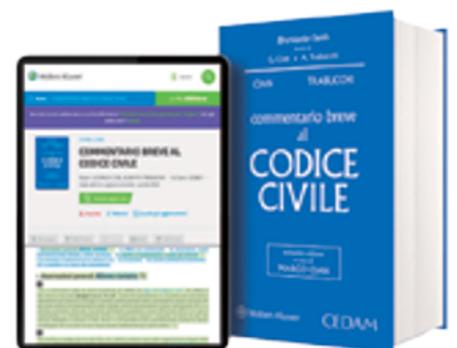
# Diritto al punto.



Breviaria Iuris Più è la nuova formula dei codici commentati CEDAM. Commenti brevi, risposte puntuali al caso concreto... oggi anche in **digitale, costantemente aggiornati**. Facili da individuare grazie alle **evidenziazioni in colore**.

Scopri la nuova edizione del **Commentario breve al CODICE CIVILE CARTA+DIGITALE** con aggiornamento e tutti i **vantaggi di Breviaria Iuris Più**.

**L'indispensabile per il professionista.**



Breviaria Iuris

# commentario breve al CODICE PENALE

Gabrio Forti, Silvio Riondato,  
Sergio Seminara

Il **codice commentato** contiene gli articoli vigenti del codice penale, comprese alcune leggi speciali (es. responsabilità penale delle società, armi, stupefacenti ecc.), e fornisce un quadro di riferimento chiaro ed autorevole sugli **istituti generali** del diritto penale, i singoli **reati** e le **contravvenzioni**, grazie all'interpretazione della **dottrina** e alla ricognizione critica e organizzata della **giurisprudenza più recente**.



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**<sup>®</sup>  
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX