

DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE

Rivista Giuridica Trimestrale



3/4 2023 • ANNO XI

EDITORI

Mario Covelli
Mariangela Covelli

DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE**DIRETTORE RESPONSABILE**

Clelia Iasevoli

DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE è una rivista trimestrale pubblicata in Napoli. Si propone di trattare rilevanti questioni di diritto sostanziale e di diritto processuale penale, nonché di giustizia minorile, in una prospettiva teorica e pratica, sia de lege lata sia de lege ferenda. L'accesso alla rivista è gratuito.

DIRETTORE SCIENTIFICO:

Sergio Moccia

COMITATO SCIENTIFICO

Claudio do Prado Amaral (San Paolo),
Raul Cervini (Montevideo),
Javier De Luca (Buenos Aires),
Maria José Jimenez Diaz (Granada),
Ricardo Jacobsen Gloeckner (Porto Alegre),
Vincenzo Ruggiero (Londra),
Klaus Volk (Monaco di Baviera)

COMITATO DI DIREZIONE

Piero Avallone, Teresa Bene, Antonio Cavaliere,
Maria de Luzenberger, Fabiana Falato,
Francesco Forzati, Clelia Iasevoli, Fausto Izzo,
Carlo Longobardo, Valentina Masarone, Vania Maffeo,
Mariano Menna, Barbara Nacar, Carla Pansini, Egle Pilla,
Nicola Russo, Giuseppe Sassone, Antonino Sessa,
Gemma Tuccillo

CAPO DI REDAZIONE

Rossella Nicodemo

COMITATO DI REDAZIONE

Mario Afeltra,
Anna Maria Covelli, Marco de Martino,
Fabiana Falato, Barbara Nacar,
Chiara Naimoli, Antonio Nappi,
Gennaro Demetrio Paipais, Ilaria Piccolo,
Alessandra Scalas, Michela Siracusa

COMITATO DI REVISIONE

Claudia Cesari, Glauco Giostra,
Luca Marafioti, Oliviero Mazza, Paolo Patrono,
Mauro Ronco, Francesco Schiaffo,
Vania Patanè

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Andrea Esposito

Rivista fondata da Mario Covelli

Registrazione presso il Tribunale di Napoli, al n. 9 del 05 marzo 2012
ANNO 2015, CODICE ISSN 2280-4323

Inserita nell'archivio del CINECA: "DirGiusMinorile" n. E217312
Sede legale: Via Bernardo Cavallino 6, 80128 Napoli

INDICE

L'EDITORIALE

I Signori del tempo e dello spazio

SERGIO MOCCIA6

GLI ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA

DIRITTO
SOSTANZIALE

L'ordinamento penale tedesco e la particolare ipotesi di archiviazione di cui al §153a *Strafprozessordnung (StPO)*

FRANCESCA CELENTA 8

Problemi applicativi in ordine alla presunzione della legittimità della difesa nelle aggressioni domiciliari

GIUSEPPE MARIA PALMIERI.....23

Riflessioni 'a prima lettura' sul nuovo delitto di "Inosservanza dell'obbligo di istruzione dei minori" *ex art. 570-ter c.p*

FRANCESCO TUCCILLO35

Brevi note a margine della nuova causa di estinzione delle contravvenzioni alimentari

SERENA UCCI.....49

DIRITTO
PROCESSUALE
PENALE

Il rinnovato ruolo della vittima nel processo penale: qualche considerazione comparatistica

MARIA ROSARIA MAGLIULO58

La partecipazione a distanza nel processo penale. Il volto digitale dell'immediatezza nel decreto di attuazione della Riforma Cartabia.

ILARIA PICCOLO76

**La tormentata esistenza del potere di impugnazione della parte pubblica.
Spunti di riflessione a valle della pronuncia delle Sezioni Unite Penali n.
21716/2023**

ALESSANDRA SCALAS 96

«Rieducare» attraverso la messa in prova: dal minore alle persone giuridiche

MICHELA SIRACUSA 114

NOTE A SENTENZA

**Nullità a regime intermedio ed omesso avviso ad uno dei due difensori
nominati dall'imputato**

GIANFEDERICO CECANESE..... 127

DIRITTO
PROCESSUALE

**Indicatore delle condizioni economiche patrimoniali e di vita nel decreto
penale di condanna riformato. Nota a Cass. pen., Sez. II, 27 giugno 2023, n.
27892**

CHIARA NAIMOLI 134

L'EDITORIALE

I SIGNORI DEL TEMPO E DELLO SPAZIO

SERGIO MOCCIA

E non è poi così difficile sapere che forme ha – sottili e violente – l'autoritarismo; è molto più difficile sconfiggere la sua (in)cultura, però è ancora più difficile sapere dove sta la libertà quando l'autoritarismo – un giorno succederà – sarà stato sconfitto. Non sono sicuro, infatti, che aver battuto l'autoritarismo significhi di per sé aver in mano la libertà, o meglio tutte le libertà. Mi pare che 'prima' si debba 'pensare' molto, che molte cose siano da preparare, molte da modificare, consapevolezza da (ri)conquistare, linguaggi da rinnovare, strutture, metodi, processi da (re)inventare, distanze da prendere e vicinanze da sopportare. Sperando che tutto questo ci dia la forza, con l'arrivo delle 'ali', di indossarle, di lanciarci e, finalmente, di (tornare a) volare.

Credo che siamo a questo punto: a cercare spazi di liberazione, muovendoci in quegli ambiti stretti, quasi rarefatti, e perché no, ambigui, lasciati liberi – parrebbe per disattenzione o, forse, per calcolo, se non per paura – da chi i suoi giochi li ha fatti, tutti con determinazione, con metodo e, soprattutto, con decisioni che lasciano ben poco alla solidarietà, alla dignità, al sogno.

Mi vengono in mente, tra i tanti 'ultimi', gli immigrati, i barboni: questi Signori del tempo e dello spazio, immutati nella loro atavica sofferenza, che, costretti a rovistare tra le immondizie, rappresentano la dolorosa metafora vivente della ricerca di quei valori di umanità che la nostra, sempre più insopportabile, società 'organizzata' ha dimenticato, ma forse non ha neanche considerato. La verità è che essa non ha trovato il luogo dove inserirli all'interno dei suoi meccanismi asfittici ed ineluttabili di 'consumo', tra l'altro, anche della stessa esistenza degli uomini: questi ultimi appaiono ora sempre più incapaci di neutralizzare la soffocante presunzione efficientistica, produttivistica, tecnologica e, dunque, di sottrarsi con la rivendicazione e la pratica della libertà alle leggi dei cosiddetti sistemi avanzati.

E, invece, libertà e dignità possono essere difese proprio rivisitando e rivalutando quelle zone della cultura della modernità divenute marginali, cioè a dire quei comportamenti e quelle concezioni esistenziali sinceramente vicine alle ragioni dell'uomo. E non è un caso che tali concezioni risultino particolarmente invisibili alla tracotante, superficiale, banale 'cultura del centro', dei muri, degli affari, del consumo, delle tante convenzioni sociali insopportabili. Esse risultano quotidianamente squalificate, se non addirittura rifiutate con aggressività, tanto grande è il timore che quelle zone, le culture dei margini, possano nascondere energie in grado di mettere in pericolo assetti opprimenti di potere e la loro insolente sicumera.

Io sono convinto che quelle zone di riscatto siano molto più ampie di quanto ora appaia e, comunque, valga la pena di andarle a (ri)scoprire per riprendere il cammino verso l'utopia concreta o, almeno, per stare in pace con la nostra coscienza.

GLI ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA

L'ORDINAMENTO PENALE TEDESCO E LA PARTICOLARE IPOTESI DI ARCHIVIAZIONE DI CUI AL §153A *STRAFPROZESSORDUNG (StPO)*

FRANCESCA CELENTA

ABSTRACT

The article briefly examines the principles of German criminal law, focusing on the principles of legality, opportunity, and culpability. It also explores the system of punishment highlighting the introduction of a potential third binary of the criminal justice system constituted by restorative justice. Based on these assumptions, the article analyzes the non-prosecution subject to imposition of conditions under §153a StPO, which is an exception to the principle of legality as well as of mandatory prosecution in favor of the principle of opportunity, adopted by the German legislator, in an attempt to control bagatelle crimes. The principle was legitimately criticized in relation to the violation of the principle of presumption of innocence and principle of equality that, especially in cases of economic crime, have led the doctrine to resort to §153a StPO in terms of modern selling of indulgences (Moderner Ablasshandel), commercialization of justice (Justizkommerzialisierung) and purchase of personal freedom (Freikaufverkaufen).

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Inquadramento sistematico. Accenni al *Legalitätsprinzip* e *Opportunitätsprinzip*. – 2.1. Il sistema delle sanzioni penali. Accenni al principio di colpevolezza e al grado di pericolosità del reo. – 3. Il sistema delle Archiviazioni meritate. Genesi storica e normativa del §153a StPO. – 4. Il §153a StPO come forma di giustizia riparativa. – 5. Profili critici. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Il Titolo I – Libro II del Codice di procedura penale tedesco (*Strafprozessordnung*, espresso nella prassi con la formula StPO) è intitolato *Öffentliche Klage* e si apre con la previsione del principio di obbligatorietà della azione penale (*Anklagegrundsatz; Akkusationsprinzip*) in virtù del quale il pubblico ministero (*der Staatsanwalt*), a meno che la legge non disponga diversamente, è obbligato all'azione penale se vi sono sufficienti indizi di colpevolezza (*zureichende tatsächliche Anhaltspunkte*).

Il titolo I prosegue poi con la previsione di numerose eccezioni al principio, tra cui l'ipotesi della non prosecuzione dell'azione penale subordinata all'imposizione al reo di condizioni e istruzioni di cui al § 153a StPO (*Absehen von der Verfolgung unter Auflagen und Weisungen*).

Nello specifico l'istituto attribuisce allo *Staatsanwalt*, se l'oggetto del procedimento è un delitto (*Vergehen*) e la gravità della colpa (*die Schwere der Schuld*) non comporta un particolare allarme

sociale, la facoltà di astenersi dall'azione penale (*Absehen von der Verfolgung*) e imporre contestualmente al soggetto condizioni o istruzioni (*Auflagen und Weisungen*) tali da poter eliminare l'interesse pubblico alla prosecuzione del processo (*Nichtverfolgung*) e archiviare ai sensi del §153a StPO.

Il §153a StPO e più in generale il sistema delle archiviazioni nel sistema penale tedesco rappresenta una delle eccezioni più importanti del principio di legalità (*Legalitätsprinzip*) nonché dell'obbligatorietà dell'azione penale (*grundsätzlichen Verfolgungspflicht*) a favore di un principio altro, il c.d. principio di opportunità (*Opportunitätsprinzip*), che si sostanzia in un bilanciamento pubblico tra colpevolezza del reo, minima offensività del fatto e interesse pubblico alla prosecuzione di tali reati.

Sebbene le forti critiche sulla legittimità del principio di opportunità in termini di violazione dei diritti fondamentali del reo, primo tra tutti il principio di presunzione di non colpevolezza (*Unschuldsvermutung*), si assiste ad una sempre maggiore applicazione del meccanismo di archiviazione ai sensi del §153a StPO a favore della necessità di deflazionare i procedimenti penali e ridurre i tempi processuali.

2. Per inquadrare brevemente l'ossatura dei principi posti a fondamento del diritto penale tedesco (*Strafrecht*), così come il Codice penale italiano, anche lo *Strafgesetzbuch* si apre con il riconoscimento del principio di legalità (*Legalitätsprinzip*) nella formula del *Keine Strafe ohne Gesetz*. Alla luce di questo, "un'azione è punibile solo qualora la punibilità sia stata stabilita per legge prima che l'azione fosse commessa"¹, da cui derivano i quattro corollari costituiti dalla riserva di legge, dalla tassatività e determinatezza, dal divieto di analogia e dall'irretroattività della legge penale.

Lo spettro del principio di legalità è dapprima tutelato dalla Legge fondamentale della Repubblica Federale Tedesca all'art. 103 II GG (*Grundgesetz*), in cui sono altresì garantiti il diritto ad essere ascoltato, il principio di irretroattività della legge penale ed il principio del *ne bis in idem*², simili ai medesimi principi tutelati nell'ordinamento italiano.

Sulla scorta del *Legalitätsprinzip*, l'ufficio del pubblico ministero (*die Staatsanwaltschaft*)³ è obbligato all'azione penale in presenza di ogni sospetto di reato⁴ alla luce del §152 (2) StPO nonché del principio di uguaglianza sancito all'art. 3 GG, secondo il quale "l'esercizio obbligatorio dell'azione penale è un corollario dell'uguaglianza formale dei cittadini di fronte alla legge e della soggezione ad essa del pubblico ministero".

¹ Nella traduzione di R. ZANON, sulla base della traduzione italiana pubblicata in *Le Costituzioni dei Paesi dell'Unione Europea*, a cura di E. PALICI DI SUNIPRAT, F. CASSELLA e M. COMBA, Cedam, 1998.

² Cfr. J. WESSELS – W. BEULKE – H. SATZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, C.F. Müller, 2023, pp. 43 ss., pp. 60 ss.; per una versione inglese sul *Legalitätsprinzip* cfr. M. BOHLANDER, *Principles of German Criminal Procedure*, Oxford, UK; NY, Hart Publishing/Bloomsbury Publishing Plc, 2021, pp. 50 ss.

³ Per un maggior approfondimento sugli organi di controllo giudiziario (*Justizsteuerungsorgane*) e sui poteri dell'Ufficio del Pubblico Ministero (*die Staatsanwaltschaft*) cfr. M. VORMBAUM, *Das Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik, Jus Poenale 6*, Mohr Siebeck, 2015, pp. 102 ss.

⁴ Sotto un profilo giurisprudenziale cfr. BGHSt 15, 155 (159) sul *Legalitätsprinzip*; cfr. anche D. RZEPKA, *Zur Fairness im deutschen Strafverfahren, Juristische Abhandlungen Band 37*, 2000, p. 351.

Su questi presupposti, il fine del processo penale è quello di definire una decisione giudiziaria veritiera e giusta⁵ che, se da un lato realizza il diritto dello Stato alla punizione del colpevole, allo stesso tempo contribuisce a mantenere la c.d. pace giuridica⁶ garantendo l'uguaglianza davanti alla legge e quindi un'azione penale priva di arbitrarietà.

Il raggiungimento della pace giuridica attraverso lo spettro del *Legalitätsprinzip* non può tuttavia essere letto separatamente dal rispetto di altri principi fondamentali dell'ordinamento penale quali la tutela della dignità umana (*die Würde des Menschen*) di cui all'art. 1 GG, il principio di proporzionalità (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*) di cui all' art. 20 (3) e 28 GG, nonché al § 62 StGB, strettamente connesso con quello di esiguità (*Gerinfügigkeitsprinzip*) attraverso cui si escludono dalla previsione della fattispecie criminosa le infrazioni di pochissimo conto⁷ in cui il fatto risulta caratterizzato da minima offensività.

Il *Legalitätsprinzip* è connesso a tali principi poiché, ad esempio, se è logico perseguire penalmente la fattispecie del furto, è altrettanto vero che, in virtù del principio di proporzionalità bisognerà considerare il furto di un oggetto privo di valore come un illecito bagatellare (*Bagatelldelikte*)⁸ e tentare, per una migliore efficienza dell'ordinamento, la depenalizzazione di tali fattispecie di scarsa dannosità sociale⁹. Allo stesso modo, se una norma penale prevede l'applicazione di una pena più incisiva in caso di reati caratterizzati da una maggiore dannosità sociale, la pena non potrà essere lesiva della dignità umana e, come conseguenza, le pene crudeli, disumane ed umilianti non potranno mai superare il vaglio della costituzionalità¹⁰.

Sotto il profilo del sistema delle sanzioni penali, il rispetto del *Legalitätsprinzip* è compromesso dalla concreta gravità del reato commesso, costituito da due categorie: il grado di colpevolezza dell'autore del reato e la sua pericolosità¹¹.

Su questi presupposti, nel caso di delitti (*Vergehen*) caratterizzati da una gravità della colpa non conflittuale (*Schwere der Schuld darf nicht entgegenstehen*) con gli interessi pubblici - non essendo il fatto connotato da una grave dannosità sociale - il pubblico ministero, se non considera l'autore del

⁵ Sugli obiettivi del processo penale (*die Ziele des klassischen Strafprozesses*) cfr. C. ROXIN – B.K. E. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 2014, C.H.BECK, cap. I, pp. 37-73; cfr. anche U. NEUMANN, *Materiale und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren*, ZStW 101, (1989), pp. 52-53; cfr. anche H. OSTENDORF, *Der Wandel vom klassischen zum ökonomischen Strafprozess*, ZIS 4/2013, pp. 172- 180.

⁶ C. ROXIN – B.K.E. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 2014, C.H.BECK, cap. I, pp. 43 ss.

⁷ C. ROXIN, *Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht*, in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1964, pp. 184 ss.

⁸ K. VOLK, *Introduzione al diritto penale tedesco*, CEDAM, 1993, pp. 21 ss.

⁹ Sul punto cfr. S. MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992, pp. 182 ss; sul dibattito intorno al controllo della criminalità bagatellare cfr. anche C. ROXIN, *Recht und soziale Wirklichkeit im Strafverfahren*, in *Kriminologie und Strafverfahren. KrimGerFr.*, 12, 1976, pp. 17-18.

¹⁰ Cfr. BVerfGE 45, 187 n. 228, in cui la Corte ha affermato che "l'art. 1 par. 1 della Costituzione in combinato disposto con i principi dello Stato sociale discende l'obbligo dello Stato di organizzare l'esecuzione della pena in modo rispettoso della dignità umana e, perciò, si assicurare quel minimum definito innanzitutto da una esistenza rispettosa della dignità umana".

¹¹ In Germania tale dualismo caratterizza la dottrina penale a partire da *Franz von Lizst* ed evidenzia come i due concetti di colpevolezza e pericolosità portano a pene che possono essere anche assai differenti nel genere e nella misura; sul punto cfr. M. MAIWALD, *L'evoluzione del diritto penale tedesco in un confronto con il sistema italiano*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1993, pp. 124 ss; cfr. anche J. WESSELS – W. BEULKE – H. SATZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, C.F. MÜLLER, 2023, pp. 204 ss.

reato realmente pericoloso, gode di un ampio margine di valutazione nel poter decidere le modalità con cui proseguire o meno il processo.

Ed è proprio attraverso la logica del *Legalitätsprinzip*, rapportato ai reati caratterizzati da un minor grado della colpa, che trova accesso nel diritto penale tedesco l'*Opportunitätsprinzip*: a fronte di considerazioni politico-criminali, l'ordinamento, attraverso la figura del pubblico ministero, rinuncia ad applicare la pena nonostante la colpevolezza dell'autore del reato.

In questi casi, ove il *Legalitätsprinzip* cede il passo al *Opportunitätsprinzip*¹², accade che, dinanzi all'esistenza di una norma che identifica il fatto come una fattispecie criminosa, se il pubblico ministero non ritiene opportuna la persecuzione del reato o la prosecuzione del processo, può decidere nel merito dell'archiviazione del procedimento a favore dell'interesse pubblico¹³. Il dibattito circa la legittimità del *Opportunitätsprinzip* è ancora aperto nella dottrina tedesca, divisa tra chi lo considera "cugino buono del libero arbitrio"¹⁴, e dunque indegno di essere elevato a rango di principio, e chi lo ritiene "inevitabile al fine di ottenere un apparato giudiziario efficiente" o ancora "una conquista di civiltà"¹⁵.

La necessità di affidare maggiori poteri allo *Staatsanwalt* affonda le sue radici nel sovraccarico di lavoro dei tribunali tedeschi¹⁶ e nell'impossibilità materiale perseguire tutti i reati indistintamente¹⁷, altrimenti l'amministrazione della giustizia crollerebbe e la sua capacità di funzionare non sarebbe più garantita¹⁸. A fronte di questo, il legislatore tedesco ha preferito risolvere il problema su un piano processuale piuttosto che sostanziale, implementando forme di *diversion*¹⁹ e affidando allo *Staatsanwalt* maggiori poteri in merito alla decisione circa la prosecuzione del processo.

Per questo motivo si collocano all'interno del Codice processuale penale tedesco una serie di misure di *diversion* processuale, tra cui il § 153a StPO, che sono espressione di queste dinamiche e che favoriscono l'ingresso nel diritto penale di nuove ipotesi di definizione dei processi basate su una più ampia discrezionalità del pubblico ministero che tengono maggiormente in conto l'efficienza del processo penale e che perseguono come scopo la sostanziale finalità di deflazione processuale.

A favore del *Opportunitätsprinzip*, tuttavia, è necessario anticipare come questo entri in gioco solo in un momento processuale successivo, e cioè quando il primo filtro relativo all'irrelevanza del fatto di cui al § 153 StPO (*Absehen von der Verfolgung bei Geringfügigkeit*) è stato superato ed il

¹² K. VOLK, *Introduzione al diritto penale tedesco*, CEDAM, 1993, p. 35, in cui K. VOLK considera il principio di opportunità come "antagonista del principio di legalità".

¹³ T. HÖRNLE, *Law and Contemporary Problems*, 2012, p. 189.

¹⁴ F.C. SCHROEDER, *Legalitäts- und Opportunitätsprinzip heute*, p. 412; sul punto anche W. BEULKE, in *Löwe-Rosenberg StPO. Die Strafprozeßordnung und das Gerichtverfassungsgesetz. §§151-212b*, De Gruyter, Berlin, 2008, pp. 6 ss

¹⁵ *Ivi*, p. 421; *Ivi*, pp. 6 ss.

¹⁶ Cfr. *BVerfGE* 133, 168; cfr. anche L. ERHARD, in *StV* 2013, 655 (656) sul sovraccarico di lavoro dei tribunali.

¹⁷ J. BRÜNING, *Die Einstellung nach §153a StPO. Moderner Ablasshandel oder Rettungsanker der Justiz?*, in *ZIS* 12/2015, p. 87.

¹⁸ H. SULIAK, *Roland Rechtsreport 2021*, in *Legal Tribune Online*, 15 febbraio 2021

¹⁹ Sulla tematica cfr. AA. VV. *Diversion statt Strafe? Probleme und Gefahren einer neuen Strategie strafrechtlicher Sozialkontrolle*, a cura di H. J. KERNER, Heidelberg, 1983; cfr. anche J. HERMANN, *Diversion und Schlichtung in der Bundesrepublik Deutschland*, in *ZStW* 1984, pp. 455 ss.

pubblico ministero ritiene opportuno proseguire, ma le modalità in cui decide di farlo sono diverse da quelle previste in caso di maggiore colpevolezza.

2.1. Alla luce del § 46 (1) StGB «la colpevolezza dell'autore (*die Schuld des Täters*) è la base per stabilire la sanzione. Devono inoltre essere presi in considerazione gli effetti sulla vita sociale futura del reo che ci si può aspettare dalla punizione»²⁰.

Tale articolo pone sullo stesso piano tanto la necessità di rapportare la misura della pena al grado di colpevolezza del soggetto secondo il principio del *nulla poena sine culpa*²¹ quanto la necessità di proporzionare la stessa alle esigenze risocializzanti del reo, che devono essere prese in considerazione sin dal momento iniziale di applicazione della pena²². Su queste valutazioni e sul presupposto che il soggetto che ha commesso il fatto ne sia responsabile, il giudice determinerà la sanzione da applicare al caso concreto in proporzione alla sua responsabilità individuale²³. Sotto un profilo sostanziale, alcuni Autori individuano nel principio di colpevolezza tanto il fondamento della pena quanto il limite ad essa²⁴, e questo proprio perché la pena, per essere legittima, deve servire ad uno scopo specifico di risocializzazione e non può oltrepassarlo ai soli fini repressivo-retributivi²⁵.

Ed è proprio per assolvere tale fine che la colpevolezza necessita di rapportarsi alla reale pericolosità del soggetto in una vera e propria “diagnosi e classificazione degli autori di reato”²⁶, per la definizione quantitativa e qualitativa del trattamento punitivo da dover applicare.

Il lavoro a cui è chiamato il giudice è dunque duplice: se da un lato dovrà valutare la colpevolezza dell'autore, dall'altro dovrà valutare anche il grado di pericolosità del reo e da quest'ultima analisi possono derivare anche pene molto diverse tra loro nel genere e nella misura.

La pena adeguata alla colpevolezza non sempre, infatti, elimina la pericolosità del reo, così come la proporzionalità tra la pena e la pericolosità non sempre soddisfa le esigenze del principio di colpevolezza.

Queste considerazioni hanno indotto il diritto penale tedesco a fare proprio un sistema penale c.d. a doppio binario, che si sostanzia nella scelta tra irrogazione della pena tradizionale ed irrogazione

²⁰ Per una maggior approfondimento del principio di colpevolezza (*das Schuldprinzip*) cfr. J. WESSELS – W. BEULKE – H. SATZGER, *Strafecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, C.F. Müller, 2023, pp. 204 ss.

²¹ M. MAIWALD, *L'evoluzione del diritto penale tedesco in un confronto con il sistema italiano*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1993, p. 164.

²² M. D. DUBBER – T. HÖRNLE, *Criminal Law, A Comparative Approach*, Oxford Uni. Press, pp. 15 ss.

²³ Sul punto il giudice dovrà tener conto degli scopi preventivi della pena così da rendere la misura della colpevolezza il limite del potere statuario; anche la Corte federale di giustizia, con sentenza BGHSt 20, 264, 267, in altri termini ha stabilito che “lo scopo della prevenzione non deve permettere di superare il limite della pena giusta: bisogna dunque rimanere entro il margine dell'adeguatezza della pena alla colpevolezza del reo”.

²⁴ L'utilizzazione del concetto di colpevolezza come limite garantistico è stata sottoposta a critica da molti autori; sul punto cfr. bibliografia S. MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992, pp. 90.

²⁵ Sul punto cfr. S. MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992, pp. 88 ss. in riferimento a C. ROXIN, *Considerazioni di politica criminale sul principio di colpevolezza*, cit. 372-374, che recupera il principio di colpevolezza sciogliendolo dai suoi legami con la retribuzione per utilizzarlo nella sua funzione liberale di limite al potere punitivo statale.

²⁶ M. MAIWALD, *L'evoluzione del diritto penale tedesco in un confronto con il sistema italiano*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1993, p. 126 ss

della misura di sicurezza di cui al §61 StGB, in sostituzione o in aggiunta alla precedente, al fine di individuare una sanzione quanto più individualizzante possibile²⁷.

Negli ultimi anni questo sistema “tradizionale” delle pene è stato affiancato da ipotesi riparative o ristorative, rispettivamente *Täter-Opfer-Ausgleich* e *Wiedergutmachung*, di cui ai §§153a, 155a StPO; § 56 Abs. 2 StGB; §46a StGB, che si inseriscono in un percorso volto alla creazione di un sistema che veda la riparazione come terzo binario della giustizia penale (*Wiedergutmachung als dritte Spur der Strafrechts Pflege*)²⁸.

3. Per i fatti caratterizzati da una scarsa dannosità sociale e tenendo conto delle esigenze di economia processuale, a partire dagli anni '70 del 900 molti paesi europei hanno sperimentato soluzioni processuali per il controllo della c.d. criminalità lieve²⁹.

Si tratta, a grandi linee, di soluzioni eterogenee che permettono di non esercitare l'azione penale adottando diversi meccanismi di *diversion* laddove la prosecuzione del processo nelle forme ordinarie appaia oggettivamente superflua e non opportuna e purché l'indagato attui condotte positive nei confronti della collettività e/o della vittima di reato, idonee a compensare l'interesse pubblico leso. Tale meccanismo si inserisce all'interno di una strategia di contrasto al problema della persecuzione penale di reati caratterizzati da un disvalore sociale basso o medio basso la cui persecuzione, oltre a rallentare l'ordinamento giudiziario, non sembrerebbe essere neppure giusta alla luce dei principi proprio dei sistemi democratici³⁰.

Tra le forme di *diversion* più utilizzate si inseriscono le c.d. archiviazioni meritate³¹, con cui si intendono ipotesi di archiviazioni subordinate all'adempimento da parte del reo di prestazioni che gli facciano “meritare” l'archiviazione del processo a suo carico, costituendo esse una soluzione processuale di un problema ben più ampio: rispondere se debba esserci o meno la pena come conseguenza giuridica di un fatto³².

²⁷ Sul punto M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2008, pp. 152-162.

²⁸ C. ROXIN – L. GRECO in *Strafrecht Allgemeiner Teil*, C.H.BECK, 2020, pp. 167-170; sul punto anche B.D. MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen*, Springer-Lehrbuch, Springer, Berlin, Heidelberg, 2001, cap. VI intitolato „*Wiedergutmachung als dritte Spur?*“ pp. 309-336; sul punto anche S. LAUN, *Alternative Sanktionen zum Freiheitsentzug und die Reform des Sanktionensystems*, Peter Lang, 2002, pp. 292 ss.

²⁹ In cui i fatti sono caratterizzati da una scarsa gravità sociale e il grado della colpa non è tale da destare particolare allarme sociale; sul punto cfr. M. GIALUZ, *L'archiviazione meritata come terza via tra archiviazione ed esercizio dell'azione penale*, in *Processo Penale e Giustizia*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018.

³⁰ Per una dettagliata comparazione tra diversi ordinamenti europei, cfr. E. HILGENDORF – B. VALERIUS, *Alternative Sanktionsformen zu Freiheits- und Geldstrafe im Strafrecht ausgewählter europäischer Staaten*, Duncker & Humblot, Berlin, 2015.

³¹ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 197 ss.

³² K. VOLK, *Introduzione al diritto penale tedesco*, CEDAM, 1993, p. 35; al riguardo anche S. MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale; l'Alternativ-Entwurf e l'esempio della repubblica federale tedesca*, Jovene Editore, Napoli, 1984, pp. 297-310, ove sottolinea la violazione del principio di riserva di legge nell'ipotesi delle archiviazioni condizionate in quanto viene affidato allo *Staatsanwalt* un compito che è prerogativa del solo legislatore di diritto penale sostanziale.

Tra i primi sistemi giuridici in cui il sistema delle archiviazioni meritate ha avuto credito vi è l'ordinamento tedesco, dove il legislatore ha introdotto il §153a StPO³³ nel novero delle eccezioni al principio di obbligatorietà dell'azione penale e in linea con un'applicazione più ampia del principio di opportunità³⁴. È chiaro che l'obiettivo assegnato alla norma è quello di favorire la fuoriuscita dal circuito processuale penale di quei fatti che, pur trattandosi di fatti di lieve entità, richiederebbero ugualmente l'apertura del processo³⁵, ma che, nonostante si tratti di fatti di lieve entità, il legislatore non ha ritenuto opportuno procedere alla loro depenalizzazione³⁶.

Nel concreto, nel caso in cui il pubblico ministero si ritrovi dinanzi un fatto che abbia una gravità "maggiore" rispetto a quella prevista per l'archiviazione ai sensi del §153 StPO che prevede la pura astensione dall'azione penale per irrilevanza del fatto, ma non sufficiente a soddisfare l'interesse pubblico alla prosecuzione della causa, può decidere, per ragioni di opportunità processuale, di applicare il § 153a StPO e astenersi temporaneamente dalla proposizione di un'accusa pubblica, imponendo, nel mentre, condizioni e istruzioni all'imputato.

I requisiti cui è subordinata l'applicazione della misura sono quattro.

Anzitutto, il fatto commesso deve riguardare un delitto (*Vergehen*) ai sensi del § 12 par. 2 StGB; nello specifico, nella prima parte del Codice penale tedesco è contenuta la distinzione tra crimini (*Verbrechen*) e delitti (*Vergehen*)³⁷. Alla luce del § 12 StGB i crimini (*Verbrechen*) sono fatti antiggiuridici per i quali è prevista una pena detentiva non inferiore nel minimo ad un anno; i delitti (*Vergehen*) sono invece fatti antiggiuridici per i quali è prevista una pena detentiva inferiore nel minimo ad un anno o la pena pecuniaria.

In secondo luogo, è richiesto che la colpa non sia grave a tal punto da ostacolare l'applicazione della misura: nella previsione originaria del 1974 si richiedeva una "colpa minore" come prerequisito per l'ammissione, tuttavia nel 1993 il legislatore ha sostituito il termine con il criterio negativo della "gravità non conflittuale della colpa"³⁸ (*Schwere der Schuld darf nicht entgegenstehen*) e dunque la gravità della colpa non deve essere tale da rendere necessario l'esercizio dell'azione, intendendo con questo concedere al pubblico ministero una discrezionalità più ampia nella valutazione della colpevolezza e dell'eventuale conflitto tra colpa e interesse pubblico. In questo caso, sebbene la colpevolezza non sia un ostacolo, l'interesse dello Stato ad agire potrebbe essere legittimo.

Ed è in tale fase valutativa che si inserisce il terzo requisito del bilanciamento dell'azione penale con l'interesse pubblico³⁹: se il pubblico ministero, valutato il fatto e la relativa colpevolezza, ritiene

³³ §153a StPO, *Absehen von der Verfolgung unter Auflagen und Weisungen*, introdotta dalla Legge introduttiva del Codice penale (EGStGB), nella traduzione più comune di "archiviazione condizionata all'adempimento di istruzioni e condizioni".

³⁴ M. GIALUZ, *L'archiviazione meritata come terza via tra archiviazione ed esercizio dell'azione penale*, Processo Penale e Giustizia, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018

³⁵ K. VOLK, *Introduzione al diritto penale tedesco*, CEDAM, 1993, pp. 35 ss.

³⁶ Sul punto cfr. E. KAUSCH, *Der Staatsanwalt. Ein Richter vor dem Richter? Untersuchungen zum §153a StPO*, Duncker & Humblot, Berlin, 1980, p. 16.

³⁷ Nella traduzione di G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, CEDAM, Padova, 1993, p. 18.

³⁸ R. BÖTTCHER in *Nuova rivista di diritto penale (NSrZ)*, 1993 fasc. 4, pp.153-208.

³⁹ S. LAUN, *Alternative Sanktionen zum Freiheitsentzug und die Reform des Sanktionensystems*, Peter Lang GmbH, 2002.

che non vi sia opportunità pubblica nella prosecuzione di tale reato, in linea con il *Opportunitätsprinzip* può proporre la misura di cui al § 153a StPO.

Si tratta di un vero e proprio bilanciamento di interessi pubblici e privati che, nei limiti imposti dalle norme, viene sostanzialmente effettuato dal pubblico ministero nella valutazione del fatto.

Ultimo requisito riguarda il consenso del giudice e della parte, necessario per l'applicazione della misura in quanto si riferisce al consenso relativo alla volontà del soggetto di sottoporsi alle condizioni ed istruzioni come disposte dal pubblico ministero⁴⁰.

Le possibili condizioni o istruzioni (*Auflagen und Weisungen*) sono definite dallo stesso articolo, che prevede la possibilità di: 1) risarcire il danno causato dal reato; 2) pagare una somma di denaro a favore di un'organizzazione senza scopo di lucro o a favore dell'erario dello Stato; 3) fornire servizi di beneficenza; 4) adempiere ad obbligazioni di mantenimento; 5) compiere seri sforzi per raggiungere una conciliazione con la parte lesa (*Täter-Opfer-Ausgleich*); 6) partecipare ad un corso di formazione sociale; 7) partecipare ad un seminario avanzato di cui al § 2b Abs. 2 Satz. 2 o ad un seminario di idoneità alla guida ai sensi del § 4a della legge sulla circolazione stradale.

Le possibili alternative tra cui il pubblico ministero può scegliere sono svariate e il fatto che vengono elencate dalla norma in modo più o meno esaustivo è espressione del tentativo del legislatore di raccogliere consensi intorno alla norma e mettere i singoli nella posizione di conoscere le conseguenze delle proprie azioni.

Questo è tuttavia messo in discussione dalla mancata tassatività e determinatezza nella determinazione della fattispecie⁴¹, che ha posto non pochi problemi di legittimità in quanto il principio di legalità appare violato sotto i diversi i profili della violazione del principio di tassatività di cui all'art. 103 (2) GG per l'uso vago della espressione "*schwere der Schuld darf nicht entgegenstehen*", rimesso in sostanza alla valutazione del pubblico ministero⁴², e nella violazione del principio di determinatezza di cui all'art. 103 (2) GG per l'impossibilità di prevedere con certezza le conseguenze del proprio operare in quanto la sanzione viene scelta, sostanzialmente, al momento della applicazione della misura. In particolare, ci si riferisce alle prime due ipotesi di cui al §153a StPO, per le quali la legge non pone limiti all'ammontare delle somme di denaro creando problemi di disuguaglianze soprattutto nei casi di criminalità economica dove si è parlato di una moderna vendita delle indulgenze

⁴⁰ C. ROXIN – B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*, C.H. BECK, 2014, pp. 87 ss., secondo i quali l'adempimento degli oneri è teoricamente consensuale, mentre sul piano pratico agisce come una costrizione, con conseguente violazione del § 136 a StPO, che vieta di esercitare pressioni sull'imputato per indurlo ad emettere determinate dichiarazioni; sul punto cfr. anche S. MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale; l'Alternativ-Entwurf e l'esempio della repubblica federale tedesca*, Jovene Editore, Napoli, 1984, pp. 309-310.

⁴¹ W. BEULKE, *Die unbenannten Auflagen und Weisungen des § 153a StPO*, in AA.VV., *Festschrift für Hans Dahs*, p. 14.

⁴² S. MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale; l'Alternativ-Entwurf e l'esempio della repubblica federale tedesca*, Jovene Editore, Napoli, 1984, pp. 297-310, ove afferma anche la violazione del principio di riserva di legge in quanto viene affidato allo *Staatsanwalt* un compito che è prerogativa del solo legislatore di diritto penale sostanziale.

(*Moderner Ablasshandel*)⁴³, commercializzazione della giustizia (*Justizkommerzialisiert*) e ancora acquisto della libertà (*Freikaufverkaufen*)⁴⁴.

Sebbene le forti critiche relative all'istituto e alla sua compatibilità con i principi dell'ordinamento che seguiranno, la possibilità di subordinare l'archiviazione a forme di conciliazione vittima-reo ai sensi del par. 153a 5) StPO delinea in Germania una strada sempre più proiettata alle istanze di tutela della vittima nell'ambito del processo penale e alla creazione di un vero e proprio terzo binario del sistema sanzionatorio⁴⁵.

4. Nell'ordinamento penale tedesco le prime forme di mediazione vittima-reo⁴⁶ sono state regolamentate a partire dagli anni '80 del '900 quando, con l'emanazione di una disciplina organica volta a promuovere i diritti delle vittime, sono stati introdotti anche gli §§ 46 e 46a CC⁴⁷ con cui il legislatore ha vincolato il giudice, prima di pronunciare la sentenza, a considerare anche la possibilità di lavorare per la riconciliazione in un momento esecutivo della pena.

Il 1987 risulta un anno decisivo per la giustizia riparativa, perché, attraverso l'approvazione della legge sulla protezione delle vittime e la promozione dei loro diritti, è stata introdotta all'interno dello *Strafgesetzbuch* la disposizione del § 46 StGB, con cui è stato previsto che, a seguito di una mediazione tra vittima e reo, espressa per la prima volta nella formula *Täter-Opfer-Ausgleich*, il giudice deve prendere in considerazione lo sforzo dell'autore del reato di adoperarsi per la riconciliazione e, alla luce di questo, attenuare la pena. La determinazione di tale attenuazione è stata poi dettata dall'introduzione del § 46a StGB nel 1994, quando il legislatore ha perseguito l'obiettivo di rafforzare la risoluzione extragiudiziale dei conflitti nella forma della mediazione, riconoscendo un importante valore allo sforzo di riparazione del danno.

In particolare, il § 46a StGB prevede un'astensione dall'imposizione della pena qualora il reato per cui si procede sia punito con la reclusione nel massimo ad un anno o una multa fino ad un massimo di 360 tassi giornalieri.

Per gli altri reati per cui è prevista una pena più elevata, la norma rimanda al § 49 par. 1 StPO, con cui si dispongono regole speciali di attenuazione della pena; nei casi di esito positivo della mediazione, il giudice potrà mitigare la sentenza in queste modalità: l'ergastolo potrà essere sostituito con una pena detentiva non inferiore nel minimo a tre anni; la pena detentiva può essere ridotta in

⁴³ J. BRÜNING, *Die Einstellung nach § 153a StPO; Moderner Ablasshandel oder Rettungsanker der Justiz?* ZIS 12/2015, Hamburg.

⁴⁴ K. GAEDE – M. KUBICIEL, *Legal Tribune Online*, articolo del 5 agosto 2014; per maggiori approfondimenti: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/lg-muenchen-beschluss-5kls405js16174111-einstellung-bestechnung-ecclestone/>.

⁴⁵ Sulla tematica cfr. C. ROXIN – L. GRECO in *Strafrecht Allgemeiner Teil*, C.H.Beck, 2020, pp. 167-170; B.D. MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen*, Springer-Lehrbuch, Springer, Berlin, Heidelberg, 2001, cap. VI „Weidergutmachung als dritte Spur?“ pp. 309-336; S. LAUN, *Alternative Sanktionen zum Freiheitsentzug und die Reform des Sanktionensystems*, Peter Lang, 2002, pp. 292 ss.

⁴⁶ C. A. JUNG, *Der Täter-Opfer-Ausgleich als Weisung: verfahrensrechtliche Einwände und Auswege im Hinblick auf § 153a Abs. 1 StPO*, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2008.

⁴⁷ Con l'introduzione nel Codice penale tedesco dell'istituto di parte generale di cui al §46a StPO con cui è stata codificata per la prima volta la Mediazione vittima-reo con l. 28 ottobre 1994, sul cui fondamento ha fatto seguito l'inserimento del n.4 nel § 153a par. 1 StPO.

linea generale ad un minimo di $\frac{3}{4}$ della pena massima minacciata; nel caso di pene detentive che prevedono una reclusione tra i cinque e i dieci anni, la pena può essere attenuata nel minimo a due anni di reclusione; nel caso di una pena detentiva che prevede una reclusione nel massimo di due o tre anni, la pena può essere attenuata nel minimo a 6 mesi; nel caso di pena detentiva prevista per un minimo di un anno, la pena può essere attenuata nel minimo a 3 mesi.

Appare evidente che, almeno nelle sue prime formulazioni, il reale beneficio connesso alla mediazione vittima-reo era sí legato all'attenuazione della pena, ma al contempo legava la misura ad uno spazio dialogico in cui i detenuti potevano e possono ancora formarsi per dimostrare attivamente la propria responsabilità⁴⁸. Il concetto di mediazione, letto nella più ampia locuzione di giustizia riparativa, iniziava così ad aderire sempre di più al principio di rieducazione degli autori di reato, nonché ad includere in misura sempre maggiore le vittime e i loro diritti all'interno dei procedimenti penali⁴⁹.

In riferimento all'ambito entro cui la mediazione vittima-reo opera, il legislatore tedesco ha riformato nel corso degli anni sempre più norme inserendone specifici riferimenti.

Risale al 1999⁵⁰ l'inserimento all'interno del §153a par. 1 StPO di un n. 5), con cui si è stato previsto che il pubblico ministero, tra le condizioni a cui poter subordinare l'archiviazione del processo, debba considerare anche la riconciliazione del reo con la persona lesa, in alternativa o congiunta con la riparazione materiale del danno prevista al punto 1) dello stesso. Ad oggi, dunque, attraverso la sola lettura del § 153a, è possibile accedere a due opzioni legali che hanno come obiettivo quello di riparare il danno attraverso un contatto tra il reo e la vittima⁵¹: adempiere ad un obbligo di risarcimento del danno e accedere alla giustizia riparativa nelle forme di *Täter-Opfer-Ausgleich* come condizione per l'archiviazione ai sensi del §153a StPO⁵².

L'accesso alla mediazione è inoltre libero e con ciò si intende che è possibile ricorrere autonomamente alla misura senza la necessaria richiesta da parte del pubblico ministero in ogni stato e grado del procedimento⁵³; l'unico presupposto necessario perché la riparazione del danno avvenga in queste modalità, così come nell'ordinamento italiano, è che vi sia il consenso delle parti. In assenza

⁴⁸ M. KILCHLING, *Restorative Justice in Prisons: The Final Cornerstone in the General Concept of RJ in Germany*, in CeSGrEM Como, Novembre 2015, pp. 15 ss.

⁴⁹ A. PĂROȘANU, *Final National Report of Germany* in Programma della Commissione Europea relativo alla giustizia penale, 2013, p. 3.

⁵⁰ Anche su spinta della Raccomandazione R(99) 19 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa del 30 settembre 1999 che ha invitato gli Stati Membri ad un cambiamento del sistema penale più vicino alla vittima del reato e alla responsabilizzazione del reo attraverso programmi di giustizia riparativa che si concretizzano in "procedimenti che permettono alla vittima e al reo di partecipare attivamente, se vi consentono liberamente, alla soluzione delle difficoltà derivanti dal reato con l'aiuto di un terzo soggetto indipendente".

⁵¹ A. CERETTI – C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa tra Consiglio d'Europa e Nazioni Unite*, in Diritto penale e processo, 2001, pp. 772-776.

⁵² M. KILCHLING, *Restorative Justice in Prisons: The Final Cornerstone in the General Concept of RJ in Germany*, in CeSGrEM Como, Novembre 2015, p. 8.

⁵³ Raccomandazione R (2018) 8 del Consiglio d'Europa. Per un maggiore approfondimento cfr. C. GRANDI, *Mediazione e deflazione penale: spunti per l'inquadramento in una relazione problematica*, Archivio penale, convegno del 09.01.2019, p.4.

di questo, oltre a non potersi raggiungere obiettivi significativi in termini di reale riconciliazione, potrebbe considerarsi anche una lesione degli interessi e delle volontà della vittima.

Tale consenso può essere espresso in qualsiasi fase e grado sia del processo, sia della fase preprocessuale, sia quella esecutiva della pena.

È tuttavia vero che la mediazione è tipicamente usata solo nella fase processuale o esecutiva della pena; ed è proprio in quest'ultima fase, con la possibilità di accedere alla mediazione vittima-reo anche in una fase esecutiva della pena, che l'attenzione si sposta da una mera convenienza in termini di pena ad una vera forma di riconciliazione, indipendente dagli interessi e dalle procedure della giustizia penale e dipendente solo dalla volontà delle parti di ottenere un ascolto in uno spazio essenzialmente dialogico⁵⁴.

Solo pochi anni dopo l'introduzione della misura, nel sistema tedesco sono stati stimati 25.220 casi in cui il giudice è ricorso alla mediazione vittima-reo già in una fase precedente rispetto alla conclusione del processo con positivi effetti in termini di recidiva⁵⁵. Con l'introduzione del §153a StPO, dunque, l'istituto della mediazione è stato consolidato ed il valore che gli è stato riconosciuto è di particolare importanza: essa può anche essere utilizzata non solo come misura aggiuntiva rispetto alla pena tipica, ma può essere la stessa mediazione il presupposto su cui poter basare l'archiviazione del processo al pari, dunque, di una *pönale Sanktion*.

La conclusione è tale per cui la mediazione vittima-reo inizia a rilevare al pari di una pena che, però, non passa attraverso la punizione: una pena che si colloca all'interno di una giustizia in cui il valore dialogico rileva tanto quanto quello sanzionatorio e che anzi, dissocia dal valore sanzionatorio un connotato che sia esclusivamente punitivo.

5. Nonostante la portata innovativa del paragrafo 153a StPO in relazione alla possibilità che il meccanismo della riparazione (*Weidergutmachung*) contribuisca alla creazione di un vero e proprio terzo binario⁵⁶ del diritto penale, questo è stato pesantemente criticato anche prima della sua introduzione.

Come anticipato, la dottrina avanza da sempre obiezioni che si fondano sull'idea di commercializzazione (*Kommerzialisierungsgedanke*) alla base del provvedimento⁵⁷, sulla critica alla chiusura del procedimento penale simile ad una transazione segreta e al fatto che l'imputato è esposto ad una situazione di pressione che viola l'idea di base dei metodi di interrogatorio vietati ai sensi del

⁵⁴ Nazioni Unite, *Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters* ECOSOC, 2002/12.

⁵⁵ J. BUSSE, nella sua indagine sulla recidiva nei casi di mediazione vittima-reo in *Rückfalluntersuchung zum Täter-Opfer-Ausgleich*, *Philipps-Universität*, 2001, p.138 in cui, nel confrontare due gruppi di autori di reato dopo tre anni dalla commissione del fatto, ha notato come il gruppo di soggetti che aveva partecipato alla mediazione ha mostrato un tasso di recidiva pari al 56%; il gruppo di soggetti che non aveva partecipato alla mediazione ha invece mostrato un tasso di recidiva pari all'82%.

⁵⁶ C. ROXIN – L. GRECO in *Strafrecht Allgemeiner Teil*, C.H.BECK, 2020, pp. 167-170; sul punto anche B.D. MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen*, Springer-Lehrbuch, Springer, Berlin, Heidelberg, 2001, cap. VI intitolato „*Weidergutmachung als dritte Spur?*“ pp. 309-336; sul punto anche S. LAUN, *Alternative Sanktionen zum Freiheitsentzug und die Reform des Sanktionensystems*, Peter Lang, 2002, pp. 292 ss.

⁵⁷ W. BEULKE, *Recht ohne Regeln?* a cura di Uwe Murmann, 2011, pp. 39 ss.

§ 136a StPO⁵⁸. Quest'ultimo punto si riferisce al consenso che viene chiesto al soggetto al fine dell'applicazione della misura, che in molti casi non si sostanzia in una reale volontà di soggiacere alla misura piuttosto in una sorta di risposta obbligata alla minaccia del procedimento penale⁵⁹.

A tale riguardo, contrariamente al procedimento civile, il procedimento penale non ha lo scopo di risolvere la controversia individuale tra le parti, ma riguarda l'interesse pubblico al procedimento penale⁶⁰: il concetto di pace giudiziaria nel contesto penale viene realizzato solo se, sanzionando il disturbo della pace legale, si ripristina uno stato di giustizia; nel caso specifico del § 153a StPO, il beneficio concesso serve principalmente a ricreare uno stato di pace giudiziaria⁶¹.

Tale pace si riesce a raggiungere attraverso il § 153a solo se le condizioni vengono sentite come giuste: ma è possibile sentire giusta una punizione pur non essendo stata accertata alcuna colpevolezza?

In sostanza il § 153a StPO delinea una fattispecie in cui la colpevolezza del reo viene presunta piuttosto che essere presunta la sua non colpevolezza⁶², in aperta lesione del principio di presunzione di non colpevolezza (*Unschuldsvermutung*)⁶³.

La sentenza n. 2519 della Corte federale di giustizia del 1978 ha tentato di dare una lettura della norma per evitare il suo contrasto con i principi dell'ordinamento, definendo che “il § 153a StPO persegue l'obiettivo di risoluzione del processo attraverso una auto-sottomissione dei piccoli criminali (...) che accettano liberamente le sanzioni comminate (...)”⁶⁴.

La Corte ha pertanto legittimato la misura del §153a sul piano della colpevolezza giustificando il violazione tramite l'assunto che si tratta di una auto-sottomissione alla sanzione.

Lo Stato, dunque, da un lato accoglie l'idea che vi siano reati non abbastanza meritevoli di tutela penale; d'altro canto, mantiene le fattispecie all'interno del diritto penale e accoglie la teoria per la quale la sottomissione alla sanzione penale sarebbe consensuale.

Alla luce di quanto detto, l'istituto risulta volontario, ma se si considera la posta in gioco è facile ridefinire le basi del consenso: è più facile credere nella propria innocenza e continuare un processo probabilmente lungo e dispendioso o preferire una archiviazione rapida del processo a cui consegue anche un inevitabile risparmio economico e la certezza della non menzione nel casellario giudiziario?

A fronte di questo, la teoria dell'auto-sottomissione proposta dalla Corte acquista un senso solo se letta in combinato con la minaccia dell'ordinamento al procedimento penale e ai suoi futuri risvolti

⁵⁸ E. KAUSCH, *Der Staatsanwalt. Ein Richter vor dem Richter? Untersuchungen zum §153a StPO*, Duncker & Humblot, Berlin, 1980, pp. 39 ss.

⁵⁹ C. ROXIN – B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*, C.H. BECK, 2014, pp. 87 ss., secondo i quali l'adempimento degli oneri è teoricamente libero, mentre sul piano pratico agisce come una costrizione, con conseguente violazione del § 136 a StPO, che vieta di esercitare pressioni sull'imputato per indurlo ad emettere determinate dichiarazioni.

⁶⁰ J. BRUENING, *Die Einstellung nach §153a StPO: Moderner Ablasshandel oder Rettungsanker der Justiz?* in *Journal of International Criminal Law Doctrine*, agosto 2014, pp. 586 ss.

⁶¹ C. ROXIN – B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*, 2014, C.H.BECK, München, pp.5 ss..

⁶² Tutelato dagli artt. 20 (3) GG, 28 (1) GG e Art. 6 CEDU (*EMRK -Europäischen Menschenrechtskonvention*).

⁶³ Per una lettura contraria cfr. E. DREHER, *Die Behandlung der Bagatelldelinquenz*, De Gruyter, 1974, pp. 938-939.

⁶⁴ Suprema Corte federale (BGH), sentenza n. 2519 del 1978, in NJW (nuovo settimanale giuridico) n. 1079.

ove l'adempimento volontario alle condizioni imposte dal pubblico ministero appare dunque essere l'unica alternativa sensata per l'autore del fatto.

Quanto risulta più ambiguo dalla norma in esame è inoltre il punto 2) del § 153a StPO, il quale, prevedendo la possibilità di archiviare il processo a fronte di un pagamento di denaro a favore dell'erario dello Stato, porta ad una vera e propria *Justizkommerzialisierung*⁶⁵.

Non poche volte nel corso degli anni i pubblici ministeri hanno archiviato i processi ai sensi del §153a par. 1 n. 2) StPO subordinando questo alla previsione sanzioni pecuniarie altissime a favore delle casse dello Stato⁶⁶.

Il caso forse più eclatante è il c.d. caso *Ecclestone*⁶⁷, il magnate della Formula 1, il quale, condannato per aver pagato una tangente di oltre 44 milioni di dollari al banchiere tedesco *Gerhard Gribkowsky*, ha ottenuto l'archiviazione del processo ai sensi del §153a StPO subordinata al pagamento di 100 milioni di dollari a favore dell'erario dello stato, pagando, in effetti, il prezzo della libertà⁶⁸.

Il caso è eclatante anche perché, a fronte di questo esborso, è difficile credere che non si tratti di un soggetto la cui misura della colpa è "non conflittuale", ed anzi è difficile credere che non si sia trattato di un interesse pubblico all'applicazione della misura.

In questo caso è palese la violazione del principio di uguaglianza dei cittadini davanti alla legge di cui all'art. 3 GG⁶⁹ ed il conseguenziale fallimento del sistema improntato all'apparenza su motivazioni di politica criminale e di economia processuale, ma in sostanza attaccato alla differenziazione tra il reo abbiente, a cui con piacere dello Stato il fatto sarà considerato reato e verrà applicato il § 153a n.2) StPO, ed il reo meno abbiente, al quale pure verrà applicato il § 153a StPO, ma per un mero disinteresse dell'ordinamento nei confronti del fatto.

Su questi presupposti è evidente l'enorme guadagno economico che lo Stato riceve dall'applicazione del §153a n. 2) StPO⁷⁰: nella maggior parte dei casi (84%)⁷¹ in cui il pubblico ministero archivia il processo ai sensi del §153a StPO, l'archiviazione è subordinata al pagamento di una somma di denaro a favore delle casse dello stato⁷². Su tale presupposto è facile comprendere a

⁶⁵ J. BRUENING, *Die Einstellung nach §153a StPO: Moderner Ablasshandel oder Rettungsanker der Justiz?*, in ZIS 12/2015, p. 591.

⁶⁶ Per una panoramica, cfr. T. FISCHER - E. HOVEN, *Unternehmen vor Gericht? Einige Anmerkungen zu prozessualen Fragen*, in ZIS 1/2015, pp. 35 ss.

⁶⁷ K. GAEDE - M. KUBICIEL, in *Legal Tribune Online*, articolo del 5 agosto 2014, in riferimento al caso *Ecclestone* cfr. <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/lg-muenchen-beschluss-5kls405js16174111-einstellung-bestechung-ecclestone/>.

⁶⁸ Per una mappatura di altri casi simili cfr. J. BRÜNING, *Die Einstellung nach § 153a StPO*, pp. 586 ss, in ZIS 12/2015.

⁶⁹ Cfr. S. MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale; l'Alternativ-Entwurf e l'esempio della repubblica federale tedesca*, Jovene Editore, Napoli, 1984, pp. 307-308.

⁷⁰ Cfr. Grafici statistici del *Bundesministerium der Finanzen*:

<https://www.bundesfinanzministerium.de/Monatsberichte/2022/10/Inhalte/Kapitel-3-Analysen/3-3-verfolgung-von-steuerstraftaten-2021.html>.

⁷¹ Il rapporto completo relativo al 2021 è consultabile all'indirizzo https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publicationen/Downloads-Gerichte/staatsanwaltschaften-2100260217004.pdf?__blob=publicationFile

⁷² Si rimanda l'analisi dettagliata ai grafici statistici del *Bundesministerium der Finanzen*:

<https://www.bundesfinanzministerium.de/Monatsberichte/2022/10/Inhalte/Kapitel-3-Analysen/3-3-verfolgung-von-steuerstraftaten-2021.html>.

cosa corrisponda, in concreto, il bilanciamento tra opportunità dello Stato e colpevolezza del reo di cui al § 153a par. 1 n. 2) StPO, traducendosi, in effetti, in un sistema di tangenti legali.

Al fine di evitare l'esistenza di queste discriminazioni, sarebbe quantomeno preferibile apporre nel catalogo delle condizioni un limite massimo assoluto di sanzione pecuniaria⁷³, o evitare che sia possibile espiare la pena tramite una donazione a favore dell'erario pubblico, che in sostanza potrebbe significare comprare la libertà e chiudere il procedimento penale secondo i principi della "vendita delle indulgenze"⁷⁴.

In questo contesto, l'indebita estensione dell'*Opportunitätsprinzip* va al di là del suo naturale compito correttivo nell'evitare applicazioni illogiche della legge penale e crea un sistema di sanzioni penali rimesse alla discrezionalità del pubblico ministero ed ai risultati delle trattative tra questo e l'imputato⁷⁵.

Gli *Auflagen* e i *Weisungen*, infatti, per quanto siano sanzioni meno rigide di altre, rientrano comunque nella categoria di *pöenale Sanktion*⁷⁶: si affida dunque al *Staatsanwalt* un compito, quello di irrogazione della pena, rimesso al giudice, con la conseguente violazione dell'art. 92 GG che assegna il potere di inflizione di una sanzione penale *solo* alla competenza del giudice.

6. Il paragrafo 153a StPO persegue dunque uno scopo deflattivo del processo contribuendo ad alleggerire il carico giudiziario gravante sui tribunali e lo fa attribuendo al pubblico ministero, in un momento antecedente, la possibilità di applicare in piena autonomia⁷⁷ una *pöenale Sanktion*.

Se, dunque, da un lato esso nasce come istituto posto a controllo della criminalità lieve, dall'altro questo si pone sostanzialmente come una soluzione del legislatore finalizzata a deflazionare quei processi per la cui prosecuzione non vi è un reale interesse dello Stato.

Su questi presupposti, il disinteresse statale rischia di ledere principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, oltre che porsi in aperto contrasto con la funzione rieducativa della pena, la quale viene valutata più come conseguenza di efficienza giudiziaria che come obiettivo della misura. E d'altronde solo questo spiegherebbe la previsione di cui al punto 2) par. 1 §153a, ove le istanze rieducative dell'esborso a favore delle casse dello Stato risultano particolarmente contestabili.

A conclusione, in virtù del principio di sussidiarietà del diritto penale che prevede il ricorso alla pena criminale solo in caso di *extrema ratio*, nei casi in cui l'offensività del fatto è davvero minima e la dannosità sociale risulta essere scarsa, il disinteresse statale alla persecuzione di alcune fattispecie

⁷³ Ad esempio, H. SATZGER in *Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, Beck, 2004, propone una limitazione a una pena prevista di 180 aliquote giornaliere (*Tagessätze*).

⁷⁴ K. GAEDE – M. KUBICIEL, *Legal Tribune Online*, articolo del 5 agosto 2014, in riferimento al caso *Ecclestone*; per maggiori approfondimenti cfr. <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/lg-muenchen-beschluss-5kls405js16174111-einstellung-besteuchung-ecclestone/>.

⁷⁵ Cfr. S. MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale; l'Alternativ-Entwurf e l'esempio della repubblica federale tedesca*, Jovene Editore, Napoli, 1984, pp. 308 ss.

⁷⁶ Sebbene parte della dottrina non consideri *Auflagen* e *Weisungen* sanzioni penali; sul punto cfr. E. DREHER, *Die Behandlung der Bagatellkriminalität*, De Gruyter, 1974, pp. 938-939.

⁷⁷ S. MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale; l'Alternativ-Entwurf e l'esempio della repubblica federale tedesca*, Jovene Editore, Napoli, 1984, p. 309.

potrebbe trovare in altri ambiti del diritto una risposta più efficace, risolvendo in tal modo la questione non nell'ambito processuale ma piuttosto in quello della teoria generale del reato.

PROBLEMI APPLICATIVI IN ORDINE ALLA PRESUNZIONE DELLA LEGITTIMITÀ DELLA DIFESA NELLE AGGRESSIONI DOMICILIARI

GIUSEPPE MARIA PALMIERI

ABSTRACT

The 2019 lawmaker introduces, in the fourth paragraph of Article 52 of the Criminal Code, the presumption of self-defense in cases of "home intrusion." The breadth of the provision is problematic with regard to the necessary existence of self-defense traditional essential elements, and is contrary to Articles 3 Const. and 2 ECHR. So far, the Supreme Court interpretations have been providential for a legitimate application of the norm.

SOMMARIO: 1. La natura populistica della “scriminante domiciliare”. – 2. La presunzione di legittima difesa nei casi di “intrusione domiciliare”. – 3. Gli aspetti problematici della disciplina di cui all’art. 52 co. 4 c.p. – 4. La provvidenziale soluzione interpretativa adottata dalla giurisprudenza di legittimità, ed auspici di riforma.

1. Constatata la ineffettività della riforma del 2006 in tema di “difesa domiciliare”¹, il legislatore del 2019, probabilmente al fine di rinforzarne la portata, è intervenuto con un’ulteriore modifica dell’art. 52 c.p. (e dell’art. 55 c.p.) che, fondata sui medesimi presupposti culturali e politico criminali della precedente, presenta problematiche analoghe, se non ancor più significative².

¹ Per alcune decisioni neutralizzanti la disciplina del 2006, v., Cass. pen., Sez. I., 8 marzo 2007, n.16677, *Grimoli*, in *Cass. pen.* 2008, 3, 1049; Cass. pen., Sez. I., 27 maggio 2010-16 giugno 2010, *Grande*, *CED Cass.* n. 23221, in *Cass. pen.*, 2011, 5, 1781; Cass. pen., Sez. I., 25 febbraio 2014-3 luglio 2014, *Monella*, in *CED Cass.* n. 28802; Cass. pen., Sez. V, 13 febbraio 2014-11 marzo 2014, *Bohuslav*, in *CED Cass.*, n. 11806; tra le autorevoli voci, in dottrina, oltre a E. DOLCINI, *La riforma della legittima difesa: leggi “sacrosante” e sacro valore della vita umana*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 431 ss.; A. CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare (c.d. “sproporzionata” o “allargata”): molto fumo e poco arrosto*, in *Dir. pen. proc.*, 4/2006, 434 ss.; M. PELISSERO, *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il codice Rocco*, in *AIC*, 5/2019, 106 ss., 113, parla espressamente di una «interpretazione data dalla giurisprudenza [che] ha fundamentalmente neutralizzato l’attuazione dei propositi incostituzionali perseguiti del legislatore».

² Cfr., G. INSOLERA, *Introduzione*, in AA.VV., *Quando la difesa è legittima? Il diritto della paura e la paura del diritto*, a cura di Id., Milano 2020., pp. I ss., XVIII ss.; per M. PELISSERO, *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il codice Rocco*, cit., 113 ss., 113, «si è lavorato ad un testo che consentisse di raggiungere gli stessi obiettivi perseguiti dalla precedente riforma, al fine di anestezizzare l’interpretazione giurisprudenziale che aveva riequilibrato il rapporto tra difesa e offesa»; riguardo a tale insistente perseveranza, G.L. GATTA, *Legittima difesa nel domicilio: considerazioni sui profili di legittimità costituzionale, a margine della lettera con la quale il Presidente della Repubblica ha comunicato la promulgazione della legge n. 36 del 2019*, in *Dir. pen. cont.*, 6 maggio 2019, 1 ss., 1-2, ha descritto «la metafora del legislatore che riafferma la propria volontà di presumere la legittima difesa, a beneficio di chi subisca aggressioni nel domicilio o in un esercizio commerciale, battendo il pugno sul banco del giudice, come chi, in una trattativa, cerca di affermare con la forza la propria volontà di fronte a un interlocutore che non arretra rispetto alle

Nonostante, sia la dottrina³ sia la giurisprudenza di legittimità⁴ avessero già evidenziato, in maniera pressoché unanime, le criticità della precedente riforma dell'art. 52 c.p., intervenuta nel 2006, in ordine al contrasto con fondamentali norme costituzionali e convenzionali, ed alla conseguente inapplicabilità, come noto, con la riforma del 2019 si è tentato di rinforzare ed ampliare la portata applicativa di quella disciplina.

Oltre ad inserire l'avverbio “sempre”, con riferimento alla presunzione di proporzione di cui al secondo comma dell'art. 52 c.p. – operazione che è stata definita una finta e vuota tautologia⁵ –, il legislatore del 2019 introduce, al quarto comma dell'art. 52 c.p., una presunzione dell'intera scriminante⁶, qualora, «nei casi di cui al secondo e al terzo comma» si agisca «per respingere l'intrusione posta in essere, con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica».

Dal dato positivo rischia di emergere un sovvertimento di valori tale per cui, anche a fronte di una intrusione domiciliare che non ponga in alcun pericolo beni di natura personale – laddove per “spazio domiciliare” ai sensi dell'art. 614 c.p. può intendersi anche il cancello d'ingresso del giardino di una villa posto in posizione molto remota rispetto all'effettivo ingresso dell'abitazione, all'interno della quale potrebbe trovarsi, a riparo, il soggetto potenzialmente aggredito –, sarebbe legittimata una reazione armata anche letale.

Dal dato letterale emergerebbe che la tutela privata dello spazio domiciliare possa autorizzare una reazione del cittadino consistente in una lesione della incolumità o della vita dell'intruso – dunque

proprie posizioni»; sulle problematiche caratteristiche della riforma in esame, con specifico riferimento alla relativa natura criminogena, tra gli altri, L. RISICATO, *Le interferenze tra antiggiuridicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare*, in *Legislaz. pen.*, 28.06.2019, 1 ss., 18; F. MANTOVANI, *Legittima difesa comune e legittima difesa speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2006, 432 ss.; A. VALLINI, *I nuovi spazi della legittima difesa nel panorama di un diritto penale mediatico*, in *AA.VV., La riforma della legittima difesa e della recidiva tra teoria e prassi*, cit., p. 11 ss., 12; F. VIGANÒ, *Sulla 'nuova' legittima difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 189 ss., 221 ss., 223-224; sia pur non riferito alla specifica disposizione, ma a tali tecniche di legiferazione, A. CAVALIERE, *Legittima difesa: verso una maldestra riforma populista?*, in *Studi quest. crim. online*, 10.05.2017, 1 ss.; F. SCHIAFFO, *La privatizzazione della sicurezza nella recente legislazione italiana*, in *Crit. dir.*, 1-2/2011, 67 ss., 77 ss.; sul noto, recente, caso del “gioielliere di Grinzane”, si veda, www.lastampa.it/cuneo, del 04.12.2023, e sia consentito il rinvio a G.M. PALMIERI, *Le riforme della “legittima difesa” e le conseguenze della diffusione delle armi. Un'ipotesi applicativa*, in *Riv. giur. Molise Sannio*, 1/2024, 121 ss.

³ Per tutti, M. GALLO, *La legittima difesa continua a piacer poco agli italiani*, in *Crit. dir.*, 2-3-4/2005, 174 ss.; T. PADOVANI, *Un modello di equilibrio normativo minato da ambiguità e incertezze*, in *Guida dir.*, 13/2006, 1 ss.; F. VIGANÒ, *Sulla 'nuova' legittima difesa*, cit., 2006, 189 ss.

⁴ Per tutte, Cass. pen., Sez. I, 27 maggio 2010-16 giugno 2010, *Grande*, in *CED Cass.* n. 23221, in *Cass. pen.* 2011, 5, 1781.

⁵ Per D. PULITANÒ, *Legittima difesa: tra retorica e problemi reali*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2017, 262 ss., 264, tale operazione rappresenta «una finta tautologia (...). *Difesa sempre legittima* è una formula retorica che nasconde (lascia in ombra, come se fosse già risolto) il problema di chiarire che cosa si debba intendere per difesa e per difesa legittima. [al riguardo, l'illustre Autore osserva che] è compito della cultura analizzare i linguaggi, rilevare ambiguità e reticenze, porre domande scomode».

⁶ M. PELISSERO, *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il codice Rocco*, cit., 115, rappresenta come, «nel caso della legittima difesa, il programma politico sintetizzato in “la difesa è sempre legittima” [abbia] condotto all'inserimento dell'avverbio *sempre* nell'art. 52, al comma 2, (...) e al comma 4 (...). [L'illustre Autore, spiega come] l'inserimento non aggiunge nulla sul piano sintattico e logico alle norme interessate e, soprattutto, non ne modifica gli effetti giuridici: la causa di giustificazione scrimina solo se sussistono i requisiti fissati dalla legge, la cui presenza o assenza indica se c'è (sempre) o non c'è (mai) legittima difesa»; in tal senso, si veda anche, G. INSOLERA, *Introduzione*, cit., p. XVIII.

evidentemente sproporzionata –, la cui legittimità, tuttavia, non debba essere oggetto di valutazione da parte del magistrato procedente⁷.

Gli argomenti politici portati a sostegno di queste posizioni si presentano della medesima natura di quelli che hanno accompagnato la riforma di tredici anni prima. In sintesi, il messaggio che viene trasmesso è il seguente: “chi entra illegittimamente in casa mia può uscirne morto”⁸.

Il tenore narrativo di questi interventi è che «branchi di uomini feroci (...) non esit[erebbero] a versare sangue innocente ed inerme, ad uccidere e torturare [innocenti cittadini perbene]»; tali azioni sarebbero perpetrate da “irregolari e clandestini” che, «soprattutto nel nord Italia hanno invaso case serene, incustodite, violate nella serenità di una notte»⁹. «La portata criminale di ognuno di questi furti in abitazione [avrebbe] una portata potenzialmente devastante»¹⁰.

In sostanza, viene affermato che “se qualcuno viola la casa altrui, costui deve sapere di non avere scampo”, in quanto «è chi intende aggredire a dover valutare attentamente i rischi che può correre»¹¹.

Si tratta di una politica criminale mirata al conseguimento di consensi elettorali¹², mediante la creazione di un sistema legislativo, penale, fondato sulla disparità di trattamento ai danni di alcune categorie di persone: il mostro, il cattivo, il povero, il mendicante, l’immigrato¹³.

Riguardo ad operazioni legislative di tal fatta, si aderisce a quel pensiero secondo cui, «il nuovo diritto penale (...) non trova il “nemico” nella realtà fenomenica e criminologica, ma piuttosto lo

⁷ Per tutti, E. AMODIO, *Il populismo penale nell’Italia dell’antipolitica*, in *Cass. pen.*, 5, 2020, 1813 ss.; tra i sostenitori della riforma, si segnalano gli interventi di Carlo Nordio, che nel 2002 lamentava che le norme in vigore fino quel momento «pur consentendo teoricamente a chi si trovava di fronte un rapinatore di reagire con le armi, di fatto lo esponevano a un processo», e del senatore Ziccone di Forza Italia, che nel 2004 lamentava che sovente, a «colui che è stato aggredito in casa propria e si è difeso», viene riconosciuta la legittima difesa soltanto «all’esito di un iter processuale lungo e faticoso (...), costato sacrifici, fatica e patema d’animo alla vittima», in www.camera.it, e raccolte in F. VIGANÒ, *Sulla ‘nuova’ legittima difesa*, cit., 189 ss., 192 ss.

⁸ R. BARTOLI, *Verso la “legittima offesa”?*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2019, 17 ss., 21.

⁹ Per una efficace ricognizione critica di tali posizioni, v., F. VIGANÒ, *Sulla ‘nuova’ legittima difesa*, cit., 189 ss., 194-195.

¹⁰ E. COSTA, deputato di Forza Italia, in Verbale Seduta di Assemblea della Camera dei Deputati, n. 136 del 5 marzo 2019, in www.camera.it.

¹¹ Dichiarazioni raccolte in F. VIGANÒ, *Sulla ‘nuova’ legittima difesa*, cit., 195-196; per una critica a tali posizioni, si vedano, per tutti, in questa sede, R. BARTOLI, *Verso la “legittima offesa”?*, cit., 21; F. SCHIAFFO, *La privatizzazione della sicurezza nella recente legislazione italiana*, cit., 74; per un differente punto di visuale, a sostegno di opzioni politico-criminali basate sull’affermazione della forza sul diritto (piuttosto che del diritto sulla forza), si veda la posizione d’oltreoceano di F. HALLOFF, *Self-defense without imminence*, in *Amer. crim. law rew.*, 56/4, 2019, 1527 ss., secondo cui la difesa sarebbe legittima anche in assenza dei requisiti della necessità e della imminenza.

¹² Per tutti, M. ROMANO, *Legislazione penale e consenso sociale*, in *Jus*, 1985, pp. 413 ss.

¹³ A. CERETTI – R. CORNELLI, *Il diritto a non avere paura. Sicurezza, populismo penale e questione democratica*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 1486 ss. 1487, evidenziano come sia «fondamentale nel discorso populista: (...) la costruzione di un nemico da cui difendersi»; con riferimento all’uso dello strumento penale per finalità elettorali, A. BARATTA, *Prefazione*, in S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli 1997, XV-XVI, parla della legittimazione delle decisioni legislative derivante da uno «scambio tra illusioni di sicurezza e voti»; sul tema si veda, G. FIANDACA, *Aspetti problematici nel rapporto tra diritto penale e democrazia*, in AA.VV., *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, a cura di A.M. STILE, Napoli 2011, pp. 135 ss., 149.

costituisce, nel senso che è proprio la regolamentazione normativa a *costruire* un'immagine degli autori come *nemici della società*»¹⁴.

Nei confronti di queste categorie di persone, perlopiù deboli ed emarginate, si assiste ad interventi normativi che ne mortificano i diritti fondamentali¹⁵.

In tali casi, l'operato legislativo assume una finalità populista.

Questa, che si concretizza anche in un'autopromozione di *leader* apparentemente carismatici che si presentano come panacee per le ansie e le paure, indotte, dei consociati, derivanti dalla falsata rappresentazione mediatica dello straripare di una criminalità predatoria spietata e fuori controllo¹⁶, dà vita a forme di "diritto penale del nemico"¹⁷.

Infatti, al fine di catalizzare verso uno specifico obiettivo le apprensioni della collettività, e raccoglierne di conseguenza i consensi, viene descritto un "tipo d'autore"¹⁸ per il quale, «entrare e uscire di galera o essere soggetto a un procedimento penale, è una cosa del tutto normale, così come essere assolti. Invece, [continua il deputato nel suo intervento], per le brave persone, per i padri di famiglia, per i piccoli imprenditori, per i piccoli artigiani, essere trascinati davanti a un tribunale o essere sottoposti a un procedimento penale è un dramma che sconvolge la vita, che manda in rovina le attività economiche e che segna per sempre»¹⁹.

¹⁴ F. PALAZZO, *Nemico-nemici-nemico: una sequenza inquietante per il futuro del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2020, 701 ss., 706.

¹⁵ Con riferimento a politiche di criminalizzazione diffuse nel corso del XX secolo negli Stati Uniti, e non lontane dai fondamenti politico criminali che hanno ispirato le riforme oggetto del presente lavoro, J. SIMON, *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, Oxford 2007 (Milano 2008), p. 9 osserva che «la democrazia americana è minacciata dall'emergere della vittima del crimine come modello dominante del cittadino in quanto rappresentante della gente comune, i cui bisogni e le cui capacità definiscono la missione del governo rappresentativo. Una serie di nuove forme di conoscenza porta adesso la verità delle vittime all'interno del sistema penale. (...) le verità di queste vittime sono potenti (...). Esse minano le forme di solidarietà e di responsabilità necessarie alle istituzioni democratiche»; riguardo alle statistiche carcerarie relative agli autori dei reati contro il patrimonio, con speciale riferimento al furto, A. CAVALIERE, *Neoliberalismo e politica criminale repressiva*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2018, 125 ss., 130, parla di un "diritto penale classista".

¹⁶ Sulle paure indotte artificialmente nei consociati dai messaggi mediatici con finalità populiste, v., A. CERETTI – R. CORNELLI, *Il diritto a non avere paura. Sicurezza, populismo penale e questione democratica*, cit., 1486 ss.; R. CORNELLI, *Contro il populismo. Una proposta di definizione di populismo penale*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 4/2019, 128 ss., 131 ss.; F. PALAZZO, *Nemico-nemici-nemico: una sequenza inquietante per il futuro del diritto penale*, cit., 704 ss.

¹⁷ V., V. MUSACCHIO, *Legittima difesa, diritto penale del nemico e tutela dei diritti della persona umana*, in *Riv. pen.*, 2019, 571 ss.; L. RISICATO, *Le interferenze tra antigiusdizionalità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare*, cit., 1 ss.; F. PALAZZO, *Nemico-nemici-nemico: una sequenza inquietante per il futuro del diritto penale*, cit., 703, che osserva che, «Zingaracci», «bastardi», «animali», «bestie», «zecche»: sono alcuni degli epiteti con cui nella recente stagione politica, uomini delle istituzioni hanno qualificato taluni delinquenti o talune tipologie di autori di reato»; sui presupposti politico criminali del nemico, alla base della disciplina delle "difesa domiciliare", E. AMODIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Roma 2019, p. 14 ss.; C. LONGOBARDO, *I reati predatori contro il patrimonio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2020, 888 ss., 894; F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale, e l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 470 ss.

¹⁸ Sul tema, v., ENGISCH, *Zur Idee der Täterschuld*, in *ZStW*. 1942, 166 ss.; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, p. 157 ss.

¹⁹ E. COSTA, deputato di Forza Italia, in Verbale Seduta di Assemblea della Camera dei Deputati, n. 136 del 5 marzo 2019, in www.camera.it; sulle disparità di trattamento derivanti dalle differenti impostazioni politico-criminali rivolte al fronteggiamento della "criminalità patrimoniale tradizionale" rispetto a quelle predisposte per la disciplina della "criminalità economica dei colletti bianchi", v., C. LONGOBARDO, *L'infedeltà patrimoniale. Profili sistematici e di politica criminale*, Napoli 2013, pp. 18 ss., 22 ss.

D'altronde, un ulteriore argomento a sostegno della riforma, in linea con quanto avvenuto tredici anni prima, è stata la artificiosa creazione dell'illusione secondo cui le modifiche all'art. 52 c.p., grazie alla descrizione delle fattispecie concrete da sussumervi, sarebbero state utili per escludere l'attivazione di gravosi procedimenti penali nei confronti di "persone perbene"²⁰. Anche tale prospettiva si è rivelata priva di fondamento.

2. Come sinteticamente anticipato, la prima modifica apportata dalla riforma del 2019 è rappresentata dalla introduzione dell'avverbio "sempre" all'interno del secondo comma dell'art. 52 c.p. A tal riguardo, va osservato che, al di là dei proclami propagandistici avanzati dai sostenitori della riforma²¹, dal momento che all'interno del secondo comma dell'art. 52 c.p. la presunzione della proporzione è già prescritta in senso assoluto²², la locuzione "sempre" non è in grado di aggiungere nulla a quanto già disposto dal testo della norma²³; la locuzione "sempre" non è in grado, dunque, di rinforzare alcunché²⁴.

L'introduzione di tale avverbio, che *prima facie* appare rafforzare la disciplina di cui al secondo comma, a ben vedere ne dimostra la debolezza sul piano applicativo, e probabilmente rappresenta il tentativo di forzarne l'interpretazione in una direzione incostituzionale²⁵.

²⁰ Tra gli interventi parlamentari, si segnalano quelli di L. Ravetto, deputata di F.I., che si chiede «per quanti anni un soggetto de[bba] difendersi in tribunale, sopportare dei costi, avere dei problemi familiari, di gestione sociale, per poi avere un'archiviazione? Allora, [conclude la deputata], a maggior ragione noi difendiamo il principio per cui sia sempre riconosciuta la legittima difesa; e di A. Orlando, deputato P.D., che risponde: «Voi state dando il via libera a un filone che sarà il filone dell'invito a cena con delitto, perché io posso chiamare chiunque sul mio fondo e solo per questo essere esentato da un approfondimento di valutazione del mio comportamento»; in Verbale Seduta di Assemblea della Camera dei Deputati, n. 136 del 5 marzo 2019, in www.camera.it.

²¹ Per tutti, si veda l'intervento di M. GAGLIARDI, deputato di Forza Italia, in Verbale Seduta di Assemblea della Camera dei Deputati, n. 136 del 5 marzo 2019, in www.camera.it.

²² Per tutti, v., F. CONSULICH, *La riforma della legittima difesa: prove tecniche di diritto senza giustizia*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3/2019, 1 ss., 16.

²³ R. BARTOLI, *Verso la "legittima offesa"?*, cit., 19, afferma che «una presunzione del genere non risulta compatibile con la nostra Costituzione, sia perché contrasta con qualsiasi *ratio* della legittima difesa, sia perché nel nostro ordinamento le presunzioni sono ammesse soltanto se non sono contraddette dalla realtà»; G. FLORA, *La difesa è sempre legittima?*, in *Discrimen*, 11.06.2019, 1 ss., 5-6, aggiunge che «il "sempre", può essere evocativo di un simbolico bicipite orgogliosamente mostrato alla folla della quale si cerca il consenso; ma giuridicamente non ha alcun significato (...), non ha alcuna valenza connotativa della fattispecie scriminante, è giuridicamente una parola vuota»; infatti, al riguardo, D. PULITANÒ, *Legittima difesa. Ragioni della necessità e necessità di ragionevolezza*, in *Dir. pen. cont.*, 5/2019, 205 ss., 208, evidenzia come «il sempre non dilata la fattispecie in cui si iscrive, vale per tutti e soli i casi in cui ricompresi nella fattispecie. (...) con o senza la parola sempre, la descrizione della fattispecie giustificante è la medesima».

²⁴ L. RISICATO, *Le interferenze tra antigiuridicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare*, cit., 6, evidenzia come sia «difficile immaginare che l'avverbio sempre, imposto dal legislatore per dar corpo a slogan elettorali di facile presa, possa modificare in modo sostanziale la lettura conforme a Costituzione della riforma del 2006, ratificata dalla Suprema Corte. Neanche una legge dello Stato, [continua l'illustre Autrice], può imporre una lettura addirittura anticostituzionale della legittima difesa, che stravolga il bilanciamento di interessi fino al punto da consentire sempre il sacrificio della vita a vantaggio della conservazione dei beni [patrimoniali]»; sul tema, v. G. INSOLERA, *Introduzione*, cit., p. XVIII.

²⁵ D. PULITANÒ, *Legittima difesa. Ragioni della necessità e necessità di ragionevolezza*, cit., 208, riguardo al dato secondo cui «molti hanno letto [nell'introduzione dell'avverbio sempre] un superamento del limite della necessità, [afferma la insostenibilità di tale conclusione] sul piano dell'interpretazione sistematica».

Neppure la presenza di tale locuzione può escludere la necessità di accertare la dinamica dei fatti, e dunque la verifica della sussistenza di tutti gli elementi essenziali della scriminante²⁶.

L'operazione legislativa prodotta all'interno del secondo comma, pertanto, considerata "vuota di concetti"²⁷, è stata definita come un «messaggio ingannevole privo di effetti giuridici»²⁸.

L'avverbio sempre, come noto, riferito alla proporzione nel secondo comma dell'art. 52 c.p., è stato utilizzato anche nel quarto comma, con riferimento alla presunzione di sussistenza dell'intera causa di giustificazione, qualora il soggetto compia «un atto per respingere l'intrusione posta in essere, con violenza o minaccia di uso di armi o di altro mezzo di coazione fisica, da parte di una o più persone»²⁹.

Anche in questo caso, laddove sembri che l'intento legislativo sia quello di ampliare e rafforzare l'applicabilità dei commi 2 e 3 dell'art. 52 c.p., l'introduzione del quarto comma, piuttosto, ne evidenzia il fallimento.

Nonostante la riforma del 2019 sia stata prospettata come la rappresentazione di uno «Stato forte, pronto a porsi al fianco del cittadino aggredito, senza imporgli la farraginosa sottoposizione a processi volti a verificare la legittimità della sua condotta»³⁰, le concrete modalità di redazione del dato positivo sollevano perplessità sul piano applicativo.

Infatti, come anticipato, il quarto comma afferma la presunzione della legittima difesa qualora, «nei casi di cui al secondo e al terzo comma, il soggetto compia un atto per respingere l'intrusione posta in essere, con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica».

Ebbene, non è mancato chi ha osservato che il "fuorviante" rinvio ai casi di cui ai due commi precedenti, nonostante la indeterminatezza del termine "intrusione", vada inteso con riferimento al «contesto spaziale di disciplina, costituito dalla violazione di domicilio»³¹, e che la violenza e la minaccia, che legittimerebbero l'uso della forza reattiva, anche letale, nella assenza di espresse precisazioni testuali, potrebbero essere rivolte anche solo a beni di natura patrimoniale³², ed essere dirette anche esclusivamente all'atto della intrusione, e non anche, necessariamente, ad aggressioni, successive, personali.

²⁶ Al riguardo, M. PELISSERO, *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il codice Rocco*, cit., 114, magistralmente evidenzia che «la causa di giustificazione scrimina solo se sussistono i requisiti fissati dalla legge, la cui presenza o assenza indica se c'è (sempre) o non c'è (mai) legittima difesa»; così anche, D. PULITANÒ, *Legittima difesa. Ragioni della necessità e necessità di ragionevolezza*, cit., 208.

²⁷ D. PULITANÒ, *Legittima difesa. Ragioni della necessità e necessità di ragionevolezza*, cit., 208.

²⁸ M. PELISSERO, *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il codice Rocco*, cit., 114-115.

²⁹ M. PELISSERO, *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il codice Rocco*, cit., 115, evidenzia come «se il comma 2 prevede una legittima difesa a proporzione presunta, il co. 4 prevedrebbe una legittima difesa a presunzione totale».

³⁰ L. RISICATO, *Le interferenze tra anti-giuridicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare*, cit., 4.

³¹ M. PELISSERO, *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il codice Rocco*, cit., 116.

³² M. PELISSERO, *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il codice Rocco*, cit., 116, evidenzia come ci si possa trovare in presenza di una ipotesi di «violazione di domicilio aggravata ai sensi dell'art. 614 c.p.».

Che, nelle intenzioni del legislatore, la violenza rivolta alla persona non risulti necessaria è dimostrato dal dato secondo cui, in altro modo, non ci sarebbe stata la necessità di tale riforma, potendo trovare applicazione, in tali casi, la tradizionale ipotesi di legittima difesa *ex art. 52 co. 1 c.p.*³³.

Il dato testuale non fornisce ulteriori indicazioni, pertanto, non essendo descritto l'oggetto della violenza, questo potrà essere rappresentato anche soltanto da beni materiali³⁴.

Si assiste ad una "presunzione totale" di legittima difesa in cui gli elementi spaziali e temporali della intrusione definiscono il contesto nel quale «perdono valore le dinamiche intersoggettive dell'azione aggressiva e di quella difensiva»³⁵. Diviene del tutto irrilevante il bilanciamento tra i beni, perché l'istituto assuma i tratti di una sanzione, ad opera del privato, nei confronti del soggetto che abbia violato il domicilio³⁶.

Laddove, tradizionalmente, la legittima difesa dovrebbe rappresentare un'eccezione al potere statale, e la delega al privato dovrebbe risultare un'opzione residuale, minima, soltanto se indispensabile³⁷, con le riforme in esame (del 2006 e 2019) sembra destinarsi ad un certo tipo di cittadino "onesto" un margine di azione difensiva, più ampio di quello concesso allo Stato³⁸,

³³ R. BARTOLI, *Verso la "legittima offesa"?*, cit., 22; sulla indeterminatezza delle formule adottate, e sulle conseguenti difficoltà interpretative, L. RISICATO, *Le interferenze tra anti giuridicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare*, cit., 6; in senso ampio, sulla «scadente qualità dei testi legislativi – al punto da ricavare l'impressione che percorsi di giustizia ispirati a razionalità rivestano ormai un carattere sporadico, per non dire eccezionale», v., M. CAPUTO, *Occasioni di razionalità nel diritto penale. Fiducia nell'assolo della legge o nel giudice compositore?*, in *Jus.*, 2015, 211 ss., 212.

³⁴ V. L. RISICATO, *Le interferenze tra anti giuridicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare*, cit., 7.

³⁵ Così, M. PELISSERO, *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il codice Rocco*, cit., 117, che continua affermando che «è la concomitanza spazio-temporale a definire il tracciato esterno della scriminante».

³⁶ In tal senso, M. PELISSERO, *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il codice Rocco*, cit., 117.

³⁷ In senso critico, sulla posizione proposta da alcuni sostenitori della cd. "vittimo-dogmatica", secondo cui la sussidiarietà andrebbe intesa nel senso di intervento pubblico sussidiario all'autodifesa privata, in quanto il privato, nella espletazione della propria difesa, realizzerebbe sé stesso in quanto uomo, v., A. PAGLIARO, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2010, 41 ss.; sul tema, seppur con riferimento alla riforma del 2006, v., A. GARGANI, *L'autotutela privata tra istanze securitarie e valori costituzionali*, in AA.VV., *Sicurezza e autotutela*, a cura di G.M. GRASSI, Pisa 2017, p. 17 ss.

³⁸ Si consideri l'oramai diffusa posizione riferita all'art. 53 c.p., secondo cui, nel superamento della presunzione assoluta dell'interesse pubblico affermata dal legislatore del '30, questa norma vada letta in osservanza del requisito della proporzione, pena l'affermazione della natura incostituzionale della stessa, in tal senso, sia pur con riferimento alla riforma della legittima difesa del 2006, si veda, F. MANTOVANI, *Legittima difesa comune e legittima difesa speciale*, cit., 443; in senso ampio, mediante una esemplare trattazione critica degli aspetti irragionevoli dell'art. 53 c.p., v., S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 193 ss., 193-197; in senso conforme, S. SARTARELLI, *Usa legittimo della violenza pubblica e diritto penale*, Bari 2018, p. 1 ss.; sul tema, si vedano, S. ARDIZZONE, *Usa legittimo delle armi*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano 1992, 976 ss.; G. MARINI, *Usa legittimo delle armi*, in *Noviss. Dig. it.*, XX, Torino 1975, 266; con specifico riferimento alla riforma del 2019, L. RISICATO, *Le interferenze tra anti giuridicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare*, cit., 5, parla di «una vistosa asimmetria tra Stato e cittadino dagli effetti potenzialmente imprevedibili. L'azione del privato, [conclude l'Autrice], è adesso soggetta a vincoli meno stringenti di quelli imposti al pubblico agente».

sproporzionato, con il rischio che questo corrisponda ad una delega al privato di inflizione della pena, in un'ottica, anche, di prevenzione generale negativa³⁹.

3. Come noto, riguardo alla norma in esame, è stata avanzata più d'una soluzione interpretativa.

Visto il richiamo del quarto comma dell'art. 52 c.p. ai due commi precedenti, l'orientamento più diffuso nella giurisprudenza di legittimità è un'interpretazione fisiologicamente connessa con quella affermata in ordine ai commi secondo e terzo, secondo cui, per la configurabilità della scriminante, non può prescindersi dagli elementi essenziali della necessità ed attualità richiesti dal primo comma dell'art. 52 c.p., che, rimasti intoccati da entrambe le riforme, continuano a risultare decisivi.

Tale soluzione, da apprezzare in vista dei rischi derivanti dalla portata testuale della disposizione, corrisponde ad una sostanziale abrogazione della stessa per via giurisprudenziale⁴⁰.

Infatti, una interpretazione strettamente tassativa del dato letterale, nella inosservanza di una visione di sistema, presenterebbe profili di incompatibilità con norme fondamentali, quali, tra le altre, gli artt. 3 Cost., e 2 CEDU⁴¹.

Altre soluzioni, auspicabili, sono la rimessione della questione alla Corte costituzionale⁴², oppure, ancora, l'intervento legislativo.

Tuttavia, stante la vigenza della norma, la soluzione applicativa risulta quella adottata in via principale, per dirimere le questioni che si presentano alla giurisprudenza.

Infatti – riguardo alla “presunzione assoluta di legittima difesa domiciliare” di cui al quarto comma –, al di là di alcuni, quasi isolati, orientamenti di merito⁴³, l'indirizzo interpretativo adottato in maniera pressoché unanime in sede di legittimità, è quello secondo cui la scriminante può considerarsi sussistente a condizione che il pericolo di offesa sia attuale, che l'impiego dell'arma sia, in concreto, necessario a difendere l'incolumità propria o altrui, o i beni presenti nei luoghi ivi indicati, che non siano praticabili condotte alternative lecite o meno lesive, e che, con riferimento alle aggressioni a beni materiali, ricorra un pericolo di aggressione personale⁴⁴.

³⁹ M. PELISSERO, *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il codice Rocco*, cit., 118, parla di una «preminente funzione di prevenzione generale negativa cui contribuirebbe l'ampliamento della legittima difesa a scopo di deterrenza per la criminalità».

⁴⁰ Per tutti, in questa sede, G. FLORA, *La difesa è sempre legittima?*, cit., 6; sulla rilevanza delle «selezioni affidate alla discrezionalità giudiziaria», sia pur con riferimento alla necessità di soddisfare le istanze deflattive del sistema penale, v., A. GARGANI, *Il diritto penale quale extrema ratio tra post-modernità e utopia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2018, 1488 ss.

⁴¹ Al riguardo, A. GARGANI, *Diritto alla vita e autotutela privata di beni patrimoniali: il problematico confronto con l'art. 2 CEDU*, cit., 12, con riferimento al contesto europeo, e dunque anche italiano, osserva come «l'opinione nettamente dominante in dottrina giung[a] ad escludere la legittimità di azioni omicidarie volte a neutralizzare attentati all'altrui proprietà, sulla base dell'interpretazione letterale e logico-sistematica dell'art. 2 della Convenzione»; sul tema, tra gli altri, R. BARTOLI, *Verso la “legittima offesa”?*, cit., 20; M. PELISSERO, *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il codice Rocco*, cit., 109 ss., 112.

⁴² Per una rappresentazione critica di entrambe le opzioni interpretative, ed in auspicio, dunque, di un intervento della Consulta, v., G. AMARELLI, *La nuova legittima difesa domiciliare tra abolitio criminis e successione di leggi penali nel tempo*, in *Legisl. pen.*, 24.03.2020, 1 ss., 6-7.

⁴³ Tra le altre, Corte di Appello di Bari, n. 14 del 27.05.2019, in *Cass. pen.*, 3/2020, 1270.

⁴⁴ Tra le altre, *Cass. pen.*, n. 13191 del 15.01.2020, in *CED Cass. pen.* 2020.

Pertanto, anche in relazione alla “legittima difesa domiciliare” scaturita dalla riforma del 2019, è stata affermata in giurisprudenza, nonché autorevolmente posta in evidenza in letteratura, la vincolatività dei requisiti della attualità del pericolo e della necessità della reazione difensiva⁴⁵.

D'altronde, il requisito della necessità costrittiva, non può mettersi in discussione; oltre a doversi ricavare da un'interpretazione della norma conforme all'art. 2 CEDU⁴⁶, risulta insito nella natura stessa della scriminante della legittima difesa, tanto che anche il Presidente della Repubblica, nel messaggio inviato ai presidenti delle due camere in occasione della promulgazione della legge n. 36 del 2019, afferma che tale condizione di necessità rappresenta il “fondamento costituzionale dell'istituto”⁴⁷.

«Tra tutte, la presunzione di necessità della difesa, è la più irragionevole»⁴⁸, laddove si pone in insanabile contrasto con l'art. 2 Cedu, che, al co.1 tutela il diritto alla vita di ogni persona, anche dell'”intruso illegale”, e ne consente la violazione (co. 2) soltanto qualora l'uccisione sia il risultato di un ricorso alla forza resosi “assolutamente necessario”, per (co. 2 lett. a) garantire la difesa della persona contro la violenza illegale⁴⁹. Non può assegnarsi alla sola circostanza della violazione di domicilio un valore legittimante di qualsiasi reazione.

Dunque, seppure sia stato osservato che un'interpretazione restrittiva della scriminante rischia di perseguire una finalità inversa rispetto a quella della tutela della libertà personale⁵⁰, non può non osservarsi che la relativa interpretazione letterale si porrebbe in contrasto con i fondamentali valori della ragionevolezza e del diritto alla vita *ex artt.* 3 Cost. e 2 CEDU, e pertanto non può che accogliersi la riflessione secondo cui «nel diritto (...) abbiamo la responsabilità di distinguere la ragione dall'insensatezza (...). Per essere buoni giuristi non possiamo essere soltanto giuristi»⁵¹.

⁴⁵ M. PELISSERO, *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il codice Rocco*, cit., 117 ss.

⁴⁶ A. GARGANI, *Diritto alla vita e autotutela privata di beni patrimoniali: il problematico confronto con l'art. 2 CEDU*, cit., 12 ss.; M. PELISSERO, *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il codice Rocco*, cit., 119-120.

⁴⁷ Com'è stato autorevolmente osservato da D. PULITANÒ, *Legittima difesa. Ragioni della necessità e necessità di ragionevolezza*, cit., 205 ss., 205, che, con limpida chiarezza fugge ogni dubbio riguardo al dato secondo cui, 206, «la necessità della reazione, per la difesa del diritto aggredito, è elemento della definizione del concetto stesso di difesa. La reazione per la quale si pone il problema della giustificazione è la difesa in una situazione di necessità, dice la tradizione giuridica della quale è figlio il nostro ordinamento. La legittima difesa è *Notwehr*, difesa necessitata»; con riferimento alle indicazioni fornite dal Presidente della Repubblica, L. RISICATO, *Le interferenze tra antiggiuridicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare*, cit., 18 ss., parla di una vera e propria «*promulgatio abrogans*».

⁴⁸ L. RISICATO, *Le interferenze tra antiggiuridicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare*, cit., 8; infatti, M. GALLO, *Chi lascia la via vecchia per la nuova*, in AA.VV., *Quando la difesa è legittima? Il diritto della paura e la paura del diritto*, cit., pp.1 ss., 2, nell'ambito di una ricostruzione critica delle due riforme del 2006 e del 2019, afferma che «il requisito della proporzione tra offesa e difesa, non v'è dubbio che continui a porsi quale pietra angolare dell'istituto».

⁴⁹ Infatti, L. RISICATO, *Le interferenze tra antiggiuridicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare*, cit., 8 ss., 10, osserva come «il co. 4 dell'art. 52 c.p. ribalta completamente il paradigma della legittima difesa, trasformandolo in legittima offesa: in un'azione che esclude la punibilità in assenza della necessità della reazione difensiva. In prospettiva europea, ciò che viene a mancare è proprio quella “violenza illegale” prevista dalla lett. a) del co. 2 dell'art. 2 CEDU contro cui è legittimo ricorrere alla forza».

⁵⁰ Per F. CONSULICH, *La riforma della legittima difesa: prove tecniche di diritto senza giustizia*, cit., 19, «simili letture, per quanto ispirate dalle migliori intenzioni, rischiano di risolversi in una limitazione della portata giustificante, per quanto irrazionale, delle nuove norme, con conseguente ampliamento della punibilità».

⁵¹ D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2, 2009, 547 ss., 568.

Del resto, il testo della norma consente, anche, una interpretazione conforme a Costituzione⁵².

4. Come visto, non mancano, anzi prevalgono nel panorama nazionale, proposte interpretative improntate all'osservanza dei valori fondamentali affermati nel nostro ordinamento; tuttavia, nella giurisprudenza di merito, talvolta si è assistito anche ad applicazioni pedisseques del testo della disposizione, che si pongono in maniera disarmonica rispetto al sistema.

Infatti, con sentenza n. 14 del 27 maggio 2019, la Corte di Appello di Bari propone un'applicazione della legittima difesa domiciliare fondata sulla valorizzazione della presunzione assoluta di cui al quarto comma, affermando che la scriminante in esame risulta integrata dal comportamento di colui che cagioni la morte di un uomo per respingere un'intrusione commessa con violenza o minaccia di uso di armi, in quanto il legislatore, nel nuovo quarto comma, «ha introdotto una presunzione assoluta di legittima difesa (cioè di tutti i requisiti della scriminante, compresa la necessità della difesa)»⁵³.

In sintesi i fatti.

Nell'ambito di una dinamica di frequenti litigi dettati da motivi di vicinato tra parenti, il soggetto che poi divenne vittima si diresse verso la casa dell'imputato con una mazza da golf, mandò in frantumi il lunotto dell'auto, e danneggiò il vetro di una finestra e la porta esterna della veranda.

A quel punto, l'imputato, armatosi con la sua pistola legalmente detenuta, attraverso l'apertura della porta praticata mediante il relativo danneggiamento, esplose alcuni colpi all'indirizzo dell'aggressore, che era ancora all'esterno dell'abitazione.

Il primo proiettile attingeva il gomito del braccio sinistro, ed il lato sinistro dell'addome, per poi arrestarsi nel gluteo destro; il secondo proiettile, dopo che la vittima si fosse girata su sé stessa a causa della reazione dolorosa, dando le spalle al detentore dell'arma, attingeva la stessa alla schiena, risultando letale in maniera pressoché istantanea.

A parere del PM, in tale situazione difettavano i presupposti della proporzionalità ed inevitabilità della reazione.

Al momento del secondo colpo di pistola, infatti, la vittima era oramai di spalle, già il primo colpo l'aveva fatta desistere. A seguito del primo colpo, l'iniziale aggressore era stato del tutto neutralizzato, aveva interrotto l'*iter criminis*, e pertanto non potevano considerarsi sussistenti né il requisito dell'attualità del pericolo, né, di conseguenza, la necessità difensiva, e la proporzione.

⁵² A. GARGANI, *Diritto alla vita e autotutela privata di beni patrimoniali: il problematico confronto con l'art. 2 CEDU*, cit., 4 ss., 11-12, nell'ambito di una pregevole lettura della disciplina relativa alla "difesa privata di beni patrimoniali" ricostruita in osservanza dei diritti umani fondamentali, non manca di evidenziare come «l'obbligo di disciplinare e delimitare la legittima difesa in ambito privato trov[i] fondamento proprio nel diritto alla vita: gli Stati sono tenuti ad evitare che il riconoscimento del diritto all'autodifesa assuma una tale latitudine da ridurre irragionevolmente (e correlativamente) lo *standard* di tutela di tale diritto fondamentale»; sul tema, R. BARTOLI, *Verso la "legittima offesa"*, cit., 20; M. PELISSERO, *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il codice Rocco*, cit., 109 ss.

⁵³ Corte di Appello di Bari, n. 14 del 27.05.2019, cit., 1270.

Peraltro, a riguardo della inevitabilità della reazione difensiva⁵⁴, la Pubblica Accusa evidenziava anche, non soltanto che l'imputato sarebbe stato consapevole che l'azione iracunda dell'aggressore fosse rivolta esclusivamente ai suoi beni materiali, quanto, ancor più, che lo stesso si sarebbe potuto barricare, con il resto della famiglia, in assoluta sicurezza, dietro la porta/cancellata che proteggeva la zona più interna dell'abitazione.

Tuttavia, nonostante tali evidenze, la Corte di Assise di Appello affermava che non poteva riconoscersi la penale responsabilità dell'imputato, in quanto, con il nuovo dettato normativo dell'art. 52 c.p., aggiunto con legge n. 36 del 2019, «il legislatore ha introdotto una presunzione assoluta di legittima difesa: non di un solo requisito (la proporzione) come in riferimento alla precedente riforma del 2006, ma di tutti i requisiti (compresa, appunto, la necessità). Il giudice quindi, [continua la Corte d'Assise di Appello di Bari], in virtù di tale disposizione dovrebbe limitarsi ad accertare se il fatto sia stato commesso a seguito di violazione di domicilio».

Tale orientamento, oltre che risultare diametralmente discordante con le proposte della maggior parte degli studiosi che si sono occupati della materia, viene anche disconosciuto in sede di legittimità.

Infatti, la posizione condivisa in maniera pressoché unanime in quella sede, come anticipato, è quella secondo cui «l'uso di un'arma, legittimamente detenuta, costituisce reazione sempre proporzionata nei confronti di chi si sia illecitamente introdotto, o illecitamente si trattenga, all'interno del domicilio o dei luoghi a questo equiparati, a condizione che il pericolo sia attuale, che l'impiego dell'arma sia necessario, che non siano praticabili condotte alternative lecite o meno lesive, e che, con riferimento in particolare all'aggressione a beni materiali, ricorra un pericolo di aggressione personale»⁵⁵.

Tale interpretazione, consentita dal tenore testuale del quarto comma dell'art. 52 c.p., in considerazione dell'intera disciplina in materia, risulta aderente e rispettosa del sistema da Stato sociale di diritto, caratterizzato da una Costituzione rigida, all'interno del quale la norma è chiamata ad operare.

Tra le altre statuizioni, la Corte afferma che la “reazione aggressiva” come rimedio per neutralizzare l'offesa deve risultare priva di alternative⁵⁶; e la proporzione tra offesa e difesa, nei casi di conflitto tra beni eterogenei, viene meno quando il grado dell'interesse leso sia molto più rilevante – sul piano dei valori costituzionali – di quello che il soggetto intende salvaguardare⁵⁷.

La soluzione descritta⁵⁸, anche conforme all'indirizzo indicato dal Presidente Mattarella, che in occasione della promulgazione della riforma del 2019 ha provveduto a chiarire che «il fondamento

⁵⁴ Sull'obbligo del *commodus discessus*, ove possibile senza esporsi a rischi maggiori, ed in presenza di una inaccettabile sproporzione tra offesa e reazione, per tutti, in questa sede, C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato* (1970), a cura di S. Moccia, Napoli 2001, p. 109 ss.

⁵⁵ Cass. pen., Sez. I, 15 novembre 2020, n.13191, in *CED Cass. pen.*, 2020.

⁵⁶ Tra gli altri precedenti conformi, v., Cass. pen., 13 giugno 2017, n.51262 in *CED Cass. pen.*, 2018.

⁵⁷ Per un consolidato orientamento interpretativo in sede di legittimità, tra le altre, Cass. pen., Sez. I, 26 novembre 2019, n. 47117, in *Cass. pen.* 2010, 12, 4184; Cass. pen., Sez. I., 8 marzo 2007, n. 16677, in *Cass. pen.*, 2008, 3, 1049; e Cass. pen., Sez. I, 21 febbraio 2007, n.12466, in *Riv. pen.* 2007, 11, 1120; la bontà di tali orientamenti applicativi viene confermata da D. PULITANÒ, *Legittima difesa. Ragioni della necessità e necessità di ragionevolezza*, cit., 206 ss.

⁵⁸ Tra le altre, v., Cass. pen., Sez. V, 12 dicembre 2019, n. 19065, in *CED Cass. pen.*, 2020; Cass. pen., Sez. III, 10 gennaio 2019, n. 49883, in *Foro it.*, 2021, 3, II, 179; Cass. pen., Sez. I, 20 febbraio 2020, n. 21794, in *Foro it.*, 2021, 3, II, 179;

costituzionale [per l'applicazione dell'istituto continua ad essere] rappresentato dall'esistenza di una condizione di necessità»⁵⁹, in attesa di un auspicabile intervento legislativo, oppure, in subordine, di una chiamata in causa della Corte costituzionale, risulta condivisibile ed auspicabile.

Una interpretazione differente della riforma, fondata esclusivamente sul dato positivo della disposizione, e non osservante della interazione tra questo e l'intero sistema in cui si trova ad operare, seppur in apparenza fedele a tassatività⁶⁰, dal momento che viola le garanzie fondamentali affermate in Costituzione e nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, risulta inaccoglibile in uno Stato di diritto⁶¹.

Cass. pen., Sez. I, 25 giugno 2020, n. 25788, in *DeJure*; Cass. pen., Sez. I, 30 settembre 2020, n. 37427, in *Dir. giust.*, 4.1.2021.

⁵⁹ Legittima difesa: Mattarella promulga e scrive ai presidenti delle camere e al presidente del consiglio, in www.quirinale.it, 26 aprile 2019.

⁶⁰ Sul problema del rischio di «una paradossale, quanto beffarda eterogenesi dei fini», derivante da una interpretazione che, per orientarsi a ragionevolezza, si discosti dal tenore testuale della norma, v., F. CONSULICH, *La riforma della legittima difesa: prove tecniche di diritto senza giustizia*, cit., 19.

⁶¹ Comunicato Aipdp, sia pur con riferimento ad un ddl di poco precedente a quello poi divenuto legge nel 2019, in www.aipdp.it, e in www.questionegiustizia.it, 6 maggio 2017.

RIFLESSIONI ‘A PRIMA LETTURA’ SUL NUOVO DELITTO DI “INOSSERVANZA DELL’OBBLIGO DI ISTRUZIONE DEI MINORI”

EX ART. 570-TER C.P.

FRANCESCO TUCCILLO

ABSTRACT

This paper analyzes the innovations introduced by the recent "Decreto Caivano" with reference to the subject matter of compulsory education of minors. Namely, the analysis focuses on the characteristics and critical issues of the new crime under article 570-ter of the Italian Criminal Code.

SOMMARIO: 1. Breve premessa sul D.L. n. 123 del 2023 – 2. Gli interventi sulle forme di vigilanza sull’adempimento dell’obbligo scolastico – 3. La tutela penale all’inosservanza dell’obbligo di istruzione dei minori – 3.1. Il nuovo delitto ex art. 570-ter c.p. – 4. Osservazioni critiche.

1. A fronte delle più volte annunciate riforme sulla “questione minorile”, il D.L. 15 settembre 2023 n. 123 (conv. con modif. dalla l. 13 novembre 2023, n. 159), cd. “decreto Caivano”, ha introdotto una serie di «Misure urgenti di contrasto al disagio giovanile, alla povertà educativa e alla criminalità minorile, nonché per la sicurezza dei minori in ambito digitale». La terminologia impiegata, unitamente alla forma della decretazione d’urgenza, trova dichiaratamente la sua *ratio essendi* nell’onda emotiva generata da alcuni gravi episodi di violenza sessuale perpetrati su minori nel “parco Verde” di Caivano¹.

In effetti, gli accadimenti in questione ricevono subitanea regolamentazione nel primo dei quattro capi dell’addentellato normativo (quello da cui la legge deriva la sua nomenclatura giornalistica), recante appunto «Interventi infrastrutturali urgenti in favore del Comune di Caivano», finalizzati a «fronteggiare le situazioni di degrado, vulnerabilità sociale e disagio giovanile» presenti nel suindicato territorio. Gli altri tre capi, invece, contengono rispettivamente disposizioni «in materia di misure di prevenzione a tutela della sicurezza pubblica e della sicurezza delle città» (Capo II), «in materia di offerta educativa» (Capo III) e, infine, «per la sicurezza dei minori in ambito digitale» (Capo IV)².

¹ Si v., in particolare, la parte motiva del D.L. n. 123/2023, ove il legislatore rivendica il carattere di straordinaria necessità e urgenza dei neointrodotti «interventi infrastrutturali per fronteggiare situazioni di degrado, vulnerabilità sociale e disagio giovanile nel territorio del comune di Caivano» e delle «disposizioni per il contrasto alla criminalità minorile e all’elusione scolastica, e per la tutela delle minori vittime di reato».

² Una rassegna dell’intero decreto può essere offerta dalla scheda di S. BERNARDI, *Convertito in legge il d.l. “Caivano” in tema di contrasto al disagio e alla criminalità minorili: una panoramica dei numerosi profili d’interesse del penalista*, in *Sist. Pen.*, 15 novembre 2023.

Sin da una osservazione preliminare della novella, non si può non rilevare, per quanto cursoriamente, come essa si limiti a riproporre il canonico schema di intervento penale rapsodico e puntiforme, ispirato ancora una volta alla logica dell'emergenza, piuttosto che a quella di una ragionata riforma di sistema³.

Difatti, rinunciando ad affrontare la problematica avvalendosi dello strumento punitivo soltanto in un'ottica sussidiaria e di *ultima ratio* rispetto ad altre opzioni possibili e ben più indicate (*in primis* di carattere sociale, economico e culturale), il legislatore ha preferito percorrere nuovamente la "rassicurante"⁴ strada del diritto penale dell'eccezione⁵, licenziando un prodotto che veicola, sotto l'etichetta di più incisive forme di contrasto alla criminalità minorile, null'altro che l'ennesima riforma populistica e securitaria⁶ – verosimilmente inefficace (se non addirittura deleteria) per il delicato settore su cui va ad innestarsi.

Segnatamente, tralasciando le disposizioni previste per il solo Comune di Caivano – *ex se* di dubbia conciliabilità con il principio di uguaglianza, oltre che di prospettiva illogicamente ristretta rispetto ad un fenomeno diffuso e non certo contingentato ad una singola realtà geografica⁷ – il «cuore pulsante» del decreto in esame non può che essere costituito dal Capo II, rispetto al quale i successivi assumono una posizione in fin dei conti servente⁸. È proprio l'impatto sul diritto penale *lato sensu* minorile, infatti, a destare più di una perplessità, giacché l'accostamento di finalità securitarie e preventive, unitamente alla scelta della decretazione d'urgenza, appare in chiara distonia rispetto ai

³ In tal senso, non si può non constatare la "perenne" attualità delle osservazioni di S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ediz., Napoli, 2000, *passim*.

⁴ Tratteggia minuziosamente il carattere antinomico del concetto di pena "rassicurante" o "rassicuratoria" F. FORZATI, *La sicurezza fra diritto penale e potere punitivo. Genesi e fenomenologia dell'illecito securitario postmoderno fra involuzioni potestative e regressioni al premoderno*, Napoli, 2020, pp. 92 ss. e 368-369 ss., puntualizzando come la stessa possa «trovare una (possibile) attuazione soltanto sul piano simbolico, quale antidoto ad ansie e insicurezze collettive».

⁵ Per una ricostruzione storica del fenomeno, si rinvia a P. TRONCONE, *La legislazione penale dell'emergenza in Italia. Tecniche normative di incriminazione e politica giudiziaria dallo Stato liberale allo Stato democratico di diritto*, Napoli, 2001, pp. 33 ss.

⁶ Nella vastissima letteratura sulla questione, si rinvia, a titolo non certamente esaustivo, a L. FERRAJOLI, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in *Questione giustizia. Trimestrale promosso da Magistratura democratica*, 1, 2019, 79 ss.; G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2013, pp. 95 ss. e, nel medesimo volume, D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, pp. 123 ss.; G. INSOLERA, *Il populismo penale*, in *disCrimen*, 13 giugno 2019; M. DONINI, *Populismo penale e ruolo del giurista*, in *Sist. pen.*, 7 settembre 2020, Napoli, 2020. Il tema del diritto penale securitario viene invece dettagliatamente affrontato, anche sotto il profilo dell'analisi storico-comparatistico-evolutiva – partendo dalla *securitas* medievale sino ai recenti decreti sicurezza – sempre da F. FORZATI, *La sicurezza fra diritto penale e potere punitivo*, cit., *passim* e, in particolare, pp. 126 ss.

⁷ Lo sottolinea condivisibilmente A. CAVALIERE, *Il c.d. Decreto Caivano: tra securitarismo e simbolicità*, in *PenaleDP*, 4, 2023, p. 543.

⁸ G. PANEBIANCO, *Sicurezza, criminalità minorile e urgenza a fronte del c.d. decreto "Caivano"*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 12, 2023, pp. 1554 ss. Sugli aspetti propriamente processuali, nella medesima collocazione editoriale, cfr. anche F. TRIBISONNA, *Interventi in materia processuale penale: da Caivano alla deriva dei principi del "giusto processo minorile" il passo è breve*, pp. 1568 ss.

principi fondanti detto specifico settore⁹ – da tempo oggetto di attenzioni “sartoriali” da parte della dottrina e della giurisprudenza, e sempre in un’ottica oltremodo costituzionalmente orientata¹⁰.

Per quanto non sia possibile ripercorrere tutti gli interventi normativi e giurisprudenziali in tema, rappresenta ormai un dato incontestato che la genetica del diritto penale dei minori si connota di differenze significative rispetto a quello degli adulti¹¹, sintetizzabili nella consapevolezza che «la personalità in fieri del fanciullo, che lo rende più vulnerabile ma anche maggiormente recuperabile alla società rispetto ad un adulto, richiede all’ordinamento una valorizzazione assolutamente potenziata del principio rieducativo dell’art. 27, co. 3, Cost.», coerente con l’obbligo della Repubblica, costituzionalizzato nell’art. 31, comma 2 Cost., di proteggere «l’infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo»¹².

Ebbene, ci sembra che il rispetto di detti corollari sia stato in qualche modo tradito dal legislatore, il quale, con le disposizioni in tema di “prevenzione e repressione” di cui al Capo II, si è premurato di irrobustire l’arsenale delle misure *ante o praeter delictum*, ricorrendo a tipi di intervento sostanzialmente di polizia, senza però agire in maniera altrettanto vigorosa e convincente sul fronte della prevenzione sociale del fenomeno.

Non v’è chi non veda, del resto, come le nuove forme di D.AC.UR. (acronimo che si riferisce al divieto di accesso alle aree urbane, anche noto come Daspo Urbano)¹³, di prevenzione e di

⁹ G. MARTIELLO, *Gli interventi del c.d. «Decreto-Caivano» sul diritto penale minorile, tra salvaguardia della società dal minore delinquente e tutela del fanciullo dalla società indifferente*, in *L.P.*, 12 febbraio 2024, p. 3.

¹⁰ Per una ricostruzione del sottosistema *de quo*, cfr. G. PANEBIANCO, *Il sistema penale minorile. Imputabilità, pericolosità ed esigenze educative*, Torino, 2012, pp. 1-100. Sul tema, si v. anche M. COVELLI, *Manuale di legislazione penale minorile*, Napoli, 2006, *passim*.

¹¹ Sul rapporto tra diritto all’educazione del minore, obbligo ordinamentale di incentivazione e salvaguardia dello stesso, ed oggetto e funzioni sistematiche della giustizia penale minorile, si rinvia integralmente a C. IASEVOLI, *Diritto all’educazione e processo penale minorile*, Napoli, 2012.

¹² In questi termini, ancora G. MARTIELLO, *Gli interventi del c.d. «Decreto-Caivano» sul diritto penale minorile*, cit., pp. 3 ss., il quale sintetizza il perimetro costituzionale degli interventi in tema di giustizia minorile nei canoni di minima offensività del procedimento, di non vincolatività decisoria del giudice minorile e di *ultima ratio* della compressione della libertà personale del minore.

¹³ La misura, in relazione all’ordine di allontanamento e al divieto di accesso a specifiche aree cittadine (artt. 9 e 10 del cd. decreto Minniti), è stata recentemente salvata dalla Consulta con la sentenza 23 marzo 2024 (dep. 25 marzo 2024), n. 47, chiamata a pronunciarsi sulla sua compatibilità costituzionale con gli artt. 3, 16 e 1117, comma 1 Cost., in relazione all’art. 2, prot. 4 CEDU. In particolare, in relazione all’art. 10 comma 2 del D.l. n. 14/2017, la Corte – come sintetizzato nel comunicato del 25 marzo 2024 – ha sposato una nozione di «sicurezza urbana» più ampia di quella contemplata dall’art. 16 Cost., ed inclusiva anche del mero «decoro urbano». Il termine «sicurezza» deve, cioè, «essere inteso invece nel senso – coerente con la natura di misura di prevenzione atipica dell’istituto e in linea, altresì, con il dettato costituzionale – di garanzia della libertà dei cittadini di svolgere le loro lecite attività al riparo da condotte criminose». Di talché «affinché il divieto di accesso sia legittimamente disposto occorre, quindi, che vi sia un concreto pericolo di commissione di reati: pericolo che, in base alla lettera della norma, deve essere rivelato «dalla condotta tenuta» dal destinatario. Ciò esclude anche l’asserita violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità (art. 3 Cost.), nonché quella della garanzia convenzionale della libertà di circolazione (art. 2 del Protocollo n. 4 alla CEDU), sotto il profilo della carenza di precisione della norma nell’individuazione dei presupposti della misura: carenza non riscontrabile neanche in rapporto alla descrizione delle condotte alla cui reiterazione quest’ultima è annessa». Per quel che concerne l’art. 9 d.l. cit., invece, la Consulta ha parimenti rigettato la q.l.c., specificando come si tratti di «una scelta espressiva dell’ampia discrezionalità spettante al legislatore in materia e non manifestamente irragionevole. La selezione delle condotte cui può conseguire la misura riflette l’intento legislativo di individuare quelle tipologie di comportamenti che, sulla base dell’esperienza, contribuiscono maggiormente a creare un clima di insicurezza nelle aree considerate e che implicano una prolungata e indebita occupazione di spazi nevralgici per la mobilità o comunque interessati da rilevanti flussi di persone. Il legislatore non ha mancato, peraltro, di prendere in considerazione condotte di diverso ordine e di

ammonimento dei minori si avvalgano dell'ormai abusata confusione e sovrapposizione del piano del diritto penale con quello delle misure di prevenzione, limitandosi a fornire una risposta massmediatica ad un problema che non andrebbe certo affrontato con lo strumento penale.

Detto arretramento della soglia degli interventi di polizia, infatti, appare viziato da un duplice equivoco di fondo¹⁴: da un lato, la finalità di prevenzione speciale positiva è un elemento consustanziale alla funzione rieducativa della pena, di talché la contrapposizione tra prevenzione e repressione ben si presta ad utilizzi fuorvianti, sostanziandosi nel mascheramento, sotto l'etichetta dell'anticipazione della tutela per forme di mera disobbedienza alle prescrizioni normative, misure che sono in fin dei conti penali, in quanto afflittive e punitive; dall'altro, la scelta preventiva *de qua* appare alquanto miope nella misura in cui non si premura di intervenire «su una diversa specie di prevenzione – ben più di ampio respiro, inclusiva ed efficace, oltre che non invasiva –: quella primaria, di ordine sociale, economico e culturale»¹⁵.

Simili considerazioni appaiono confortate anche dai dati raccolti dalla onlus Antigone, racchiusi nella recentissima relazione “Prospettive minori. VII Rapporto di Antigone sulla giustizia minorile e gli Istituti penali per minorenni”, pubblicata il 20 febbraio 2024¹⁶.

Rinviando alla lettura di tale rapporto per approfondirne le osservazioni e, soprattutto, i numeri, è possibile concludere questa premessa condividendone il giudizio complessivo sul decreto in esame, le cui disposizioni «stanno avendo e continueranno ad avere effetti distruttivi sul sistema della giustizia minorile, sia in termini di aumento del ricorso alla detenzione che di qualità dei percorsi di recupero per il giovane autore del delitto».

2. Non potendo in questa sede analizzare nel dettaglio tutte le nuove disposizioni di carattere processuale e sostanziale, la nostra attenzione si concentrerà in via esclusiva sul Capo III del decreto – l'unico che, agendo in materia di offerta educativa, presenta un contenuto socialpreventivo davvero riferibile a tutti i minori sul territorio nazionale.

In effetti, dopo norme «a supporto delle istituzioni scolastiche del Mezzogiorno» (art. 10) e dirette al «potenziamento del Piano asili nido» (art. 11), l'art. 12 del decreto Caivano inaugura una serie di interventi volti a porre un freno al fenomeno della dispersione scolastica ed al conseguente

rilievo penale (comprese quelle richiamate dal giudice a quo) ai fini dell'applicazione di altre figure di DASPO urbano, quali quelle previste dagli artt. 13 e 13-bis del decreto Minniti».

¹⁴ A. CAVALIERE, *Il c.d. Decreto Caivano*, cit., p. 545.

¹⁵ *Ibidem*. In particolare, l'A. sottolinea come nel decreto «manchino interventi volti ad assicurare al minorenne la possibilità di crescere in un'abitazione dignitosa e non in un angusto e magari fatiscente 'basso'; a garantire al minorenne sostegni economici sufficienti a permettergli di crescere senza dover lavorare per guadagnare da vivere per sé e per i propri familiari, prima di aver terminato la scuola dell'obbligo; a rendere effettivo il diritto allo studio, a partire dall'autentica gratuità dell'istruzione e dell'accesso a strumenti informatici e telematici di apprendimento e di informazione; ad assicurare al minorenne ed alla sua famiglia il sostegno e l'aiuto dei servizi sociali; a rendere disponibili a tutti i minorenni – specialmente a quelli che non possano permettersi svaghi costosi – spazi pubblici ricreativi e culturali, pure al di fuori del Comune di Caivano...; a permettere a quei minorenni di crescere in quartieri dotati di servizi pubblici adeguati, etc. In luogo di tutto ciò e salvo qualche provvedimento del tutto insufficiente in tema di scuola, al di fuori del solo Comune di Caivano si esalta una visione autoritaria della prevenzione, incentrata sull'intervento anticipato delle forze dell'ordine».

¹⁶ Il documento è disponibile sul sito internet www.antigone.it.

diffondersi della cd. «*povertà educativa*», intesa quale «privazione da parte dei bambini e degli adolescenti della possibilità di apprendere, sperimentare, sviluppare e far fiorire liberamente capacità, talenti e aspirazioni»¹⁷.

La strategia legislativa, esattamente come nel Capo II, si snoda nella duplice direzione della prevenzione e della repressione, sebbene oggetto di tali attenzioni non sia il minore in quanto tale, bensì la necessità che il sistema gli garantisca concretamente e vigili sul rispetto della scuola dell'obbligo. Invero, a previsioni tese al rafforzamento *ex ante* delle prerogative di controllo da parte degli organi scolastici sul rispetto dell'obbligo, si affiancano norme dirette a sanzionare *ex post* le condotte che siano di esso evasive o elusive.

La prima linea di azione si sostanzia nella riscrittura – operata in sede di approvazione della legge di conversione – dell'art. 114 del D.Lgs. n. 279/1994, cd. “Testo Unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado”, che ridetermina un riassetto complessivo delle modalità di esercizio dei poteri di vigilanza dei sindaci e dei dirigenti scolastici sull'obbligo di istruzione dei minori.

In base al novellato art. 114, i sindaci vengono ora onerati della individuazione, mediante accesso all'Anagrafe nazionale dell'istruzione (A.N.I.S.T.)¹⁸, dell'elenco dei minori non in linea con l'obbligo di istruzione decennale di cui all'art. 1, comma 622, l. 27 dicembre 2006, n. 296, con contestuale dovere di ammonire «senza ritardo il responsabile dell'adempimento dell'obbligo medesimo, invitandolo ad ottemperare alla legge» (comma 1).

Nell'attesa che la banca dati telematica sia pienamente operativa – oltre che conforme alla disciplina nazionale ed eurounitaria in tema di protezione dei dati personali¹⁹ – spetterà ai dirigenti scolastici trasmettere al sindaco, entro il mese di ottobre di ogni anno, i dati relativi ai minori destinatari di istruzione obbligatoria, regolarmente iscritti presso le rispettive istituzioni scolastiche (comma 2)²⁰.

¹⁷ G. MARTIELLO, *Gli interventi del c.d. «Decreto-Caivano» sul diritto penale minorile*, cit., p. 29, sottolinea, in tal senso, l'influsso oltremodo positivo delle campagne di sensibilizzazione dell'organizzazione *no profit* “Save the Children”. La definizione in virgolettato è appunto tratta da AA.VV., *La lampada di Aladino. L'indice di Save the Children per misurare la povertà educative e illuminare il futuro dei bambini in Italia*, Roma, 2014, p. 4, reperibile sul sito www.savethechildren.it.

¹⁸ La banca dati è stata istituita dall'art. 62-*quater* del D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82, cd. “Codice dell'Amministrazione Digitale”. Sulle modifiche apportate alla sua disciplina dall'art. 39-*quinquies*, comma 1, del D.L. 31 maggio 2021, n. 77 (conv. con modif. in l. 29 luglio 2021, n. 108), si rinvia al dossier *Governance del PNRR e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*, vol. II, 26 luglio 2021, pp. 89-93, disponibile sul sito internet del Senato.

¹⁹ Il comma 3, in particolare, prevede che «Con decreto di natura non regolamentare del Ministro dell'istruzione e del merito, previa intesa in sede di Conferenza Stato-città ed autonomie locali e sentito il Garante per la protezione dei dati personali, sono definiti, ai fini del comma 2, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, i soggetti cui possono essere comunicati i dati personali, le operazioni di trattamento, le misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti degli interessati, nonché le misure di sicurezza di cui al regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016».

²⁰ Nella vecchia formulazione, il sindaco, ogni anno, prima della riapertura delle scuole, doveva trasmettere ai direttori didattici l'elenco dei fanciulli che per ragioni di età sono soggetti all'obbligo scolastico, con l'indicazione del nome dei genitori o di chi ne fa le veci (comma 1). Iniziato l'anno scolastico, l'elenco degli obbligati veniva quindi confrontato con i registri dei fanciulli iscritti nelle scuole al fine di accertare chi fossero gli inadempienti (comma 2). L'elenco degli inadempienti veniva poi, su richiesta dell'autorità scolastica, affisso nell'albo pretorio per la durata di un mese (comma 3). Trascorso il mese dell'affissione di cui al comma 3, il sindaco provvedeva ad ammonire la persona responsabile

Sempre sul dirigente scolastico grava ora il compito di verificare la frequenza degli alunni soggetti all'obbligo di istruzione, individuando quelli che, nel corso di tre mesi ed anche in maniera non continuativa, sono stati assenti per più di quindici giorni senza giustificati motivi. Pertanto, laddove l'alunno non riprenda la frequenza entro sette giorni dalla comunicazione al responsabile dell'adempimento dell'obbligo di istruzione, il dirigente scolastico sarà chiamato ad avvisare «entro sette giorni il sindaco affinché questi proceda all'ammonizione del responsabile medesimo invitandolo ad ottemperare alla legge. In ogni caso, costituisce elusione dell'obbligo di istruzione la mancata frequenza di almeno un quarto del monte ore annuale personalizzato senza giustificati motivi» (comma 4).

Il sindaco dovrà, quindi, sporgere denuncia *ex art.* 331 c.p.p. tutte le volte che il responsabile dell'adempimento dell'obbligo, previamente ammonito, «non provi di procurare altrimenti l'istruzione degli obbligati o non giustifichi con motivi di salute, o con altri impedimenti gravi, la mancata iscrizione del minore presso una scuola del sistema nazionale di istruzione o non ve lo presenti entro una settimana dall'ammonizione». Parimenti, il sindaco dovrà denunciare tutte le ipotesi di «elusione dell'obbligo di istruzione di cui al comma 4» (comma 5).

Il comma 6, infine, mantiene la formulazione previgente, ribadendo di ritenere giustificate le assenze per le festività religiose di cui alle intese con l'Unione italiana delle Chiese cristiane avventiste del settimo giorno (art. 17, comma 4, l. 22 novembre 1988, n. 516) e con l'Unione delle Comunità ebraiche italiane (art. 4, comma 4, l. 8 marzo 1989, n. 101).

Viene ribadito, inoltre, che le disposizioni del nuovo art. 114 troveranno applicazione nei confronti di «tutti i soggetti responsabili della vigilanza sull'adempimento dell'obbligo di istruzione di cui all'articolo 1, comma 622, della legge 27 dicembre 2006, n. 296» (comma 7).

3. Dopo aver rimodulato le attività di vigilanza da parte di sindaci, dirigenti scolastici e genitori, il legislatore ha deciso di irrobustire la risposta penale nei confronti di coloro che non si attengano a tali disposizioni.

Nel dettaglio, l'art. 12, al comma 1, introduce nel codice penale un nuovo art. 570-*ter*, rubricato “Inosservanza dell'obbligo di istruzione dei minori” ed inserito nel Titolo XI, capo IV, contenente i “Delitti contro l'assistenza familiare”; contestualmente, al comma 3, esso abroga la contravvenzione di cui all'art. 731 c.p., che sanzionava l'“Inosservanza dell'obbligo dell'istruzione elementare dei minori”.

La disciplina viene completata dalla previsione del comma 2, il quale stabilisce come il pubblico ministero, quando acquisisca la *notitia criminis* del reato di cui all'art. 570-*ter* c.p., ne informi senza ritardo il procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni, per le

dell'adempimento, invitandola ad ottemperare alla legge (comma 4). Nell'ipotesi in cui quest'ultima non avesse provato di procurare altrimenti l'istruzione del minore o non avesse giustificato con motivi di salute o con altri impedimenti gravi, la di lui assenza dalla scuola pubblica, ovvero non ve lo avesse presentato entro una settimana dall'ammonizione, ovvero ancora in caso di assenze ingiustificate durante il corso dell'anno scolastico tali da costituire elusione dell'obbligo scolastico, il sindaco era onerato della denuncia obbligatoria *ex art.* 331 c.p.p.

eventuali iniziative di competenza ai sensi dell'art. 336 c.c. a tutela del minore, quali l'allontanamento dalla casa familiare e la decadenza della responsabilità genitoriale.

I commi 4 e 4-*bis* del medesimo art. 12, infine, agiscono sulle misure per l'inclusione sociale e l'accesso al mondo del lavoro di cui al D.L. 4 maggio n. 48 (conv. con modif. in l. 3 luglio 2023, n. 85), allargando il novero dei casi di esclusione e sospensione del diritto all'assegno di inclusione, la quale scatterà anche in seguito a condanna definitiva o alla sentenza definitiva di patteggiamento (in espressa deroga all'art. 445, comma 1-*bis* c.p.p.²¹) per il delitto di inosservanza dell'obbligo di istruzione dei minori e fino alla ripresa della regolare frequenza scolastica del minore, documentata con certificazione rilasciata dal dirigente scolastico o, in mancanza, per un periodo di due anni.

Prima di analizzare nel dettaglio la novella, appare opportuno ripercorrere brevemente il quadro normativo previgente, rispetto al quale il decreto Caivano compie un innegabile passo in avanti in termini di attualizzazione – sebbene, come si vedrà, in maniera assai poco condivisibile sul fronte del metodo.

Va chiarito subito, infatti, come non si possa non valutare positivamente il pensionamento della vecchia contravvenzione di cui all'art. 731 c.p., collocato tra le “Contravvenzioni concernenti l'attività sociale della pubblica amministrazione” di cui al libro III, Titolo II del codice penale, che puniva, con la pena dell'«ammenda fino a 30 euro»²², la condotta di «chiunque, rivestito di autorità o incaricato della vigilanza sopra un minore, omette, senza giusto motivo, d'impartirgli o fargli impartire l'istruzione elementare».

Si trattava, a ben vedere, di una disposizione da tempo tacciata di anacronismo con la legislazione in materia²³, in quanto limitata a sanzionare il responsabile del minore che si fosse reso inottemperante della di lui «istruzione elementare» (quinquennale all'epoca dell'entrata in vigore del codice), lasciando però fuori dal perimetro dell'intervento penale le analoghe condotte riferite all'istruzione obbligatoria costituzionalizzata nell'art. 34 comma 2 («L'istruzione inferiore, impartita per almeno otto anni, è obbligatoria e gratuita») ed ulteriormente innalzata dagli interventi legislativi degli ultimi venti anni, ricomprendendo oggi anche la frequenza dei primi due anni della scuola secondaria superiore²⁴.

²¹ La norma prevede che, se non sono applicate pene accessorie, non producono effetto le disposizioni di legge, diverse da quelle penali, che equiparano la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti alla sentenza di condanna.

²² Tra l'altro, l'art. 26 c.p. individua in «euro 20» l'ammontare minimo della pena dell'ammenda, con l'effetto: da un lato, che la dosimetria sanzionatoria avrebbe potuto spaziare entro un ventaglio di soli dieci euro; dall'altro, che la pena edittale minima, su cui applicare l'eventuale riduzione per le attenuanti generiche, era appunto quella di venti euro. In quest'ultimo senso, cfr. Cass. pen, sez. III., 20 gennaio 2012 (dep. 14 marzo 2012), n. 9892.

²³ Per l'analisi di tutte le critiche rivolte alla norma, si v. M. MIEDICO, sub *Art. 731 c.p.*, in (diretto da) E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Codice penale commentato*, IV, Milano, 2021, pp. 424 ss. Ricostruisce esaustivamente il dibattito attorno all'art. 731 c.p. anche C. PAONESSA, *Vincoli costituzionali e tutela penale: l'occasione di fare il punto, a partire da alcune recenti vicende giurisprudenziali*, in *L.P.*, 16 marzo 2021, pp. 1 e ss. e, in particolare, pp. 7 ss.

²⁴ In effetti, già con la legge 28 marzo 2003, n. 53, la frequenza della scuola obbligatoria era stata estesa a dodici anni, poi ridotti a dieci dalla legge finanziaria del 2007, n. 296 del 27 dicembre 2006, portando così la fascia di età in cui vige tale obbligo all'attuale arco decennale, dai sei ai sedici anni. A ciò si aggiunga, inoltre, che la previsione sanzionatoria che estendeva l'inadempimento degli obblighi di istruzione presso la scuola media inferiore (cioè l'art. 8 della legge 31 dicembre 1962, n. 1859, recante «*Istituzione e ordinamento della scuola media statale*») era stata abrogata ad opera dell'art. 1 del decreto legislativo 13 dicembre 2010, n. 212, determinando il descritto disallineamento finale tra la durata del periodo di istruzione obbligatoria ed il relativo presidio sanzionatorio dell'art. 731 c.p. Di conseguenza, dalla scuola

Allo stesso tempo, la dottrina rimarcava a gran voce il carattere risibile e velleitario del trattamento sanzionatorio (il reato era estinguibile pagando la risibile somma di euro 10 a titolo di oblazione), oltre alla sua inadeguatezza a salvaguardare i due beni giuridici protetti²⁵: da un lato, il diritto soggettivo del minore a ricevere un'adeguata istruzione; dall'altro, l'interesse statale all'istruzione dei minori «intesa come assolvimento di un dovere di solidarietà economico-sociale che trova la sua fonte nel dettato costituzionale (artt. 30 e 34 Cost.)»²⁶.

Da tutto ciò, derivavano veementi dubbi di costituzionalità della contravvenzione, tacciata di dar vita ad una ingiustificata discriminazione tra l'obbligo dei genitori di istruire i figli sino alla scuola elementare e l'analogo obbligo sino ai primi due anni della scuola superiore. Censure, tuttavia, che la Consulta ha sempre ritenuto non accoglibili, alla luce delle condivisibili ripercussioni *in malam partem* che avrebbe generato l'estensione in via additiva dell'art. 731 c.p. a presupposti extrapenali incompatibili con il suo tenore letterale, per quanto vetusto esso fosse²⁷.

Ben venga, quindi, l'intervento adoperato dal decreto Caivano, che finalmente consente l'invocato riallineamento tra la disciplina penale e quella di settore.

Sempre in tal senso, la scelta di inserire topograficamente l'istituto all'interno dei "Delitti contro l'assistenza familiare" consente di stabilizzare la sua collocazione nel quadro costituzionale delle fattispecie a tutela della famiglia e, soprattutto, il diritto costituzionale del fanciullo a ricevere una istruzione²⁸.

Se una simile ricostruzione può fornire nuova linfa al tradizionale dibattito sulla natura plurioffensiva della fattispecie a presidio dell'obbligo di istruzione del minore, appare comunque evidente come essa presenti l'innegabile vantaggio di «mettere al riparo da improvvise iniziative giudiziarie tese a contestare allo stesso minore una responsabilità concorsuale», dal momento che l'attuale durata decennale dell'obbligo di istruzione non preclude il coinvolgimento di fanciulli di età superiore a quella fissata dall'art. 97 Cost. per la non imputabilità cd. assoluta²⁹.

media inferiore in poi alcuna censura penale poteva essere avanzata nei confronti del genitore che si fosse disinteressato dell'obbligo di istruzione del figlio. Nell'ambito della ormai pacifica giurisprudenza sul punto, cfr. *ex plurimis* Cass. pen., sez. III, 3 luglio 2020 (dep. 3 agosto 2020), n. 23488 e Cass. pen., sez. III, 19 giugno 2018 (dep. 20 novembre 2018), n. 52140.

²⁵ In un primo momento, la giurisprudenza riteneva che la norma tutelasse solo l'interesse dello Stato all'ottemperanza dell'obbligo scolastico (cfr. sul punto Cass. pen., sez. III, 6 aprile 1988). Successivamente, a partire da Cass. pen., sez. III, 23 marzo 2004, n. 13978, ci si è invece attestati sulla natura plurioffensiva della fattispecie. Sul punto, si v. da ultimo Cass. pen., sez. III, 18 febbraio 2021 (dep. 11 maggio 2021), n. 18144. L'evoluzione giurisprudenziale del dibattito viene esaustivamente ripercorsa da R. BORSARI, sub *Art. 731 c.p.*, in (a cura di) G. FORTI – P. PATRONO – G. ZUCCALÀ, *Codice penale e leggi collegate. Commento giurisprudenziale sistematico*, Milano, 2014, p. 3237.

²⁶ Così O. MAZZA, *Significato della locuzione "senza giusto motivo" nell'incriminazione dell'inosservanza dell'obbligo di istruzione elementare dei minori*, in *Giur. cost.*, 1976, p. 616.

²⁷ È questo, in sintesi, il ragionamento seguito da Corte cost., ord. 23 settembre 2020 (dep. 20 ottobre 2020), n. 219, con nota di G. LEO, *Una questione manifestamente inammissibile sul presidio penale dell'obbligo di impartire l'istruzione ai minori*, in *Sist. Pen.*, 26 ottobre 2020, nonché dalla più recente Corte cost., ord. 12 gennaio 2022 (dep. 1° febbraio 2022), n. 29.

²⁸ In tal senso, P. PITTARO, voce *Minori (inosservanza dell'obbligo di istruzione e di avviamento al lavoro)*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 2.

²⁹ L'osservazione è di G. MARTIELLO, *Gli interventi del c.d. «Decreto-Caivano» sul diritto penale minorile*, cit., p. 34.

3.1. Il giudizio di massima sulla modernizzazione normativa, effettuata dagli interventi di recente conio, risulta tutto sommato positivo. Ciononostante, come si avrà modo di argomentare, non possono tacersi alcune osservazioni critiche sulla tenuta costituzionale degli stessi.

Procedendo con ordine, la neointrodotta fattispecie si articola in due commi, che positivizzano altrettante autonome figure di reato proprio.

Per entrambe, infatti, il soggetto agente viene individuato nel «responsabile dell'adempimento dell'obbligo di istruzione» – e, cioè, nei genitori dell'obligato o di chiunque ne faccia a qualsiasi titolo le veci³⁰ – che, preventivamente ammonito ai sensi del rivoluzionato art. 114 del Testo Unico sull'istruzione, abbia determinato la violazione integrale o l'elusione dell'obbligo di istruzione del minore.

Il primo comma, invero, punisce con la pena della reclusione fino a due anni la condotta del responsabile che «non prova di procurare altrimenti l'istruzione del minore o non giustifica con motivi di salute, o con altri impedimenti gravi, la mancata iscrizione del minore presso una scuola del sistema nazionale di istruzione, o non ve lo presenta entro una settimana dall'ammonizione»; il secondo, invece, sanziona con la pena della reclusione fino a un anno la condotta del responsabile che «ammonito (...) per assenze ingiustificate del minore durante il corso dell'anno scolastico tali da costituire elusione dell'obbligo di istruzione, non prova di procurare altrimenti l'istruzione del minore o non giustifica con motivi di salute, o con altri impedimenti gravi, l'assenza del minore dalla scuola, o non ve lo presenta entro una settimana dall'ammonizione».

Entrambe le ipotesi paiono strutturate come norme a più fattispecie alternative, nel senso che la compresenza di una o più delle condotte da ciascuno tipizzate darà sempre vita ad un unico reato – rispettivamente, quello di violazione o di elusione dell'obbligo scolastico. Allo stesso modo, considerando che la fattispecie di cui al comma 2 presuppone pur sempre la regolare iscrizione del minore presso un istituto del sistema nazionale, se ne desume che i due delitti non possano naturalisticamente concorrere tra loro, giacché il più grave reato di cui al comma 1 contempla ipotesi di totale sottrazione del minore alla scuola dell'obbligo.

Contrariamente alla vecchia contravvenzione, per la quale era indifferente il carattere colposo o doloso della condotta del soggetto agente³¹, il carattere di delitto doloso del nuovo art. 570-ter c.p. rende non praticabile una sua estinzione per oblazione.

Sul fronte dell'elemento psicologico, quantomeno in relazione all'elusione di cui al comma 2, sembrerebbe ammissibile anche la sua configurabilità a titolo di dolo eventuale, circostanza che consentirebbe di colmare – pur con le opportune differenze – il vuoto lasciato dalla depenalizzazione delle ipotesi colpose, prima punite (sebbene, come detto, irrisoriamente) a titolo contravvenzionale. Detto altrimenti, appare verosimile che l'interpretazione giurisprudenziale tenterà comunque di includere nel perimetro della fattispecie quei casi di mero disinteresse e trascuratezza da parte dei

³⁰ Art. 113, D. Lgs. 16 aprile 1004, n. 297, e art. 5, comma 1, D. Lgs. 15 aprile 2005, n. 76.

³¹ Cfr. Cass. pen., sez. III, 5 luglio 2007 (dep. 4 settembre 2007), n. 33847, ove si chiarisce come, ai fini della prova della colpa nell'ambito del vecchio art. 731 c.p., sia sufficiente che il genitore abbia ommesso, senza giustificato motivo, di adempiere il proprio dovere di sorveglianza e di vigilanza sul minore, nonché di assicurarsi che questi si rechi a scuola per ricevere l'istruzione.

genitori, qualificabili come una forma di consapevole adesione mentale alla evenienza che il minore, in assenza di un controllo “severo” da parte degli stessi, comunque decida di continuare a marinare la scuola.

Per quel che concerne, di contro, la violazione di cui al primo comma, considerando che l’iscrizione al sistema scolastico è e resta una prerogativa assoluta del genitore o di chi ne faccia le veci, e considerando che essa costituisce un obbligo vieppiù risaputo in ogni realtà sociale, finanche in quelle più degradate, pare difficile ipotizzare una forma di dolo differente da quello intenzionale.

Muovendo proprio dalla conoscibilità dell’obbligo di adoperarsi per garantire l’istruzione al minore, entrambe le fattispecie paiono annoverabili tra i reati omissivi propri cd. “a situazione tipica pregnante”, con ciò intendendo quella categoria di fattispecie omissive «costruite intorno a presupposti fattuali particolarmente ‘densi’ e ‘significativi’, alla cui sussistenza i consociati associano agevolmente – spontaneamente, potremmo dire – l’insorgenza di doveri etico-sociali di agire»³². La notorietà a qualsiasi livello sociale di simili doveri rende, appunto, agevole per il genitore la individuazione della fonte extrapenale dell’obbligo di agire – nel caso di specie, iscrivendo il minore a scuola, giustificandone la mancata iscrizione o l’assenza e presentandovelo dopo regolare ammonimento in un senso o nell’altro.

Coerentemente, diversi dubbi insistono sulla configurabilità del tentativo, in quanto le condotte omissive proprie, strutturandosi in atteggiamenti di tipo negativo e “a termine”, sarebbero geneticamente inconciliabili con i requisiti di idoneità e non equivocità richiesti dall’art. 56 c.p. per l’arretramento della soglia della penale rilevanza³³.

Per quel che concerne, infine, i rapporti intertemporali tra il vecchio art. 731 e il nuovo art. 570-ter, valutando le innegabili differenze terminologiche e giuridiche tra le due fattispecie, non sembra ipotizzabile una continuità normativa per le condotte di inosservanza dell’obbligo di istruzione del minore iscritto alle scuole elementari – unico arco temporale teoricamente sovrapponibile. Nessun dubbio può insistere, invece, sul carattere irretroattivo delle omissioni afferenti a minori iscritti alla scuola media ed ai primi due anni di quella superiore, la cui incriminazione potrà valere solo *pro futuro*.

³² È questa la definizione che ne dà F. BASILE, *Note sul dolo nei reati omissivi propri, con particolare riguardo al reato di omissione di soccorso*, in D.P.C., 2, 2014, p. 111, contrapponendoli ai reati omissivi c.d. “a situazione tipica neutra”, ovvero a quelle fattispecie di pura creazione legislativa alle quali non preesiste un disvalore socialmente percepibile o diffuso. Su tale distinzione, si v. anche A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, Padova, 1988, pp. 948 ss.

³³ La dottrina tradizionale e la prevalente giurisprudenza, com’è noto, escludono la configurabilità del tentativo nei delitti omissivi propri, sostenendo che, finché non è scaduto il termine per adempiere, il soggetto può sempre provvedere in tal senso, mentre, se il termine è già decorso, il delitto deve considerarsi come perfetto. In tal senso: in dottrina, cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2017, pp. 447-448 e G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2020, p. 534; in giurisprudenza, si v. *ex plurimis* Cass. pen., sez. III, 14 febbraio 2019 (dep. 28 marzo 2019), n. 13610. Tale posizione è stata recentemente messa in discussione da parte autorevole della dottrina, tra cui G. FIANDACA, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, p. 671, sostenendo che «ove il termine per adempiere non sia decorso, ci si troverà di fronte ad un’ipotesi di tentativo tutte le volte in cui un soggetto obbligato precostituisca una situazione tale da rendere impossibile l’inottemperanza della pretesa normativa».

4. La tecnica normativa adoperata dal legislatore non appare convincente.

In prima battuta, tralasciando il ricorso *all'escamotage del* rinvio alla normativa amministrativa richiamata dalla disposizione penale – senz'altro deprecabile sul piano della istantanea percepibilità di concetti come quello di «responsabile dell'adempimento dell'obbligo scolastico», di «elusione dell'obbligo scolastico» e di ammonimento ai sensi del novellato art. 114 del D.Lgs. n. 279/1994 – va criticata la scelta di impiegare espressioni linguistiche evanescenti e indeterminate, quali il riferimento agli «altri impedimenti gravi» o al «procurare altrimenti» l'istruzione del minore, che, necessitando di ovvi “riempimenti” giurisprudenziali, produrranno una verosimile incertezza applicativa³⁴.

La principale censura alla nuova fattispecie, tuttavia, attiene proprio alla condotta tipizzata.

Più precisamente, con buona pace dell'ipotesi della non iscrizione/presentazione a scuola del minore «entro una settimana dall'ammonizione» – di certo “drastica”, ma tutto sommato condivisibile in un'ottica politico-criminale ed accettabile sul piano della formulazione testuale – le altre condotte omissive non criminalizzano la sottrazione consapevole del minore al sistema scolastico da parte del responsabile dell'obbligo, bensì, *expressis verbis*, la mancata prova e la mancata giustificazione «con motivi di salute, o con altri impedimenti gravi» della non iscrizione del fanciullo ad un istituto scolastico o della sua assenza dalle lezioni.

In altri termini, il delitto in commento istituzionalizza un meccanismo di accertamento tipicamente presuntivo, determinando a carico del responsabile dell'adempimento *ex art.* 114 D.Lgs. n. 279/1994 una inversione dell'onere della prova del tutto originale nel campo dei delitti a presidio della famiglia e certamente non in linea con la presunzione costituzionale di non colpevolezza e con il diritto di difesa³⁵.

Detta tecnica non rappresenta una novità nel panorama penalistico e parapolizistico nostrano, essendo già stata impiegata nel campo delle misure di prevenzione patrimoniali³⁶, del diritto penale

³⁴ G. MARTIELLO, *Gli interventi del c.d. «Decreto-Caivano»*, cit., p. 34.

³⁵ A. CAVALIERE, *Il c.d. Decreto Caivano*, cit., p. 556. Sul punto, si v. anche A. MASSARO, *La risposta “punitiva” a disagio giovanile, povertà educativa e criminalità minorile: profili penalistici del c.d. decreto Caivano*, in *Proc. pen. e giust.*, fasc. 2, 2024, p. 4, la quale, pur prendendo atto del fatto che «la costruzione della fattispecie risponde a una tecnica legislativa peculiare e, per molti aspetti, discutibile», ritiene ottimisticamente che «gli ampi poteri attribuiti al giudice nel processo penale» possano ridimensionare «il rischio di un'inversione probatoria che gravi unicamente sull'imputato».

³⁶ Si pensi alle forme di confisca di prevenzione *ex art.* 24, D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159, cd. Codice Antimafia, che colpisce i beni sequestrati «di cui la persona nei cui confronti è instaurato il procedimento non riesca a giustificare la legittima provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito (...)». L'elaborazione giurisprudenziale successiva a Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), n. 4880, *Spinelli*, ha appunto chiarito come, ai fini dell'*onus probandi*, sia sufficiente l'allegazione di fatti, situazioni o eventi, che ragionevolmente e plausibilmente indichino la lecita provenienza dei beni oggetto di misura di prevenzione patrimoniale, e che siano dimostrabili giudizialmente. Sul tema, si condividono, tuttavia, le osservazioni di S. FURFARO, *La prova nel processo di prevenzione: lineamenti*, in *Arch. pen.*, 1, 2022, pp. 8-9, il quale rileva come tale onere di allegazione, in capo al proposto o al terzo interessato, di circostanze idonee ad elidere gli elementi accusatori non risulta contemperato dal correlativo obbligo del giudice di acquisire quanto allegato, di modo da evitare che «nel concreto, la sottile diversità che intercorre tra onere di allegazione e onere della prova non si risolva in altro che nel mascherare l'essenza del vero problema, costituito dal criterio di ripartizione dell'onere probatorio e dagli obblighi che incombono al giudice in ordine a ciò che si allega. Se, infatti, l'onere di allegazione si sostanzia nell'onere a carico della parte di attivarsi per introdurre nel processo i mezzi di prova utili a dimostrare un determinato fatto a sé favorevole, esso null'altro è che un onere di indicazione, per cui, nonostante sul piano meramente concettuale esso si possa distinguere dall'onere della prova vero e proprio, di fatto, tale onere probatorio

fallimentare³⁷ e, per certi versi, in quello della responsabilità degli enti *ex* D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231³⁸.

Tuttavia, la traslazione sul soggetto agente della prova liberatoria nell'ambito di un delitto contro l'assistenza familiare appare un'opzione politico-criminale originalmente distonica anche rispetto ai principi di proporzionalità e di ragionevolezza³⁹.

Non si vuole in alcun modo sottacere la gravità sociale del fenomeno della dispersione scolastica, che «pregiudica, con l'istruzione, lo stesso sviluppo della personalità del minorenne in condizioni di libertà ed eguaglianza e le sue possibilità di partecipazione alla vita del Paese»⁴⁰.

Ciononostante, la dosimetria sanzionatoria del nuovo delitto *ex* art. 570-ter c.p. ed il suo incasellamento sistematico nel codice penale non appaiono coerenti con i medesimi presupposti delle

sostanzialmente presuppone, sicché, rispetto al criterio di ripartizione della prova, la parte sulla quale l'onere grava subisce comunque gli effetti pregiudizievoli della mancata dimostrazione del fatto che intende provare. All'onere di indicazione, quindi, deve, per necessità di cose, far da contraltare l'obbligo del giudice di acquisire la prova – salvi i consueti limiti di ammissibilità – in quanto proprio in ciò si estrinseca quel diritto alla prova (ovvero il diritto di difendersi provando) che si esprime, appunto, con il diritto di allegare quanto si intende provare (...). Per una ricostruzione dell'intero dibattito, cfr. anche R. MAGI, *Il sequestro e la confisca di prevenzione*, in (a cura di) T. EPIDENDIO – G. VARRASO, *Codice delle confische*, Milano, 2018, pp. 1073 e ss. e, in particolare, pp. 1098-1108.

³⁷ In tema di bancarotta fraudolenta per distrazione *ex* art. 216, l. fall. (oggi art. 322 Codice della Crisi d'Impresa e dell'insolvenza), costituisce un indirizzo costante nella giurisprudenza di legittimità – confermato recentemente da Cass., V sez. pen., 26 ottobre 2023 (dep. 2 febbraio 2024), n. 4816 – quello per cui sia il fallito a dover dimostrare quale destinazione abbiano avuto i beni entrati a fare parte del patrimonio dell'impresa e non rinvenuti al momento della dichiarazione di fallimento. Si v. anche Cass. pen., sez. V, 11 marzo 2019 (dep. 8 aprile 2019), n. 15280, in cui si afferma che l'onere della prova a carico del legale rappresentante si fonda sulla posizione di garanzia dal medesimo rivestita in relazione ai creditori sociali ed alla tutela delle loro ragioni, sicché, stante tale posizione di garanzia, l'amministratore della società deve fornire la prova sulla concreta destinazione avuta dai beni sociali e del loro ricavato, potendosi, in difetto, desumere ragionevolmente che dette risorse siano state sottratte alla garanzia dei creditori. In dottrina, cfr. N. MAZZACUA – E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2018, p. 189, secondo cui detto orientamento, finendo per costringere l'imprenditore indagato ad evidenziare gli elementi a propria discolta, dà luogo ad una vera e propria *probatio diabolica*, specialmente in relazione a beni già fuoriusciti dal patrimonio dell'impresa.

³⁸ L'art. 6, comma 1, del decreto, in particolare, dispone la non punibilità dell'ente che fornisca la prova liberatoria in ordine: all'adozione di un modello di organizzazione e gestione in grado di prevenire reati del tenore di quello realizzato; all'affidamento ad un organismo di vigilanza di poteri di iniziativa e controllo; alla realizzazione del reato da parte di individui che abbiano fraudolentemente eluso il modello di organizzazione e gestione; alla tempestiva ed esaustiva attività di vigilanza da parte dell'organismo. Sul punto, si v. le osservazioni critiche di F.R. DINACCI, *La dimensione probatoria e del diritto al silenzio nella disciplina della responsabilità da reato degli enti. Verso letture "osservanti" dei principi*, in *Arch. pen.*, 1, 2022, p. 10, a dire del quale «la semplice analisi del tenore lessicale della disposizione evoca un onere a carico dell'indagato/imputato», nonché di L. TAVASSI, *L'onere della prova nel processo penale*, Padova, 2020, p. 252, secondo cui la presunzione di non colpevolezza «rappresenta una garanzia indefettibile di sistema, anche quando sia una persona giuridica, una società o un'associazione». In verità, la giurisprudenza – sin da Cass. pen., Sez. Un., 18 settembre 2014, n. 38343, *Espenhahn*, nonché, da ultimo, con Cass. pen., sez. VI, 11 novembre 2021 (dep. 15 giugno 2022), n. 23401, *Impregilo*, con nota di C. PIERGALLINI, *Una sentenza "modello" della Cassazione pone fine all'estenuante vicenda "Impregilo"*, in *Sist. Pen.*, 27 giugno 2022, pp. 1 ss. – ha chiarito come non sia rinvenibile alcuna inversione dell'onere della prova nella disciplina che regola la responsabilità da reato dell'ente, gravando comunque sull'accusa la dimostrazione della commissione del reato da parte di persona che rivesta una delle qualità di cui all'art. 5 del D.Lgs. n. 231/2001, e la carente regolamentazione interna dell'ente, che ha ampia facoltà di offrire prova liberatoria. In tal senso, quindi, attraverso una lettura dell'art. 6, comma 1, D.Lgs. cit., coerente con i commi 1 e 2 dell'art. 27 Cost., la carenza organizzativa non viene a qualificarsi come un fatto impeditivo, bensì come un elemento costitutivo stesso dell'illecito dell'ente, la cui dimostrazione resterà a carico della pubblica accusa, prescindendo dalla collocazione gerarchica dell'autore materiale del reato all'interno dell'azienda.

³⁹ Per una ricostruzione dei suddetti principi in un'ottica costituzionalmente orientata, cfr. N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020, *passim*.

⁴⁰ A. CAVALIERE, *op. cit.*

ipotesi di attivazione dei suddetti meccanismi presuntivi – soprattutto considerando che il nuovo delitto presenta cornici edittali passibili di sospensione condizionale della pena e di pene sostitutive, e comunque di entità tale da determinarne una verosimilmente scarsa effettività esecutiva.

All'opposto, la presunzione costituzionale d'innocenza impone che sia il Pubblico Ministero a dover provare l'assenza delle condotte giustificative, trattandosi di requisiti di tipicità del fatto e non di cause di esclusione dell'antigiuridicità o di ipotesi *lato sensu* esimenti – il cui onere allegativo è, invece, tendenzialmente posto a carico dell'imputato⁴¹.

La positivizzazione di simile scorciatoia probatoria sembra, dunque, ingiustificabile se non in chiave simbolica, avanzandosi fortissime riserve sulla sua legittimità costituzionale – specie alla luce delle precisazioni offerte dalla recente sentenza del 20 febbraio 2024 (dep. 22 marzo 2024), n. 46 della Corte costituzionale, in tema di bilanciamento tra le scelte punitive del legislatore e il sacrificio dei beni giuridici da queste limitati⁴².

Ma vi è di più.

Gli effetti maggiormente repressivi della riforma, invero, non vanno individuati tanto nella trasformazione dell'illecito in delitto doloso o nelle nuove cornici edittali detentive, bensì nelle disposizioni accessorie rispetto all'opzione di diritto sostanziale, che assumono rispetto ad essa un carattere tutt'altro che secondario.

Segnatamente, la statuizione secondo cui, alla condanna o alla sentenza definitiva di patteggiamento per il delitto di inosservanza dell'obbligo di istruzione dei minori conseguirà *ex lege* la sospensione del beneficio economico dell'assegno di inclusione «fino alla ripresa della regolare frequenza scolastica del minore, documentata con certificazione rilasciata dal dirigente scolastico ovvero, in mancanza, per un periodo di due anni», produrrà un effetto oltremodo deleterio sul sostrato della violazione stessa dell'obbligo, quale una previgente situazione di disagio economico, sociale e culturale della famiglia di cui il fanciullo è parte.

In altri termini, se lo scopo di detta misura assistenziale è tuttora quello di contrastare la povertà, la fragilità e l'esclusione sociale delle fasce deboli, attraverso percorsi di inserimento sociale, nonché di formazione, di lavoro e di politica attiva del lavoro, allora la privazione automatica della stessa – conseguente alla realizzazione di un reato che denota *ex se* una situazione di degrado sociale – andrà draconianamente a colpire, prima ancora che il responsabile dell'adempimento-autore del reato, l'intero nucleo familiare.

Il rischio, in definitiva, è che possano derivarne esiti inimmaginabilmente pregiudizievole – se non criminogeni – nei confronti di soggetti diversi dall'agente, quali il minore e gli eventuali

⁴¹ Cfr. Cass. pen, sez. IV, 12 dicembre 2018 (dep. 19 marzo 2019), n. 12099.

⁴² Nel par. 3.1. della motivazione in diritto, la Consulta, ribadita «l'ampia discrezionalità del legislatore nella definizione della propria politica criminale», puntualizza come essa «non equivale ad arbitrio», in quanto «qualsiasi legge dalla quale discendano compressioni dei diritti fondamentali della persona deve potersi razionalmente giustificare in relazione a una o più finalità legittime perseguite dal legislatore». Conseguentemente, «i mezzi prescelti dal legislatore non devono risultare manifestamente sproporzionati rispetto a quelle pur legittime finalità», dovendo la Consulta vigilare con particolare rigore sul rispetto di tali limiti nel campo delle leggi penali, che «sono sempre suscettibili di incidere, oltre che su vari altri diritti fondamentali, sulla libertà personale dei loro destinatari».

ulteriori membri della famiglia, acuendone il disagio sociale complessivo e, conseguentemente, la dispersione scolastica.

Se a siffatta previsione sommiamo l'obbligo del P.M., in caso di notizia del nuovo reato, di informare senza ritardo il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni per valutare l'adozione di misure quali l'allontanamento dalla casa familiare e la decadenza della responsabilità genitoriale, allora il quadro complessivo della novella sembra paradossalmente portare ad un peggioramento della qualità di vita sociale ed istruttiva del minore, inconciliabile con le prerogative solidaristiche ed egalarie tutelate dagli artt. 2, 3, comma 2, 31, commi 1 e 2, e 34 Cost.

BREVI NOTE A MARGINE DELLA NUOVA CAUSA DI ESTINZIONE DELLE CONTRAVVENZIONI ALIMENTARI

SERENA UCCI

ABSTRACT

The document offers a quick overview of the new cause for the extinction of contraventions recently introduced by the so-called Cartabia reform in articles 12ter of law no. 283 of 1962 which raises various interpretative doubts

SOMMARIO: 1. Premessa: i principi della legge delega. – 2. La *ratio* politico criminale sottesa alla nuova causa estintiva delle contravvenzioni alimentari. – 3. L'ambito di applicazione dell'istituto. – 3.1. *I dubbi interpretativi sul concetto di “danno o pericolo suscettibile di elisione mediante condotte ripristinatorie o risarcitorie”*. – 4. L'iter procedimentale di applicazione della misura. – 4.1. *La verifica dell'adempimento delle prescrizioni imposte*. – 4.2. *L'alternativa dello svolgimento dei lavori di pubblica utilità*. – 4.3 *L'adempimento tardivo o irrituale*. – 5. La disciplina transitoria. – 6. – La mancata estensione dei profili innovativi dell'istituto ai settori affini. Rilievi conclusivi.

1. Nell'ambito della disciplina sanzionatoria delle contravvenzioni l'art. 1, co. 23, della legge 27 settembre 2021, n. 134, fissava come principi e criteri direttivi quelli di «a) prevedere una causa di estinzione delle contravvenzioni destinata a operare nella fase delle indagini preliminari per effetto del tempestivo adempimento di apposite prescrizioni impartite dall'organo accertatore e del pagamento di una somma di denaro determinata in una frazione del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione commessa [...]», nonché di «b) individuare le contravvenzioni per le quali consentire l'accesso alla causa di estinzione di cui alla lettera a) tra quelle suscettibili di elisione del danno o del pericolo mediante condotte ripristinatorie o risarcitorie, salvo che concorrano con delitti; [...]»¹.

I suddetti principi e criteri di delega contenevano l'indicazione di un preciso modello di riferimento a cui rifarsi nelle procedure di tipo prescrittivo-ingiunzionale² già, tra l'altro,

¹ Cfr. Legge 27 settembre 2021, n. 134: “Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari”, pubblicata in G.U. n. 237 del 04 ottobre 2021. In merito ad un approfondimento sulle finalità politico criminali della riforma si rinvia a M. DONINI, *Efficienza e principi della legge Cartabia. Il legislatore a scuola di realismo e cultura della discrezionalità*, in *Pol. dir.*, 2021, 590 ss.

² Testualmente, I. GIUGNI, *Procedura estintiva delle contravvenzioni antinfortunistiche: verso una questione di costituzionalità all'indomani della c.d. riforma Cartabia?*, in *Sistema penale*, 6 giugno 2023, 2.

efficacemente sperimentato nella legislazione complementare³. Inoltre, veniva fissato quale parametro applicativo del nuovo istituto, la natura contravvenzionale e riparabile dell'illecito, senza individuare, tuttavia, il settore della parte speciale in cui impiegare la causa estintiva⁴.

Pertanto, il legislatore delegato, sulla scorta degli obiettivi posti alla base della nuova procedura estintiva -«evitare la celebrazione del processo favorendo l'archiviazione del reato durante le indagini da parte del pubblico ministero» e «assicurare al contempo una efficace tutela al bene giuridico tutelato, grazie alla leva ripristinatoria/risarcitoria sulla quale si basa il meccanismo estintivo del reato»⁵-, ha scelto la sicurezza alimentare quale settore cui destinare il nuovo istituto di definizione anticipata delle contravvenzioni, attesa la necessità di individuare «*circoscritti ambiti di materia, (...) che si caratterizzano per un significativo impatto sull'attività giudiziaria, essendo di frequente contestazione*»⁶. Nell'operare tale valutazione il legislatore delegato ha tenuto in debito conto l'esistenza, a livello normativo e di prassi, di autorità amministrative di vigilanza e di corpi di polizia o dei Carabinieri (come i N.A.S.) specializzati nell'accertamento di reati in quegli ambiti⁷.

2. In attuazione del criterio direttivo, con l'art. 70 del D.lgs. n. 150 del 2022⁸ è stata introdotta agli artt. 12ter ss. della legge n. 283 del 1962 la nuova causa di estinzione destinata ad operare soltanto per le contravvenzioni alimentari. Si tratta di un meccanismo estintivo a formazione progressiva⁹ che riguarda le contravvenzioni di cui alla stessa legge n. 283 del 1962, nonché ogni altra contravvenzione in materia di “igiene, produzione, tracciabilità e vendita di alimenti e bevande” prevista da altri provvedimenti legislativi¹⁰. La causa estintiva di nuovo conio, che si basa sull'adempimento di

³ Il riferimento è agli artt. 19 ss. del d.lgs. 19 dicembre 1994, n. 758 e l'art. 301bis del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 in materia di sicurezza sul lavoro, nonché gli artt. 318-bis ss. del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, per quanto riguarda le contravvenzioni ambientali e gli artt. 228 d.lgs. 31 luglio 2020, n. 101 in tema di radiazioni ionizzanti.

⁴ Sia consentito di rinviare al nostro S. UCCI, *Estinzione delle contravvenzioni per adempimento di prescrizione impartite dall'organo accertatore (artt. 12ter e ss. legge 30 aprile 1962, n. 283)*, in V. GIORDANO (a cura di) *Il processo penale. A più di un anno dalla Riforma Cartabia e alla luce del Decreto Correttivo 2024*, Molfetta, 2024, 277-283.

⁵ Cfr. Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150: “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”, pubblicata in G.U. in data 19 ottobre 2022, 520.

⁶ Cfr. *Relazione illustrativa*, cit., 520.

⁷ *Ibidem*, 366.

⁸ Cfr. D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150: “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”, pubblicato in G.U. n. 243 del 17 ottobre 2022 – Suppl. Ord. n. 38. Per i commenti in merito alla riforma, si vedano, *ex multis*, i contributi raccolti in D. CASTRONUOVO – M. DONINI – E.M. MANCUSO – G. VARRASO (a cura di) *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Padova, 2023, 1 ss.; V. GIORDANO, (a cura di) *Il processo penale. A più di un anno dalla Riforma Cartabia e alla luce del Decreto Correttivo 2024*, Napoli, 2024, *passim*.

⁹ I. GIUGNI, *Procedura estintiva delle contravvenzioni antinfortunistiche: verso una questione di costituzionalità all'indomani della c.d. riforma Cartabia?*, cit., 1.

¹⁰ In argomento cfr. G. AMARELLI, *La nuova procedura estintiva delle contravvenzioni in materia di sicurezza alimentare in Dir. pen. proc.*, 2023, 70 ss.; C. BERNASCONI, *Deflazione processuale mediante istituti di diritto penale sostanziale*, in *DisCrimen*, 16 febbraio 2023, 8 ss.; A. RUGANI, *L'estinzione delle contravvenzioni “alimentari” nella fase delle indagini preliminari: commento delle disposizioni introdotte dall'art. 70 d.lgs. 150/2022 («modifiche alla legge 30 aprile 1962 n. 283»)*, in *Leg. pen.*, 6 febbraio 2023, 1 ss.; A. MARTUFI, *La definizione anticipata delle contravvenzioni alimentari*

prescrizioni impartite dall'organo accertatore, consiste nel pagamento di una quota pari a un sesto del massimo edittale comminata per l'illecito contravvenzionale e opera già nella fase delle indagini preliminari in quanto fonda la richiesta di archiviazione da parte del pubblico ministero.

La *ratio* politico criminale sottesa all'istituto è l'alleggerimento del carico giudiziario rispetto a quelle contravvenzioni suscettibili di elisione del danno o del pericolo che si caratterizzano per un significativo impatto sull'attività giudiziaria¹¹, così sgravando il carico di lavoro delle procure anche grazie all'apporto sinergico degli organi accertatori (autorità amministrativa di vigilanza/polizia giudiziaria)¹².

Tuttavia, nonostante il descritto modello estintivo tragga spunto dall'affine istituto previsto nella legislazione speciale per alcune contravvenzioni in materia di sicurezza sul lavoro¹³, di ambiente¹⁴ e radiazioni ionizzanti¹⁵, in realtà se ne differenzia dal punto di vista non solo dei limiti edittali ma anche in merito alle scansioni temporali, il *quantum* da versare in via amministrativa ai fini dell'estinzione del reato e, soprattutto, per l'efficacia attribuita all'adempimento tardivo o alla stessa impossibilità di adempiere¹⁶.

3. Il comma 1 dell'art. 12^{ter} perimetra l'ambito di applicazione dell'istituto alle contravvenzioni che abbiano cagionato un danno o un pericolo riparabile mediante condotte ripristinatorie o risarcitorie per le quali sia prevista la pena dell'ammenda, sola o alternativa a quella dell'arresto. Invero, all'indomani dell'entrata in vigore della riforma, l'istituto era destinato anche alle contravvenzioni punite con pena congiunta, aspetto poi eliminato dall'art. 4 del D.lgs. 19 marzo 2024, n. 31 correttivo della riforma Cartabia¹⁷. L'intervento si è reso necessario per ristabilire il pieno rispetto del criterio contenuto nell'art. 1, co. 23, della legge delega, che limitava l'operatività del meccanismo di estinzione alle sole contravvenzioni punite con la pena dell'ammenda, come confermato dalla circostanza che per la determinazione dell'importo della somma da pagare in via amministrativa si dovesse fare riferimento alla «*frazione del massimo dell'ammenda stabilita*»¹⁸. Tale inciso è stato interpretato dal legislatore del correttivo Cartabia come comprensivo delle

all'indomani della riforma Cartabia: tra compliance e logiche punitive, in *Sistema penale*, 14 giugno 2023, pp. 1 ss.; V. PAONE, *La procedura estintiva delle contravvenzioni in materia di sicurezza alimentare*, in *Sistema penale*, fasc. 10/2023, 117 ss.

¹¹ Cfr. *Relazione illustrativa*, cit., 353.

¹² *Ibidem*.

¹³ Artt. 19 e ss. del d.lgs. 19 dicembre 1994, n. 758 nonché l'art. 301^{bis} del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81.

¹⁴ Artt. 318^{bis} ss. del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, T.U. Ambiente.

¹⁵ Art. 228 del d.lgs. 31 luglio 2020, n. 101.

¹⁶ Infatti, la causa estintiva di recente introduzione non può operare se concorrono altri delitti, viene prevista un'attenuazione di pena in caso di adempimento tardivo e, come tale, non utile ai fini dell'estinzione del reato, nonché la prestazione di lavoro di pubblica utilità in alternativa al pagamento in sede processuale. A riguardo si rinvia a I. GIUGNI, *Procedura estintiva delle contravvenzioni antinfortunistiche: verso una questione di costituzionalità all'indomani della c.d. riforma Cartabia?*, cit., § 4.

¹⁷ Cfr. D.lgs. 19 marzo 2024, n. 31: "*Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, di attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*", pubblicato in G.U. n. 67 del 20 marzo 2024.

¹⁸ Cfr. art. 1, co. 23, legge 27 settembre 2021, n. 134, cit.

contravvenzioni punite con pena alternativa, ma non di quelle punite con la pena congiunta, che pertanto sono state estromesse dall'ambito applicativo della norma. Al netto di ciò, parte della dottrina ritiene che la disciplina potrebbe ugualmente causare delle consistenti disparità di trattamento rispetto alle contravvenzioni punite con la sola pena dell'arresto che risultano ad ogni modo «non estinguibili, malgrado la loro minor gravità»¹⁹.

Inoltre, l'art. 12ter esclude il nuovo meccanismo estintivo nel caso in cui la contravvenzione c.d. alimentare concorra con un delitto. Come precisato nella Relazione illustrativa, tale scelta è ispirata a logiche di economia processuale che non si realizza allorché il procedimento penale debba proseguire per i concorrenti delitti²⁰. Tuttavia, a riguardo è stato osservato che tale previsione rischia di restringere eccessivamente il campo di applicazione dell'istituto²¹, essendo frequente in *subiecta* materia l'ipotesi in cui lo stesso fatto possa integrare tanto una contravvenzione che un delitto. Si pensi, a titolo esemplificativo, alle molteplici fattispecie previste dall'art. 5 della legge n. 283 del 1962 che, per problemi di interferenza, sono destinate a concorrere con il reato di frode nell'esercizio del commercio (art. 515 c.p.) o con quello di messa in vendita di sostanze alimentari non genuine come genuine punito (art. 516 c.p.)²²; «sicché, se nella fase di accertamento dell'illecito, il concorso tra quei reati sarà ipotizzato dall'organo di vigilanza, l'attivazione della procedura di cui trattasi è di fatto preclusa»²³.

3.1. L'art. 12ter della legge n. 283 del 1962 pone diversi dubbi interpretativi in merito al significato da attribuire al concetto di “*danno o pericolo suscettibile di elisione mediante condotte ripristinatorie o risarcitorie*”, condizione necessaria per accedere all'istituto. Tale delimitazione - come si legge nella Relazione illustrativa- «è conforme al criterio di delega e richiede all'organo accertatore di compiere un tipo di valutazione analoga, metodologicamente, a quella richiesta per le contravvenzioni in materia ambientale dall'art. 318bis d.lgs. n. 152/2006»²⁴. In realtà, parte della dottrina ha sottolineato che si tratta di una clausola non solo assente nella disciplina del d.lgs. 758/1994 ma antitetica a quella prevista dall'art. 318bis T.U.A che, al contrario, subordina l'estinzione delle contravvenzioni ambientali all'assenza, e non già all'esistenza di un «danno o pericolo concreto e attuale di danno alle risorse ambientali, urbanistiche o paesaggistiche protette»²⁵.

¹⁹ Cfr. A. RUGANI, *L'estinzione delle contravvenzioni “alimentari” nella fase delle indagini preliminari: commento delle disposizioni introdotte dall'art. 70 d.lgs. 150/2022 («modifiche alla legge 30 aprile 1962 n. 283»)*, cit., 11.

²⁰ Si veda la *Relazione illustrativa*, cit., 367.

²¹ V. PAONE, *La procedura estintiva delle contravvenzioni in materia di sicurezza alimentare*, cit., 119.

²² Si veda in argomento A. MADEO, *Le fattispecie penali di cui alla legge n. 283/1962*, in A. GARGANI, (a cura di), *Illeciti punitivi in materia agroalimentare*, in F. PALAZZO – C.E. PALIERO – M. PELISSERO (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, 2021, 308-309.

²³ Testualmente V. PAONE, *La procedura estintiva delle contravvenzioni in materia di sicurezza alimentare*, cit., 120.

²⁴ Cfr. *Relazione illustrativa*, cit., 368. Si veda in argomento A. GARGANI, *La tutela penale della salute tra delitti e contravvenzioni alimentari*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Ambiente*, Fasc. 1/2022, 10 ss.; M. Poggi D'Angelo, *La procedura estintiva ambientale: l'idea dell'inoffensività/non punibilità in ottica riparatoria e deflattiva*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Ambiente*, Fasc. n. 1/2022, 37 ss.

²⁵ In questi termini A. RUGANI, *L'estinzione delle contravvenzioni “alimentari” nella fase delle indagini preliminari: commento delle disposizioni introdotte dall'art. 70 d.lgs. 150/2022 («modifiche alla legge 30 aprile 1962 n. 283»)*, cit., 6.

Al netto di tale osservazione, altri profili problematici si rinvencono in considerazione di un ulteriore dato: la quasi totalità delle contravvenzioni previste nel settore alimentare sono strutturate sullo schema del reato di pericolo astratto o presunto²⁶, dunque risultano caratterizzate da una significativa anticipazione della tutela penale rispetto al bene “finale” della salute²⁷. Invero le contravvenzioni di cui agli artt. 5 e 6 della legge n. 283 del 1962 incriminano condotte che, a vario titolo, inficiano la sicurezza alimentare per carenza dei requisiti di genuinità e purezza dovuta, ad esempio, al cattivo stato di conservazione di bevande o per la presenza negli alimenti di batteri, parassiti, cariche microbiche superiori ai limiti legali, o l’aggiunta di additivi chimici non autorizzati (art. 5, lett. h), generando, così, una situazione di rischio per la salute. Tuttavia, trattandosi di reati istantanei di mera condotta il cui precetto risulta spesso integrato da fonti di rango legislativo e sub-legislativo²⁸, allora è facile intuire come l’accesso all’istituto potrebbe di fatto essere precluso stante le difficoltà di accertamento in concreto da parte dell’organo accertatore dell’effettiva elisione del danno o del pericolo, che rappresenta il grado minimo di progressione che consente di dar avvio al procedimento estintivo²⁹. Se il legislatore con i termini “*danno e pericolo*” ha fatto riferimento alle “*modificazioni/alterazioni*” della realtà materiale eliminabili dal contravventore, i rischi di una *interpretatio abrogans* della disciplina di nuovo conio sono evidenti³⁰.

4. La nuova causa estintiva delle contravvenzioni segue le tassative regole procedurali indicate ai commi 2-5 dell’art. 12^{ter}. L’organo accertatore, nell’esercizio delle funzioni di polizia giudiziaria, una volta riscontrata la violazione e fermo restando l’obbligo di riferire la notizia di reato

²⁶ Sul punto, D. CASTRINUOVO, *Brevi note sull’atteggiarsi del pericolo per il bene giuridico nei reati alimentari*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, 637 ss.

²⁷ Cfr. A. MARTUFI, *La definizione anticipata delle contravvenzioni alimentari all’indomani della riforma Cartabia: tra compliance e logiche punitive*, cit., 23. Per le diverse posizioni dottrinali riguardo l’individuazione del bene giuridico protetto dalle fattispecie contravvenzionali previste nel settore alimentare si veda A. MADEO, *Le fattispecie penali di cui alla legge n. 283/1962*, in A. GARGANI (a cura di) *Trattato teorico pratico di diritto penale - Illeciti punitivi in materia agro-alimentare*, Torino 2011, 283. L’Autore riconosce nell’igiene e nella genuinità delle sostanze destinate all’alimentazione umana il bene giuridico protetto in via diretta, con la conseguente qualificazione delle fattispecie in termini di reati di danno. Al contrario, secondo altra parte della dottrina (cfr. C. PEDRAZZI, *Le direttrici della tutela penale in materia alimentare*, in AA.VV., *Problemi penali in tema di frodi alimentari*, Milano, 1971, 72) il criterio ispiratore della legislazione speciale sugli alimenti risiede nella genuinità, e ciò porta a riconoscere nella “salute” il referente *finale* di valore al quale le contravvenzioni alimentari offrono tutela attraverso la tecnica del “pericolo presunto o indiretto”. Per tale ultimo assunto si veda A. GARGANI, *L’evoluzione del diritto punitivo nel settore agro-alimentare*, in *Trattato teorico-pratico*, cit., 8.

²⁸ Secondo A. RUGANI, *L’estinzione delle contravvenzioni “alimentari” nella fase delle indagini preliminari: commento delle disposizioni introdotte dall’art. 70 d.lgs. 150/2022 («modifiche alla legge 30 aprile 1962 n. 283»)*, cit., 7, le fonti di rango legislativo e sub-legislativo hanno la funzione di qualificare la “genuinità” di un alimento (art. 5 lett. a), di determinare i limiti di tolleranza di sostanze microbiche all’interno dello stesso (art. 5 lett. b), o ancora di autorizzare l’aggiunta di certi additivi chimici (art. 5 lett. g).

²⁹ Testualmente A. MARTUFI, *La definizione anticipata delle contravvenzioni alimentari all’indomani della riforma Cartabia: tra compliance e logiche punitive*, cit., 23. Per ulteriori approfondimenti in merito al doversi dubbi interpretativi sul concetto di “danno o pericolo suscettibile di elisione mediante condotte ripristinatorie o risarcitorie” si rinvia a A. RUGANI, *L’estinzione delle contravvenzioni “alimentari” nella fase delle indagini preliminari: commento delle disposizioni introdotte dall’art. 70 d.lgs. 150/2022 («modifiche alla legge 30 aprile 1962 n. 283»)*, cit., 6-10.

³⁰ Si veda a riguardo, A. MARTUFI, *La definizione anticipata delle contravvenzioni alimentari all’indomani della riforma Cartabia: tra compliance e logiche punitive*, cit., 23-27.

ai sensi dell'art. 347 c.p.p., impartisce al contravventore una prescrizione –che rappresenta il “perno” della procedura estintiva³¹- fissando per la regolarizzazione un termine non eccedente il periodo di tempo tecnicamente necessario per il suo adempimento e comunque non superiore a sei mesi, prorogabile, su richiesta del contravventore, di altri sei in presenza di specifiche e documentate circostanze a lui non imputabili³².

Con la prescrizione l'organo accertatore può imporre, anche con riferimento al contesto produttivo, organizzativo, commerciale o comunque di lavoro, specifiche misure atte a far cessare situazioni di pericolo ovvero la prosecuzione di attività potenzialmente pericolose per la sicurezza, l'igiene alimentare e la salute pubblica. Come osservato, «si tratta di misure urgenti, che provvedono alla tutela “cautelare” del bene giuridico protetto, quando quest'ultimo sia esposto al pericolo di reiterazione dell'offesa accertata»³³.

Analogamente a quanto previsto in materia di sicurezza sul lavoro, nel caso di specie, insieme alla notizia di reato va trasmesso al pubblico ministero anche il verbale con cui sono state impartite le prescrizioni. Come si legge nella Relazione illustrativa, l'esercizio delle funzioni di polizia giudiziaria implica che l'attività dell'organo accertatore debba rimanere sottoposta al controllo del pubblico ministero, funzionalmente competente alla direzione delle indagini preliminari e dell'operato della polizia giudiziaria³⁴. Invero, ai sensi del comma 6 dell'art. 12^{ter} il pubblico ministero può disporre con decreto “*quando lo ritiene necessario*” che l'organo accertatore apporti modifiche alle prescrizioni definite. Infatti, potrebbe darsi il caso che l'organo accertatore abbia emanato prescrizioni inutilmente gravose oppure insufficienti ad eliminare la contravvenzione. Anche la proroga del tempo di riparazione della condotta, eventualmente concessa dall'organo accertatore dovrà essere comunicata al pubblico ministero. In tal senso l'attribuzione di un potere di controllo da parte del pubblico ministero si pone come piena esplicazione delle responsabilità funzionali dell'organo inquirente³⁵.

4.1. Ai fini dell'estinzione del reato, l'art. 12^{quater} della legge n. 283 del 1962 prevede che entro trenta giorni dalla scadenza del termine fissato, l'organo accertatore, previa verifica dell'adempimento delle prescrizioni imposte, ammetta il contravventore a pagare, in sede amministrativa, una somma pari ad un sesto del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione commessa, destinata al bilancio dello Stato.

³¹ T. PADOVANI, *D. Lgs. 19.12.1994, n. 758 - Modificazioni della disciplina sanzionatoria in materia di lavoro*, in *Leg. pen.*, 1995, 378.

³² Cfr. I. GIUGNI, *Procedura estintiva delle contravvenzioni antinfortunistiche: verso una questione di costituzionalità all'indomani della c.d. riforma Cartabia?*, cit., § 3.

³³ Cfr. A. RUGANI, *L'estinzione delle contravvenzioni “alimentari” nella fase delle indagini preliminari: commento delle disposizioni introdotte dall'art. 70 d.lgs. 150/2022 («modifiche alla legge 30 aprile 1962 n. 283»)*, cit., 16. Secondo l'Autore la natura dinamica delle situazioni pericolose contemplate dalla norma fa sì che risulti massima la discrezionalità dell'organo accertatore nell'imporre misure contenitive, che potranno anche riguardare il contesto economico-imprenditoriale di manifestazione dell'illecito (si potrà, ad es., imporre la modifica del ciclo produttivo, il cambio di un macchinario, l'eliminazione di certi prodotti dagli utilizzi industriali, etc.) (*ivi*, 16).

³⁴ Cfr. *Relazione illustrativa*, cit., 368.

³⁵ *Ibidem*.

A riguardo la norma sembra riproporre, con adattamenti, la disciplina di cui agli artt. 21 del d.lgs. n. 758/1994 e 318^{quater} del d.lgs. n. 152/2006, con alcune differenze: in primo luogo il termine per la verifica dell'adempimento delle prescrizioni, di cui al comma 1 dell'articolo in commento, viene ridotto da sessanta a trenta giorni proprio al fine di imprimere maggior celerità al procedimento, in linea, d'altronde, con gli obiettivi di riduzione dei tempi processuali propri della legge delega; in secondo luogo l'importo della somma da pagare (pari ad un sesto dell'ammenda) è inferiore rispetto a quella, di un quarto, prevista dalle procedure affini in materia di ambiente e sicurezza sul lavoro. Si è, in tal senso, voluto prevedere un incentivo ad accedere al nuovo meccanismo estintivo atteso che la predetta somma risulterà inferiore a quelle che il contravventore sarebbe chiamato a pagare in caso di accesso all'oblazione ai sensi degli artt. 162 e 162^{bis} c.p.³⁶

Infine, entro massimo sessanta giorni dalla scadenza del termine fissato per il pagamento, l'organo accertatore deve comunicare l'adempimento delle prescrizioni ed il pagamento della somma di denaro al pubblico ministero affinché quest'ultimo prenda atto dell'avvenuta estinzione della contravvenzione e richieda l'archiviazione.

Al contrario, se la prescrizione non è adempiuta o se non è stata pagata la somma di denaro, e previa comunicazione al pubblico ministero da parte dell'organo accertatore, il procedimento penale, sospeso dal momento dell'iscrizione della notizia di reato, riprende il suo corso.

4.2. L'art. 12^{quinquies} prevede, inoltre, la possibilità per il contravventore che, per le proprie condizioni economiche e patrimoniali, sia impossibilitato a provvedere al pagamento della somma di denaro³⁷, di richiedere al pubblico ministero, di svolgere in alternativa lavoro di pubblica utilità. Tale disciplina rappresenta una novità rispetto a quanto già sperimentato in materia di sicurezza sul lavoro e di ambiente. In tale prospettiva, il lavoro di pubblica utilità rimuove gli ostacoli all'accesso alla causa estintiva determinati dalle condizioni economiche del contravventore.

Elemento caratterizzante la nuova previsione è la configurazione un'inedita ipotesi in cui il lavoro di pubblica utilità viene disposto senza l'intervento del giudice. Ciò è funzionale alla speditezza della procedura, che realizza le proprie finalità deflative limitando al massimo l'intervento del giudice per le indagini preliminari e del pubblico ministero³⁸.

Quanto al criterio di ragguaglio tra la somma di denaro da pagare in via amministrativa e il lavoro di pubblica utilità, al fine di evitare disparità di trattamento, è stato adottato lo stesso criterio impiegato per la conversione della pena pecuniaria in lavoro di pubblica utilità, in caso di insolvibilità del condannato che riprende quello per la conversione della pena pecuniaria in libertà controllata³⁹.

³⁶ Per tali osservazioni si veda Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, *Rel. n. 2/2023 - Relazione sulla novità normativa "Riforma Cartabia"*, 2 gennaio 2023, 264.

³⁷ È bene precisare che l'impossibilità di adempiere alla sanzione pecuniaria, per le proprie condizioni economiche e patrimoniali: è un requisito che deve essere "comprovato" dall'interessato a mezzo di dichiarazione sostitutiva di certificazione, ai sensi dell'art. 46 co. 1 lett. o d.P.R. 445/2000.

³⁸ Cfr. *Relazione illustrativa*, cit. 369. Tuttavia, vi è chi in dottrina ritiene inopportuno affidare al pubblico ministero, invece che ad un giudice terzo, il potere di ammettere il contravventore al lavoro di pubblica utilità e, conseguentemente, di determinarne la durata ed i modi, stante l'incidenza di una tale misura sui diritti fondamentali del reo. Cfr. G. AMARELLI, *La nuova procedura estintiva delle contravvenzioni in materia di sicurezza alimentare*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 76 ss.

³⁹ A seguito della sentenza della Corte cost., 12 gennaio 2012, n. 1.

4.3. Ulteriore elemento di originalità della disciplina in esame, è previsto dall' art. 12*nonies* della legge n. 283 del 1962 che attribuisce una speciale efficacia all'adempimento tardivo o irrituale. Invero, in attuazione del criterio direttivo di cui alla lett. a), ultimo periodo, dell'art. 1, co. 23, della legge delega, il comma 1 dell'art. 12*nonies* introduce una circostanza attenuante per l'ipotesi in cui la prescrizione sia adempiuta in un tempo superiore a quello stabilito. In questi casi, infatti, è prevista una diminuzione della pena fino a un terzo, sempre che, nel giudizio di bilanciamento, tale attenuante non sia ritenuta equivalente o soccombente rispetto a una o più circostanze aggravanti con essa concorrenti.

Al comma 2 dell'articolo in commento, analogamente alla disciplina della fattispecie estintiva in materia di sicurezza sul lavoro, si prevede che se prima dell'apertura del dibattimento ovvero prima della pronuncia del decreto di condanna il contravventore si sia attivato ad adoperarsi, seppur *con modalità diverse da quelle indicate dall'organo accertatore*, nell'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose della contravvenzione, possa comunque beneficiare dell'oblazione discrezionale *ex art. 162bis c.p.* beneficiando, in questo caso, di una riduzione della somma da versare a un quarto del massimo dell'ammenda comminata per la contravvenzione contestata.

Ad ogni modo è necessario sottolineare che la disciplina prevista nel secondo capoverso dell'art. 12*nonies* viene introdotta pur in assenza di un espresso criterio di delega in tal senso. In merito il legislatore delegato ha ritenuto, alla luce della disciplina prevista in materia di sicurezza sul lavoro e di ambiente, che un'interpretazione costituzionalmente orientata della legge delega imponesse di evitare irragionevoli disparità di trattamento, nella materia degli alimenti, così coordinando in modo ragionevole e sistematico la nuova disciplina speciale con quella generale prevista per l'oblazione dal codice penale, valorizzando l'adempimento delle prescrizioni, anche quando è tardivo⁴⁰.

5. L'introduzione della nuova causa estintiva delle contravvenzioni per adempimento di prescrizioni impartite dall'organo accertatore ha reso opportuna la previsione di una disciplina di diritto transitorio all'art. 96 del D.lgs. n. 150 del 2022. La norma in questione esclude che la disciplina della nuova causa estintiva previste in materia di alimenti trovi applicazione nei procedimenti che, alla data di entrata in vigore del decreto, non si trovino più nella fase delle indagini preliminari perché è già stata esercitata l'azione penale.

Invero la causa estintiva -come in precedenza sottolineato- è concepita e strutturata per operare solo in quella fase, nella quale deve dispiegare i propri effetti deflativi ai quali è connesso il trattamento di favore accordato dall'ordinamento e che si conclude con la richiesta di archiviazione del pubblico ministero e la successiva declaratoria di estinzione del reato, da parte del giudice per le indagini preliminari.

Viene così derogato il principio di retroattività della *lex mitior*, sull'assunto che tale deroga sia ragionevole e compatibile con l'art. 3 della Costituzione essendo la causa estintiva costruita per

⁴⁰ Cfr., *Relazione illustrativa*, cit., 528

operare “solo nella fase delle indagini preliminari”. Se ne ha conferma dalla sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 2020, che, proprio in ragione di analoghe considerazioni, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 318^{octies} del d.lgs. n. 152 del 2006, sollevata in riferimento all’art. 3 della Costituzione.

Al contrario, per i procedimenti che all’entrata in vigore del D.lgs. n. 150 del 2022 si trovano nella fase delle indagini preliminari, senza che sia stata ancora esercitata l’azione penale, potrà trovare applicazione la nuova disciplina.

6. Ad ogni buon conto si ritiene che l’istituto di recente introduzione, la cui principale *ratio* politico-criminale è ravvisata in un’istanza di sussidiarietà penale *in concreto*⁴¹, potrebbe essere in grado di realizzare l’auspicato alleggerimento del carico sanzionatorio incentivando la definizione del processo già nelle sue prime fasi, assicurando, al contempo, un’adeguata tutela del bene giuridico protetto dal sistema punitivo-alimentare, mediante le condotte ripristinatorie o risarcitorie sulle quali si basa il descritto meccanismo estintivo.

Invero al di là dei profili problematici che caratterizzano la riforma, sono diversi i profili innovativi di segno favorevole che contraddistinguono l’analizzata procedura estintiva e che, se correttamente impiegati, potrebbero realmente garantire il raggiungimento della tanto auspicata deflazione processuale.

Ma è altrettanto vero, come sottolineato⁴², che non si comprendono le ragioni per cui il legislatore delegato non abbia esteso alcune previsioni *favor* per il reo -operanti per la causa di estinzione di nuovo conio- anche allo schema prescrittivo-ingiunzionale in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro e nel settore ambientale, da cui, d’altronde, il legislatore ha preso “ispirazione”. Ci si riferisce, in particolar modo, alla circostanza attenuante ad effetto comune prevista in caso di adempimento tardivo⁴³ ed alla possibilità di ricorrere al lavoro di pubblica utilità nelle ipotesi di mancato pagamento della somma di denaro da parte del contravventore⁴⁴, ad oggi contemplate esclusivamente per il settore della sicurezza alimentare. Siamo, dunque, d’accordo con chi ritiene che tale scelta potrebbe non reggere sotto il profilo del rispetto del principio di uguaglianza-ragionevolezza e celare il sospetto di profili illegittimità costituzionale della disciplina per le possibili disparità normative determinate indirettamente dalla scelta riduttiva dell’esecutivo⁴⁵.

⁴¹ Cfr. M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, in *Ind. pen.*, 2001, 1050 ss. Si veda anche G. AMARELLI, *Le ipotesi estintive delle contravvenzioni in materia di sicurezza sul lavoro*, cit., 42.

⁴² È di questo avviso I. GIUGNI, *Procedura estintiva delle contravvenzioni antinfortunistiche: verso una questione di costituzionalità all’indomani della c.d. riforma Cartabia?*, cit., § 7.

⁴³ Art. 12^{nonies} legge n. 283 del 1962

⁴⁴ Art. 12^{quinquies} legge n. 283 del 1962

⁴⁵ Per ulteriori riflessioni a riguardo, si rinvia a I. GIUGNI, *Procedura estintiva delle contravvenzioni antinfortunistiche: verso una questione di costituzionalità all’indomani della c.d. riforma Cartabia?*, cit., § 7.

IL RINNOVATO RUOLO DELLA VITTIMA NEL PROCESSO PENALE: QUALCHE CONSIDERAZIONE COMPARATISTICA

MARIA ROSARIA MAGLIULO

ABSTRACT

The evolution of the victim's role in the criminal justice process reflects a significant change in modern criminal justice, as highlighted by the recent "Cartabia Reform". Traditionally relegated to a passive role, the victim is now recognized as an individual deserving of protection and active participation, as provided for in Directive 2012/29/EU. The reform introduces restorative justice, which views crime not only as a normative violation, but as a conflict involving the victim and the offender. Restorative justice, while not replacing the punitive system, promotes dialogue and reconciliation between the parties, allowing the victim to actively participate in the conflict resolution process. This approach aims to reduce court time and improve the efficiency of justice, with particular attention to vulnerable groups such as victims of domestic and gender-based violence. Although Italian legislation has adopted basic principles of restorative justice, it requires further development to fully integrate this model and harmonize it with international practices, as also demonstrated in the United States.

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. La normativa europea in materia di tutela della vittima. – 3. L'evoluzione del ruolo della vittima del reato nel sistema italiano. – 4. Un nuovo e potenziato ruolo della vittima: la giustizia riparativa. – 5. La vittima nel processo penale americano. – 6. Qualche riflessione conclusiva.

1. Il vigente codice di rito penale ha attribuito alcuni poteri alla persona offesa dal reato; quest'ultima, non esplicitamente definita nel contesto normativo, può essere identificata con il soggetto che subisce il reato, titolare dell'interesse protetto dalla norma incriminatrice infranta dall'imputato¹.

La persona offesa, come è noto, non è una parte processuale, avendo esclusivamente poteri di impulso e di controllo indiretto dell'operato del pubblico ministero: la titolarità dell'azione penale è, infatti, prerogativa esclusiva dello Stato². Per molto tempo l'offeso dal reato è stato relegato ad un ruolo quasi passivo durante il processo penale: poteva assumere la veste di testimone, che

¹ Cfr. G. AIMONETTO, voce *Persona offesa dal reato*, in *Enc. del dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 322; A. GIARDA, *La persona offesa dal reato nel processo penale*, Milano, 1, 1971; C. PANSINI, voce *Persona offesa dal reato*, in *Digesto*, p. 412; G. TRANCHINA, voce *Persona offesa dal reato*, in *EGT*, XXIII, Roma, 1990.

² Si veda A. BALLONI, *Cause ed effetti del ritardato sviluppo della vittimologia*, in *La vittima del reato, questa dimenticata*, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 2001, p. 13

preferibilmente in sede civilistica avrebbe dovuto far valere le sue richieste derivanti dall'aver subito un reato – qualora fosse anche danneggiato dal reato - e che aveva quale unico compito quello di riferire al giudice ciò che aveva subito³. La natura pubblica del diritto penale, infatti, impediva la partecipazione attiva della vittima del reato al procedimento.

Va fatta, poi, una importante notazione preliminare. Prima del recente intervento novellistico del 2022 (c.d. “Riforma Cartabia”)⁴, nell'ambito dell'intera disciplina codicistica non vi era alcun riferimento espresso alla vittima: il legislatore ha sempre fatto riferimento alle categorie giuridiche tradizionali di “persona offesa”, “parte civile” ovvero “parte lesa”. Del resto, è solo con la diffusione dello studio della vittimologia, avvenuta a partire da oltre mezzo secolo fa, che l'attenzione internazionale, prima, nazionale poi, si è rivolta alla “vittima” in senso ampio, includendo in questa nozione non solo la persona fisica che abbia materialmente subito il reato ovvero un pregiudizio fisico, mentale, emotivo o economico a causa della commissione di un reato, ma anche i familiari di questi⁵.

Con il mutamento del contesto sociale l'originario assetto normativo, però, ha necessitato di talune modifiche, sia da parte del legislatore nazionale che di quello internazionale, in quanto è stato ritenuto fondamentale porre l'attenzione sulla figura di colui che subisce il reato, fornendogli assistenza, tutele e, soprattutto, poteri in sede processuale⁶. Tuttavia, tale processo evolutivo sviluppatosi a livello europeo ha trovato maggiori difficoltà ad affermarsi nel sistema americano con il quale, però, il sistema italiano oggi condivide il ricorso alla giustizia riparativa e sollecita qualche osservazione “comparatistica”.

2. A livello europeo il primo atto relativo alle vittime è il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea. In questo documento si è posta l'attenzione sui diritti delle vittime della criminalità, rientrando tale materia tra quelle in cui il Parlamento europeo ed il Consiglio possono stabilire norme minime attraverso direttive di armonizzazione⁷.

Con il Trattato hanno acquisito importanza giuridica la vittimologia e la tutela del soggetto leso, materie che fino ad allora avevano avuto rilevanza esclusivamente in ambito sociologico e psicologico; le istituzioni europee, invece, hanno deciso di attribuire ad esse un rilievo legale, reputando entrambe rientranti negli obiettivi sovranazionali particolarmente sentiti.

Tale cambiamento di rotta è stato determinato non solo dall'aumento dei crimini transnazionali, ma anche perché si è compresa la necessità di armonizzare le varie normative degli stati membri, per

³S. SICURELLA, *Lo studio della vittimologia per capire il ruolo della vittima* in *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, Vol. VI, N. 3, Bologna, Settembre – Dicembre 2012

⁴ V. art. 90bis.1 c.p.p., introdotto dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150.

⁵ T. BANDINI, voce *Vittimologia*, in *Enc. del Dir.*, XLVI, Milano, 1993, pp. 1014-1015; M. DEL TUFO, voce *Vittima del reato*, in *Enc. del Dir.*, v. XLVI, Milano, 1993; G. GULOTTA, *La vittima*, Giuffrè, Milano, 1976; S. SICURELLA, *Lo studio della vittimologia per capire il ruolo della vittima*, in *Rivista di Criminologia, vittimologia e Sicurezza*, Vol. VI, n. 3, Settembre-dicembre 2012.

⁶ In tal senso S. LORUSSO, *Le conseguenze del reato. Verso un protagonismo della vittima nel processo penale?*, in *Dir. pen. Proc.*, 2013

⁷Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, titolo V, capo IV, art. 82 § 2, lett. c

evitare ostacoli all'affermazione dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, dovendosi garantire un livello minimo dei diritti fondamentali, tra i quali anche i diritti dei soggetti lesi dal reato.

Nonostante la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) non contenga un esplicito riferimento alle vittime, si è sempre ritenuto che l'art. 6, paragrafo 1 di tale atto, che sancisce il diritto al processo, costituisca una garanzia processuale sia per il *reo* che per l'offeso che, costituitosi in giudizio, richiede il risarcimento del danno⁸. La creazione del "terzo pilastro", inoltre, aveva attribuito all'Unione una specifica competenza in materia penale ed ha legittimato la tutela della parte lesa non più limitatamente all'ambito meramente risarcitorio, ma estesa al diritto penale sostanziale e processuale.

Esula dalle presenti considerazioni soffermarsi approfonditamente su tale aspetto. Non può, tuttavia, non sottolinearsi come la normativa dell'Unione europea in materia di vittime può essere suddivisa in due categorie: da una parte quella generale, che attribuisce a tutti coloro che subiscono un reato determinate tutele; dall'altra quella relativa alle parti offese da particolari tipi di reato di rilevante gravità quali, ad esempio la tratta di esseri umani o il terrorismo⁹.

Al primo gruppo sono riconducibili le Risoluzioni del Parlamento Europeo del 13 marzo del 1981 e quella del 12 settembre 1989, relative all'indennizzo delle vittime di atti di violenza¹⁰.

E, se è vero che tali atti sono il primo passo verso una protezione dei soggetti lesi, gli stessi riguardavano esclusivamente la possibilità di ricevere un indennizzo; si dovrà attendere il 14 luglio del 1999, con la Comunicazione della Commissione, al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale "Vittime di reati nell'Unione europea – Riflessioni sul quadro normativo e sulle misure da prendere"¹¹, affinché venga prevista una tutela a trecentosessanta gradi, non limitata esclusivamente agli aspetti economici. Questo atto, difatti, sollecita un'analisi comparativa dei sistemi di risarcimento e di assistenza delle vittime ed eventualmente l'adozione di misure a livello europeo entro cinque anni.

Con la comunicazione del 1999, per la prima volta, è stata valorizzata la partecipazione di colui che ha subito il reato nel processo penale; esso deve poter agire in giudizio e deve ricevere assistenza affinché non sia sottoposto a ulteriori traumi ed alla c.d. "vittimizzazione secondaria".

La parte lesa, ad esempio, deve poter evitare gli incontri diretti con l'imputato, può richiedere assistenza psicologica e giuridica e, ove ve ne sia bisogno, deve essere protetta.

Nel corso degli anni a seguire, la tutela delle vittime è diventata un tema sempre più importante, tanto che nel 2001 venne adottata la decisione quadro 2001/220/GAI; tale atto ha definito la vittima,

⁸ M. CHIAVARIO, *Il diritto al processo delle vittime dei reati e la Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, Milano, Giuffrè Editore, 2001, p. 1 ss.

⁹ Si veda, ad esempio, la decisione quadro 2002/475/GAI, del 13 giugno 2002, sulla lotta contro il terrorismo, poi modificata dalla decisione quadro 2008/919/GAI, del 28 novembre 2008 e la decisione quadro 2002/629/GAI, del 19 luglio 2002, sulla lotta alla tratta degli esseri umani

¹⁰ Per approfondire v. E. AMODIO, *Solidarietà e difesa sociale nella riparazione alle vittime del delitto*, in AA.VV., *Vittime del delitto e solidarietà sociale*, Milano, 1975, pp. 41 ss.; G. CASAROLI, *La Convenzione europea sul risarcimento alle vittime dei reati violenti: verso la riscoperta della vittima del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 563.

¹¹ Si tratta di una comunicazione adottata a seguito del Piano d'Azione del Consiglio e della Commissione sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia del dicembre 1998.

individuandola come la persona fisica che ha subito un pregiudizio fisico o mentale, sofferenza psichica, danni materiali causati direttamente da atti o da omissioni che costituiscono una violazione di una norma di diritto penale di uno Stato membro¹².

Ad essa deve essere garantito un ruolo effettivo ed appropriato nel processo che la riguarda, un trattamento rispettoso della sua dignità personale, in virtù degli obblighi derivanti dal diritto internazionale¹³. A tutti gli Stati, quindi, spetta il compito di adottare delle norme nazionali che perseguano tali obiettivi.

È, però, solo con la Direttiva 2012/29/UE – che sostituisce la decisione quadro del 2001 – che finalmente si prevedono norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime dei reati. In particolare, viene stabilito che il soggetto leso debba poter godere di assistenza, di risarcimento e protezione a prescindere dal fatto che l'autore del reato sia identificato e condannato.

In ambito processual-penalistico la vittima ha, *in primis*, il diritto di essere informata sin dal primo contatto con le autorità, della possibilità di poter prendere parte al procedimento; essa deve comprendere ed essere compresa, tanto è vero che le è garantita l'assistenza di un interprete in caso non capisca la lingua utilizzata dalle forze dell'ordine¹⁴, dagli avvocati e dal giudice.

La direttiva del 2012 tutela anche coloro che subiscono un reato in uno Stato membro diverso da quello in cui risiedono; in particolare gli Stati devono consentire che la deposizione della vittima sia raccolta immediatamente dopo la denuncia del fatto, che successivamente possa essere utilizzata la videoconferenza, che la denuncia sia presentata nello Stato di residenza e non in quello in cui è avvenuto il presunto reato. A prescindere da dove la vittima si trovi, quindi, ella ha diritto non solo ad essere sentita senza ritardo, ma anche alla tutela della sua dignità durante le deposizioni, a richiedere una protezione fisica in caso di bisogno, a non entrare in contatto con l'indagato, ad essere accompagnata da un rappresentante legale, ovvero un soggetto di sua fiducia.

La normativa europea stabilisce che gli Stati debbano valutare il caso concreto, esaminando non solo il tipo di reato, ma anche la personalità della parte lesa, la quale ha diritto ad un supporto idoneo ai suoi particolari bisogni, alla sua età, al suo genere. La valutazione deve tenere conto anche delle sue relazioni con il soggetto indagato e delle circostanze del reato.

Sono, poi, individuate alcune categorie di soggetti che si presume abbiano esigenze specifiche di protezione: i minori, i disabili, le vittime di tratta, del terrorismo, della criminalità organizzata, della violenza di genere. In tutti questi casi gli Stati devono garantire, nel corso delle indagini preliminari, che le audizioni si svolgano in locali appositi con un personale altamente specializzato;

¹²G. CASAROLI, *Un altro passo europeo in favore della vittima del reato: la Raccomandazione n° R (85) 11 sulla posizione della vittima nel diritto e nella procedura penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, pp. 623 ss.

¹³ Per approfondire si veda E.N. LA ROCCA, *La tutela della vittima*, in *Aa.Vv., Regole europee e processo penale*, a cura di D. CHINNICI – A. GAITO, 2a ed., Milano, 2018; S. ALLEGREZZA, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in *Aa.Vv., Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, a cura di S. ALLEGREZZA – H. BELLUTA – M. GIALUZ – L. LUPARIA, Torino, 2012, p. 1 e ss.; M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale. Una lettura del sistema italiano alla luce del quadro europeo*, Milano, 2014, p. 37 e ss.; M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, 2015, p. 86 e ss.

¹⁴ Cfr. M.G. AIMONETTO, *Le recenti riforme della procedura penale francese. Analisi, riflessioni e spunti di comparazione*, Torino, 2002, pp. 65 ss.

in caso di violenza sessuale il soggetto deve essere sentito da una persona del suo stesso genere; la vittima può decidere di non essere presente in aula in caso non voglia entrare in contatto con l'imputato; il processo può essere svolto a porte chiuse e devono essere evitate il più possibile domande in merito alla vita privata della parte lesa. Tali tutele, tuttavia, non sono ritenute sufficienti dall'Unione Europea, la quale, a causa dell'aumento dei casi di violenza domestica e di abusi su minori durante il periodo di *Lock down* dovuto alla pandemia¹⁵, ha presentato una strategia quinquennale sui diritti delle vittime, finalizzata a garantire l'accesso alla giustizia, a rinforzare i servizi di protezione e di assistenza, indipendentemente dal luogo in cui il reato viene commesso¹⁶.

È altresì, prevista la possibilità di ricevere un supporto legale gratuito, in caso in cui la vittima non possa permettersi un avvocato, ed uno psicologico, indipendentemente dalla presentazione di una formale denuncia.

L'Unione Europea, così, esorta gli Stati ad istituire servizi generali di assistenza successivi alla condanna e contestuali al processo per le vittime, le quali devono poter beneficiare di servizi specialistici, forniti da organizzazioni pubbliche o non governative, fondate su base professionale o volontaria. È compito dell'autorità indirizzare colui che ha subito un reato presso tali centri, a prescindere dalla formalizzazione o meno della denuncia. Queste istituzioni devono fornire un sostegno psicologico professionale, consigli legali, alloggi o sistemazioni temporanee a coloro che ne hanno esigenza, oltre che un'assistenza mirata per le vittime di violenza sessuale o di genere.

Durante il procedimento penale l'Unione attribuisce alla persona offesa anche diritti di partecipazione; gli articoli da 10 a 17 della Direttiva del 2012, infatti, sono dedicati proprio ai poteri processuali della vittima, che può essere sentita per fornire elementi di prova. Ella può impugnare la decisione di non luogo a procedere ed ha il diritto ad accedere a servizi di giustizia riparativa; il soggetto passivo e quello attivo del reato, infatti, possono optare per una risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l'aiuto di un terzo imparziale. Tale istituto è regolato dalla Direttiva del 2012, la quale prevede che deve essere sempre richiesto il consenso informato della vittima, l'autore del reato deve riconoscere la propria responsabilità, gli accordi devono essere volontari, il confronto delle parti deve essere riservato.

La Direttiva del 2012 ha, dunque, quale obiettivi principali il rafforzamento dei diritti della persona offesa, il miglioramento dell'assistenza, la promozione di attività di formazione per coloro che devono interfacciarsi con i soggetti che hanno subito un reato e l'assistenza integrata e mirata alle vittime con esigenze speciali, quali i minorenni, gli anziani, i disabili, coloro che hanno subito violenza di genere o domestica, reati basati sull'odio razzista e xenofobo, coloro che fanno parte della comunità LGBT ed hanno subito crimini d'odio.

¹⁵ Si vedano i dati al seguente link <https://www.who.int/reproductivehealth/publications/emergencies/COVID-19-VAW-full-text.pdf>

¹⁶Strategia dell'UE sui diritti delle vittime (2020-2025), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1593684473785&uri=CELEX:52020DC0258#footnote16>

Sono stati addirittura previsti finanziamenti dell'UE e campagne di sensibilizzazione sui diritti delle vittime. La Commissione ha il compito di monitorare e valutare la normativa in materia di risarcimento e, se necessario, proporre misure per integrare tale quadro entro il 2022.

Emerge in maniera chiara che l'interesse per la vittima in sede europea si è ampliato con il passare degli anni, tanto che il *focus* si è spostato dagli aspetti esclusivamente economici alla protezione di colui che subisce il reato; sono stati, ad esempio, introdotte delle forme di assistenza medica, sociale e legale delle vittime, in modo da mitigare gli effetti negativi della vittimizzazione secondaria; anche il ruolo processuale del soggetto che subisce il reato, come abbiamo visto, ha acquisito sempre più poteri e facoltà.

Possiamo, dunque, affermare che in ambito europeo è nata una vera e propria “cultura della vittima”, volta alla sensibilizzazione dei cittadini dell'Unione in merito a questo delicato tema¹⁷.

Questo “vittimocentrismo”¹⁸ è stato criticato da più parti, evidenziandosi che il diritto europeo ha configurato dei modelli eccessivamente preventivi-repressivi¹⁹ che hanno messo a repentaglio alcuni principi tradizionali del diritto penale di matrice liberale, primo tra tutti il principio di sussidiarietà e quello di *extrema ratio*²⁰. Se è vero, infatti, che la vittima deve poter partecipare al processo ciò non deve mai degenerare in un'ottica repressiva e social-difensiva.

È, quindi, auspicabile che l'Unione, nell'esercizio delle competenze attribuitele, tuteli le vittime, senza che però queste sottraggano il ruolo di protagonista all'imputato nel processo penale e che si faccia attenzione a non caricare la parte civile di prerogative che non le appartengono. Così, ad esempio, il diritto di pronunciarsi in ordine alla quantificazione della pena è facoltà esclusiva del giudice e la vittima non deve avere la possibilità di influenzare questa complessa decisione, poiché si intaccherebbe la dimensione pubblica della condanna²¹. Assunto scontato per l'ordinamento italiano e, tuttavia, la possibilità di esprimersi sul *quantum* della pena è, ad esempio, possibile nella normativa americana, in cui i soggetti lesi hanno il diritto di intervenire durante il momento di commisurazione della sanzione²²; studi approfonditi hanno dimostrato come il contributo della persona offesa abbia inciso in maniera esponenziale sulle richieste di pena di morte.

La valorizzazione dei diritti processuali della vittima e delle sue tutele non deve mai corrispondere ad una limitazione delle garanzie dell'imputato.

¹⁷ Così M. V. DEL TUFO, *Linee di politica criminale europea e internazionale a protezione della vittima*, cit., p. 714.

¹⁸ Si veda M. VENTUROLI, *La tutela della vittima nelle fonti europee*, in *diritto penale contemporaneo* 3-4/2012.

¹⁹ V. A. BERNARDI, *La aproximación constitucional al Derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas*, in *Revista penal*, 2011, p. 39; A. CADOPPI, *Presentazione della I edizione*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, (a cura di) A. CADOPPI, Padova, 2006, p. XVII; L. FOFANI, *Il “Manifesto sulla politica criminale europea”*, in *Criminalia*, 2010, pp. 669 ss.

²⁰ In tal senso A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'unione europea: problemi e prospettive*, in *Diritto penale contemporaneo*, 27 ottobre 2011.

²¹ V. F. VIGANO', *Il diritto penale sostanziale*, in *Europa e giustizia penale*, (a cura di) F. VIGANO', O. MAZZA, in *Dir. pen. proc.*, 2011, num. spec.; L. PICOTTI, *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, (a cura di) G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA, Milano, 2011

²² Cfr. S. ALLEGREZZA, M. GIALUZ, *Víctima y «supervivencia» en la Justicia penal europea*, in *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa/America*, (a cura di) ARMENTA DEU E VALL-LLOVERA, COLEX, 2010, p. 510.

Né, tantomeno, può pensarsi di attribuire il potere di bilanciamento dei diritti dell'imputato con quelli della vittima al giudice²³: siffatta scelta non può che spettare al legislatore nazionale, perché solo così è possibile salvaguardare il principio di legalità processuale²⁴. La vittima deve poter fare dichiarazioni, ha il diritto ad essere sentita, può richiedere un risarcimento, ma non deve interferire con il tanto complesso quanto delicato ruolo del giudice.

Su una prospettiva diversa si colloca la c.d. "giustizia riparativo-conciliativa"²⁵; il legislatore europeo cerca di favorire tale istituto non solo per assicurare la tutela della vittima, ma anche per ridurre il carico di lavoro dei tribunali.

La *restorative justice* muove dal concetto che il reato non sia solo una violazione di una norma giuridica, ma che sia una realtà complessa composta da multiple offese rivolte a multipli soggetti²⁶.

In questo caso, dunque, la vittima deve avere un potere decisionale, non solo in merito alla scelta di tale istituto, ma anche sulle decisioni che verranno prese.

L'incentivazione di tali strumenti, secondo molti, favorisce anche la funzione di reinserimento della pena, facendo sì che il *reo* "ripari" il danno effettuato, percependo il disvalore della sua azione²⁷.

Se, dunque, è vero che la giustizia riparativa tutela la vittima e consente all'imputato una risoluzione più veloce del processo, le sollecitazioni dell'Unione a favorire una giustizia riparativa sono state recentemente recepite dal nostro paese con la c.d. Riforma Cartabia (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, attuativo della l. 134/2021)

3. Gli interventi normativi che si sono succeduti nel corso degli anni nel sistema processuale italiano, anche sotto la spinta del mutato contesto europeo che si è delineato in maniera cursoria, hanno evidenziato un percorso di "emancipazione" della vittima da una posizione di mero strumento processuale utilizzabile ai fini dell'accertamento dei fatti per arrivare ad una maggiore considerazione delle necessità del riconoscimento di tutele legate alla sua condizione di minorità derivante dall'aver subito un pregiudizio.

L'Italia ha rivolto un'attenzione particolare al ruolo processuale della vittima già dal 2009: con il d.l. n. 11/2009, noto anche come "pacchetto sicurezza", convertito nella l. n. 38 del 2009, è stata prevista la possibilità per le persone offese, cittadine o straniere, vittime di reati di violenza sessuale, di essere ammesse al patrocinio a spese dello Stato, anche in deroga ai limiti di reddito previsti dal D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115. Nel 2012, l'operatività di tale norma è stata ampliata con la l. n. 172, estendendosi anche a coloro che avevano subito i reati previsti dagli artt. 609-*bis*, 609-*quater* e 609-

²³ Per approfondire si veda M.G. AIMONETTO, *La valorizzazione del ruolo della vittima in sede internazionale*, in *Giur. it.*, 2005, p. 1343.

²⁴ Così S. ALLEGREZZA, *Il caso "Pupino": profili processuali*, in *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, (a cura di) V. SGUBBI e V. MANES, Bologna, 2007, pp. 71 ss.

²⁵ G. MANNOZZI, *La giustizia riparativa: percorsi evolutivi culturali, giuridici e sociali*, in *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, (a cura di) R. BARTOLI, Palazzo, Firenze, 2011

²⁶ G. MANNOZZI, *La giustizia riparativa: percorsi evolutivi culturali, giuridici e sociali*, cit.

²⁷ Così L. EUSEBI, *Dibattiti sulle teorie della pena e "mediazione"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997 e G. MANNOZZI, *Collocazione sistematica e potenzialità deflattive della mediazione penale*, in *Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, (a cura di) G. DE FRANCESCO, E. VENAFRO, Torino, 2002

octies, nonché alle vittime minorenni dei reati previsti dagli artt. 600, 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quinqüies*, 601, 602, 609-*quinqüies* e 609-*undecies* c.p.

La vittima, quindi, è divenuta un soggetto meritevole di protezione e di tutela: secondo la normativa nazionale ha diritto di usufruire del patrocinio a spese dello Stato, di essere informata in merito alla revoca ed alla sostituzione delle misure cautelari, in caso l'indagato sia presunto colpevole di delitti commessi mediante violenza alla persona offesa. Quest'ultima, poi, entro due giorni dalla notifica, può presentare memorie volte a confermare la permanente sussistenza dei presupposti applicativi delle misure²⁸.

Anche la richiesta di archiviazione formulata dal giudice per le indagini preliminari deve essere obbligatoriamente notificata alla persona offesa, *ex art.* 408 c.p.p. e questa può proporre opposizione oggi entro venti giorni dall'avvenuta notifica.

La vittima ha altresì il diritto ad essere informata in merito alla scarcerazione dell'indagato o del condannato, se ne ha fatto richiesta, della sua evasione, nonché della volontaria sottrazione dell'internato all'esecuzione della misura di sicurezza, purché ciò non comporti un pericolo concreto di un danno per l'autore del reato. In questo senso l'art. 90-*ter* c.p.p. riprende il considerando n. 32 della Direttiva 2012/29/UE.

Tuttavia, una più completa consacrazione della tutela processuale delle vittime del reato si ha sicuramente con il d.lgs. n. 212 del 2015, con il quale il legislatore italiano ha dato attuazione alla Direttiva 2012/29/UE.

La persona offesa, per la prima volta, è vista come soggetto attivo del processo non solo per i poteri a lei attribuiti, ma anche per la necessità di comprenderne i bisogni e valutarne la vulnerabilità.

Con questa espressione si fa riferimento alla caratteristica propria di un determinato soggetto che, a causa di una particolare situazione psicofisica, è meritevole di alcune tutele speciali: il riferimento immediato è ai minori, alle persone con disturbi psichici, agli anziani, ai disabili, alle persone che hanno subito torture, stupri, gravi forme di violenza psicologica, fisica, sessuale, di genere²⁹.

L'art. 90-*quater* c.p.p., introdotto proprio dal d. lgs. n. 212/2015, delinea le condizioni di particolare vulnerabilità, stabilendo che devono essere desunte non solo dall'età, dallo stato di infermità o di deficienza psichica, ma anche dal tipo di reato e dalle modalità e dalle circostanze dello stesso.

Deve, inoltre, essere valutato se il fatto è stato commesso con violenza alla persona, con odio razziale, se è riconducibile ad ambiti di criminalità organizzata, di terrorismo o di tratta di essere umani, se la persona offesa è affettivamente, psicologicamente o economicamente dipendente dall'autore del reato.

È evidente, quindi, come il nostro ordinamento negli ultimi anni abbia riconosciuto al soggetto che subisce il reato rilevanti tutele nonché la possibilità di partecipare attivamente al processo penale.

²⁸ Ciò è previsto dal d.l. 14 agosto 2013, n. 93, che ha modificato l'art. 299 c.p.p.

²⁹ S. QUATTROCOLO, *Vulnerabilità e individual assessment: l'evoluzione dei parametri di identificazione*, in M. BARGIS-H.BELLUTA (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale*, Torino, 2017.

Questo percorso evolutivo si è di recente perfezionato con la previsione della possibilità di ricorrere alla c.d. “giustizia riparativa”, rispetto alla quale alla c.d. “Riforma Cartabia” spetta comunque il merito di aver messo in ordine nella relativa disciplina³⁰.

4. Con la legge delega del 23 settembre 2021 il Parlamento ha conferito al Governo la delega per “l’efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari”; a tale atto ha fatto seguito la l. 27 settembre 2021, n. 134, “Delega al Governo per l’efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari”.

Da tale *iter* ha avuto origine il d.lgs. n. 150 del 2022 (c.d. Riforma Cartabia), il quale ha apportato un mutamento fondamentale del ruolo della vittima, che non solo acquisisce poteri, ma diventa titolare di diritti³¹. Del resto, la Riforma risponde alle numerose sollecitazioni da parte dell’Unione Europea a stabilire le condizioni di accesso ai servizi di giustizia riparativa, tenendo conto della natura e della gravità del reato, del trauma causato, della relazione tra vittima e autore del reato e della maturità della parte offesa, ed ha l’obiettivo di fornire alle parti un’informazione completa sul procedimento alternativo e sulle sue conseguenze.

Queste modifiche sono finalizzate ad una riduzione dei tempi processuali e ad una maggiore efficienza della giustizia: la giustizia riparativa³² viene individuata quale metodo risolutivo dei conflitti penali.

L’intento della riforma è, infatti, quello di superare l’attuale assetto frammentario della disciplina di tale istituto, caratterizzato da poche norme all’interno del nostro ordinamento, per giungere alla elaborazione di un modello organico e complementare a quello di giustizia punitiva, che vede al centro del sistema la pena carceraria³³.

La giustizia riparativa, infatti, nel rispetto della Direttiva 2012/29/UE e dei principi internazionali, è concepita nell’interesse del soggetto leso e del *reo*, secondo una logica di riconciliazione e ricomposizione del conflitto³⁴. Essa promuove un dialogo tra chi ha subito il reato e chi lo ha commesso; quest’ultimo non deve più “accettare” passivamente la pena, ma deve

³⁰La giustizia ripetitiva era già stata oggetto di interventi normativi, in particolare del d.p.r. 22 settembre 1988, n. 448, contenente la disciplina del processo penale minorile e del d. lgs. 28 agosto 2000, n. 274 riguardante la competenza penale del giudice di pace. Il primo documento prevede la sospensione con messa alla prova del minore; il giudice può impartire, con l’ordinanza di sospensione del processo, prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione con la persona offesa dal reato. In caso di esito positivo il giudice dichiara il reato estinto

Per approfondire v. C. MAZZUCCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale*, in *Verso una giustizia penale “conciliativa”*, (a cura di) L. PICOTTI – G. SPANGHER, Milano, Giuffrè Editore, 2002, p. 123

³¹Per approfondire v. G. L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della “legge Cartabia”*, in www.sistemapenale.it, 15 ottobre 2021

³² Si veda G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, Giuffrè, Milano, 2003

³³ V. A. CERETTI, *Giustizia riparativa e mediazione penale. Esperienze pratiche a confronto*, in F. SCAPPARO (a cura di), *Il coraggio di mediare*, Guerini e Associati, 2001

³⁴A. CERETTI, G. MANNOZZI, *Sfide: la giustizia riparativa*, in *Omicron/29*, novembre/dicembre 2000

attivamente agire per ridurre, ove possibile, le conseguenze del reato. La vittima, dal canto suo, non è più spettatrice del processo, ma partecipa attivamente alla creazione di un “accordo”³⁵.

Muta anche la visione del reato: non più esclusivamente un danno alla società, bensì anche una lesione dei diritti di un determinato soggetto³⁶. La vittima assume, quindi, un ruolo da protagonista, che partecipa al processo anche mediante gli strumenti riparativi, che vanno dalla mediazione autore-vittima alle scuse formali, dagli incontri tra vittime ed autori di reati a quelli di mediazione allargata ed i *conference groups*³⁷.

Va, tuttavia, sottolineato che, nonostante le numerose modifiche apportate dalla recente Riforma, non è stata ancora normativizzata una vera e propria definizione di giustizia riparativa nella legge nazionale, ancorché debba ritenersi che essa sia costituita da tutti quei procedimenti che permettono alla vittima ed al *reo* di partecipare alle questioni risultanti dal reato, con la supervisione di un terzo imparziale.

Più precisa è la normativa internazionale che, al contrario, intende per giustizia riparativa «qualunque procedimento in cui la vittima e il *reo* e, laddove appropriato, ogni altro soggetto o comunità lesi da un reato, partecipano attivamente insieme alla risoluzione delle questioni emerse dall’illecito, generalmente con l’aiuto di un facilitatore. I procedimenti di giustizia riparativa possono includere la mediazione, la conciliazione, il dialogo esteso ai gruppi parentali (*conferencing*) e i consigli commisurativi (*sentencing circles*)»³⁸.

Alla Riforma Cartabia è, altresì, spettato il compito di definire il concetto di vittima, oggi identificata con la persona fisica che ha subito un danno a causa della commissione di un reato, ha il diritto di accedere alla giustizia riparativa in ogni stato e grado del procedimento e anche durante l’esecuzione della pena, su iniziativa dell’autorità giudiziaria competente senza preclusioni in relazione al reato per cui si procede (art. 42, co. 1, lett. b) d.lgs. n. 150/2022).

Il consenso di ambo le parti deve essere libero ed informato e vi deve essere una valutazione positiva da parte dell’autorità giudiziaria in merito all’utilità del programma in relazione ai criteri di accesso.

Esula da queste brevi note soffermarsi in maniera dettagliata sulla nuova procedura conciliativa. Tuttavia, queste premesse evidenziano il ruolo significativo che la vittima ricopre in tale procedimento: essa diventa protagonista a tutti gli effetti ed il suo consenso è un requisito necessario

³⁵M. BOUCHARD, *La mediazione dei conflitti penalmente rilevanti*, in *Dir. pen. e proc.*, Milano, Giuffrè Editore, 1998, p. 1572.

³⁶G. BAZEMORE, *Rock and Roll, Restorative Justice, and the Continuum of the Real World: A Response to “Purism” in Operationalizing Restorative Justice*, in *Contemporary Justice Review*, 2000, 3(4), pp. 459 e 464

³⁷A. CERETTI, *Progetto per un ufficio di mediazione penale presso il Tribunale per i minorenni di Milano*, in *La sfida della mediazione*, (a cura di) G. PISAPIA – D. ANTONUCCI, Padova, Cedam, 1997.

³⁸Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters adottati dalle Nazioni Unite il 24 luglio 2002, § 1

addirittura ai fini della possibilità di accedere alla giustizia riparativa³⁹. Le sorti dell'imputato, dunque, per la prima volta, dipendono anche dalle decisioni della parte lesa⁴⁰.

L'“accordo” verrà stipulato in presenza di un soggetto altamente preparato, il mediatore, il quale dovrà ricevere una formazione professionale.

Va ricordato, inoltre, che è possibile accedere alla giustizia riparativa anche durante l'esecuzione della pena e ciò palesa l'obiettivo di “dare voce” alla vittima in tutte le fasi del procedimento. Questo momento, infatti, nella concezione tradizionale, è stato sempre focalizzato solo sul condannato, sulla necessità che egli venisse rieducato e reinserito nella società dopo aver attraversato un percorso di “espiazione”.

Con la riforma, invece, l'attenzione si sposta anche sulla vittima, protagonista del percorso di riconciliazione con il condannato al pari di quest'ultimo.

Ne consegue una rimodulazione della visione della pena, non più prettamente punitiva, ma volta alla risoluzione del conflitto.

Parallelamente, ma in una diversa prospettiva, la Riforma del 2022 attribuisce alla vittima un ulteriore beneficio: in caso di decreto penale di condanna o di sentenza di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p., l'effettivo svolgimento del lavoro di pubblica utilità accompagnato dal risarcimento del danno o dalla eliminazione delle conseguenze dannose del reato ove possibili, comporta la revoca della confisca che sia stata eventualmente disposta.

Ciò significa che se il condannato vorrà riappropriarsi dei suoi beni, dovrà risarcire la vittima e rimuovere le conseguenze del reato, a beneficio dell'efficienza processuale.

Ma alla riforma Cartabia spetta anche il merito di prestare attenzione a particolari vittime, quali quelle di violenza domestica o di genere, adeguando la normativa nazionale agli standard europei previsti dalla direttiva 2012/29/UE. Si integrano, infatti, alcune norme processuali a tutela delle vittime di violenza domestica e di genere introdotte con legge 19 luglio 2019, n. 69 - il c.d. “Codice Rosso” - estendendone la portata applicativa anche alle vittime di tentato omicidio e dei delitti in forma tentata.

Prima della suddetta riforma, infatti, le disposizioni a tutela delle parti lese e dei loro diritti nel procedimento penale in materia di comunicazione alla persona offesa dei provvedimenti di scarcerazione di cui agli artt. 90 *ter*, co. 1 *bis* e 659, co. 1 *bis*, c.p.p., la tempestiva assunzione di informazioni *ex art.* 362, co. 1 *ter* c.p.p., il compimento senza ritardo da parte della polizia giudiziaria degli atti delegati dal pubblico ministero *ex art.* 370, co. 2 *bis* c.p.p. e l'obbligo di trasmissione degli atti al giudice civile *ex art.* 64 *bis*, co. 1 disp. att. c.p.p., si applicavano solo nel caso dei delitti previsti dagli articoli 572, 609 *bis*, 609 *ter*, 609 *quater*, 609 *quinquies*, 609 *octies*, 612 *bis* e 612 *ter* c.p., ovvero dagli articoli 582 e 583 *quinquies* c.p. nelle ipotesi aggravate ai sensi degli articoli 576, co. 1,

³⁹ G. MANNOZZI, *La Giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Giuffrè, 2003, pag. 271; G. Mannozi-Lodigiani, *La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Giappichelli, Torino, 2017, pag. 362

⁴⁰E. VENAFRO, *Brevi cenni introduttivi sull'evoluzione della tutela della vittima nel nostro sistema penale*, in E. VENDAFRO, C. PIEMONTESE (a cura di), *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Torino, 2004

numeri 2, 5, 5.1, e 577, co. 1, n. 1, e secondo comma, c.p., senza alcun espresso richiamo alle forme tentate, né al reato di tentato omicidio.

5. L'importanza della vittima e la necessità di consentire a quest'ultima una partecipazione attiva in tutte le fasi del processo penale è stata oggetto di riforme anche nel sistema penale statunitense: i giuristi americani, soprattutto negli ultimi anni, hanno analizzato, infatti, il trattamento delle vittime dei reati, diventate vere e proprie protagoniste del processo penale, soprattutto a causa della crescente attenzione della stampa verso soggetti che, danneggiati dai reati, non vedevano soddisfatte le loro richieste risarcitorie.

Molti studiosi, però, hanno lamentato il diffondersi di una visione eccessivamente "vittimocentrica", contraria alle radici del diritto processuale, notoriamente di stampo statalista.

Il procedimento penale, infatti, è sempre stato visto negli USA come un momento di scontro tra il presunto colpevole e lo Stato ed il reato è *in primis* un danno che il cittadino commette nei confronti del governo e, solo in un secondo momento ed eventualmente, può essere considerato il soggetto che effettivamente è stato fisicamente leso dall'atto *contra legem*.

Ciò si desume dalla stessa struttura delle sentenze, le quali già nell'intestazione evidenziano il concetto di "lotta" tra lo Stato e l'imputato.

Nell'ultimo secolo, però, i giuristi americani hanno cercato di mitigare tale visione⁴¹ e, nonostante le numerose resistenze⁴², la partecipazione della persona offesa al processo penale è divenuta sempre più importante e diffusa nei tribunali statunitensi, riconoscendosi a questi soggetti, oltre al diritto a richiedere il risarcimento del danno, anche diritti partecipativi e il diritto di ricorrere ad una forma alternativa di giustizia riparativa⁴³.

Va tenuto presente che gli Stati Uniti sono un governo federale e che ogni paese ha una propria normativa. Pur tuttavia alcuni diritti sono sempre generalmente garantiti alla persona offesa⁴⁴: il diritto di assistere ai processi che la riguardano, quello a ricevere informazioni in merito alla scarcerazione, alla condanna, all'evasione dei condannati, la possibilità di essere ascoltata in tutti quei procedimenti che riguardano patteggiamenti, condanne e libertà condizionale, il diritto a conferire con il pubblico ministero anche in merito alle preoccupazioni circa la sua sicurezza.

⁴¹ D. J. HALL, *Victims' Voices in Criminal Court: The Need for Restraint*, 28 AM. CRIM. L. REV. 233, 235 (1991) (opposing the use of victim impact statements at sentencing).

⁴² ("[T]here is immense resistance within the legal academy to the idea of victims becoming part of the criminal process. This is because . . . we have a legal culture in which all of us were taught that there are only two sides to a proceeding"). Un esempio di critica della partecipazione processuale della vittima è in P. H. ROBINSON, *Should the Victims' Rights Movement Have Influence Over Criminal Formulation and Adjudication?*, 33 MC GEORGE L. REV. 749, 756-57, 2002, (arguing against allowing victims the ability to state the punishment that they feel the offenders deserve); J. D. BESSLER, *The Public Interest and the Unconstitutionality of Private Prosecutors*, 47 ARK. L. REV. 511, 514 (1994) (opposing any participation at trial by attorneys hired by victims).

⁴³ D. J. HALL, *Victims' Voices in Criminal Court: The Need for Restraint*, cit.

⁴⁴ Vedi R. P. MOSTELLER & H. JEFFERSON POWELL, *With Disdain for the Constitutional Craft: The Proposed Victims' Rights Amendment*, 78 N.C. L. REV. 371, 372-74 (2000); R. P. MOSTELLER, *Victims' Rights and the United States Constitution: An Effort to Recast the Battle in Criminal Litigation*, 85 GEO. L. J. 1691, 1692 (1997) [hereinafter *Victims' Rights*].

La sempre maggiore attenzione dell'ordinamento e della giurisprudenza rivolta, a partire dagli anni '80, nei confronti della vittima⁴⁵ è stata fortemente criticata soprattutto dall'Accademia, che ha addirittura inviato una lettera al Congresso per sollecitare una limitazione alla partecipazione delle persone offese nel processo⁴⁶. Si è lamentata la compressione dei diritti dell'imputato in favore di quelli delle vittime, affermandosi altresì che colui che ha subito il reato è spesso spinto da una voglia di vendetta quasi brutale che comporta, di solito, la richiesta di una punizione estrema, addirittura ove possibile la pena capitale.

I sottoscrittori della petizione, tutti professori di diritto penale, hanno sostenuto anche che la giuria è molto condizionabile dalla testimonianza della vittima, vista di solito come un soggetto debole che è stato ferito. La retorica e le esibizioni di dolore, infatti, possono nascondere una brutalità fredda e vendicativa e possono influenzare i giurati a scegliere una pena eccessivamente afflittiva per l'imputato⁴⁷.

Viceversa, a parere di coloro che pretendono verso l'esclusione del soggetto leso dal processo penale, l'affermazione della colpevolezza processuale e la conseguente punizione dovrebbero dipendere esclusivamente dalla gravità del reato e non dall'indulgenza della vittima, la quale dovrebbe continuare a rivestire un ruolo marginale.

Tale visione, sebbene eccessivamente estremista, se calata nel contesto statunitense non appare priva di fondamento, non dovendo comportare il legittimo diritto del soggetto leso di partecipare al procedimento che lo riguarda una compressione dei diritti dell'imputato.

Del resto, anche nel sistema statunitense la vittima può comunque decidere di intentare un'azione civile nei confronti di colui che ha commesso il reato e richiedere un risarcimento e, tuttavia, ciò spesso è ritenuto inefficace ed insufficiente dalla vittima⁴⁸, ancorché il *reo* paghi il processo civile e la risarcisca.

A tal proposito si è parlato spesso di "voglia di vendetta" o di vedere l'autore del reato pubblicamente umiliato e condannato⁴⁹. Ciò nonostante⁵⁰, la legislazione statunitense continua ad attribuire alle parti lese un ruolo da protagoniste nel processo penale, sostenendo che l'assistenza alle

⁴⁵ R. C. DAVIS, J. M. ANDERSON, J. WHITMAN, S. HOWLEY, *Securing Rights for Victims: A Process Evaluation of the National Crime Victim Law Institute's Victims' Rights Clinics*, RAND Corporation, 2009, 9.

⁴⁶ *Letter from Law Professors Regarding the Proposed Victims' Rights Constitutional Amendment (Apr. 28, 2003)*; 2002 *Victims' Rights Amendment: Hearing on H.J. Res. 91 Before the Subcommittee on the Constitution of the Committee on the Judiciary, House of Rep., 107th Cong. 2d Sess. (May 9, 2002) [hereinafter Hearing on H.J. Res. 91]*, available at http://commdocshouse.gov/committees/judiciary/hju79525.000/hju79525_0.htm (last visited Feb. 11, 2005); 2000 *Rights of Crime Victims' Constitutional Amendment: Hearing on H.J. Res. 64 Before the Subcommittee on the Constitution of the Committee on the Judiciary, House of Rep., 106th Cong. 2d Sess. (Feb. 10, 2000)*.

⁴⁷ E. RAPPING, *Television, Melodrama, and the Rise of the Victims' Rights Movement*, 43 N.Y.L. SCH. L. REV. 665, 665 (1999-2000).

⁴⁸ Si veda J. W. GILLIS & DOUGLAS E. BELOOF, *The Next Step for a Maturing Victims' Rights Movement: Enforcing Crime Victims' Rights in the Courts*, 33 MCGEORGE L. REV. 689 (2002).

⁴⁹ P. M. TOBOLOWSKY, *Crime victims' rights and remedies* (2001); R. E. SCOTT & WILLIAM J. STUNTZ, *Plea Bargaining as Contract*, 101 YALE L. J. 1909, 1909 n.1 (1992).

⁵⁰ Coloro che richiedono a gran voce l'esclusione della vittima dalle aule penali ritengono che solo così è possibile garantire all'imputato di non doversi difendere da due nemici: lo Stato e la persona offesa. Cfr. M. E. NUGENT & MARK L. MILLER, *Basic Factors in Determining Prosecutor Workload*, 36 THE PROSECUTOR 32, 33 (Jul.-Aug. 2002)

vittime e le attribuzioni a queste ultime di poteri processuali sono elementi fondamentali di un qualsiasi stato di diritto⁵¹.

Le proposte per includere la partecipazione delle vittime nel processo penale sono state sostenute da due diversi gruppi. I "Bootlegger" del movimento per i diritti delle vittime sono organizzazioni che rappresentano la polizia e i pubblici ministeri⁵²; coloro che hanno subito un crimine, invece, quando si associano di solito sono definiti "Baptists" e premono su una riforma processual-penalistica che veda l'incremento dei poteri delle vittime nel processo penale⁵³, affinché esse possano partecipare attivamente soprattutto alla scelta della pena.

Anche questa visione sembra estrema e occorre un bilanciamento tra i diritti dell'imputato e quelli della parte civile.

Nel 1990 viene comunque emanato il "Victims' Rights and Restitution Act", nel quale si fa riferimento specifico al diritto delle vittime di presenziare a tutte le procedure processuali, di essere informate sull'arresto, sulla condanna, sulla sentenza, sull'eventuale messa alla prova e sul rilascio o morte del colpevole e sulla possibilità di rivolgersi a servizi presenti sul territorio per ricevere supporto pratico, medico, psicologico, economico⁵⁴.

Tuttavia, forse la riforma più ampia in tema di partecipazione delle vittime nel sistema giudiziario è la "Victim Impact Statements" (VIS), la quale permette alle vittime di descrivere attraverso una dichiarazione scritta, presentata al giudice prima che emani il verdetto di condanna, i danni fisici, economici ed emotivi che il reato subito ha causato loro. E' la Corte, poi, a scegliere che peso dare a questo materiale nel momento in cui dovrà decidere sulla condanna da emettere.

Esiste, poi, una forma simile di VIS più soggettiva, la "Victim Statements of Opinion" (VSO), prevista nella maggioranza degli stati membri, in cui è permesso alle vittime di esprimere, per scritto o di persona davanti alla Corte, il loro parere sulla condanna che il colpevole dovrebbe ricevere per il danno che ha causato loro⁵⁵, ritenendosi importante conoscere l'impatto – emotivo, fisico, economico – che il reato ha determinato sulla vittima.

Sicché, a ben guardare la normativa statunitense negli ultimi anni è stata propensa ad accentuare la tutela di coloro che hanno subito il reato, a fronte della persistenza di un fronte contrario alla partecipazione della parte lesa nel processo penale.

Il bilanciamento di queste correnti di pensiero, a parere di chi scrive, eccessivamente rigorose, potrebbe portare ad una riforma particolarmente interessante: la vittima del reato potrebbe ricoprire un nuovo ruolo, quello di testimone "portatore di interesse" - essa sarebbe, di fatto, un teste

⁵¹Si veda D. E. BERNSTEIN, *Lochner's Feminist Legacy*, 101 MICH. L. REV. 1960, 1986 n.133 (2003) (review essay); see also T. J. ZYWICKI, *Baptists? The Political Economy of Environmental Interest Groups*, 53 CASE W. L. REV. 315 (2002).

⁵² Tra tutti B. YANDLE, *Bootleggers and Baptists: The Education of a Regulatory Economist*, REGULATION MAY/JUNE 1983, at 13-14 (describing the Baptist, Bootlegger Theory of Regulation

⁵³Per approfondire D. P. KELLY & E. EREZ, *Victim Participation in the Criminal Justice System*, in VICTIMS OF CRIME 231, 232-33 (Sage Publications 1997).

⁵⁴ E. EREZ, L. ROEGER, *Victim impact statements and sentencing outcomes and processes: the perspectives of legal professionals*, in *The British Journal of Criminology*, 1994

⁵⁵ E EREZ; L ROEGER; F MORGAN, *Victim Impact Statements in South Australia: An Evaluation*, 1994.

dell'accusa - ma contemporaneamente la giuria dovrebbe essere informata delle richieste che la parte lesa ha fatto, della sua situazione economica e personale, dei suoi rapporti con il presunto colpevole.

Se, difatti, è vero che un controesame invasivo rischia di sottoporre il teste ad una vittimizzazione secondaria, è pur vero che solo così è possibile vagliare la credibilità di una parte processuale così "particolare".

È, comunque, a partire dagli anni '70 che in America si diffonde un nuovo modello di giustizia: la *restorative justice*.

A quest'ultima spetta il merito di aver modificato il modo in cui vengono concepiti il reato ed il colpevole⁵⁶; il *reo* non è più visto come un soggetto da allontanare e da punire, bensì come qualcuno che ha commesso un errore e che deve essere reinserito nella società.

Il recepimento di tale concetto nel sistema americano ha fatto sì che oggi la pena venga intesa come uno strumento per "riparare" al danno compiuto.

È proprio negli Stati Uniti che si è cominciato a parlare di giustizia riparativa moderna, con l'esperimento di Kitchener⁵⁷. Quest'ultima è una cittadina dell'Ontario nella quale venne proposto ad un giudice che aveva condannato due ragazzini, responsabili di aver danneggiato alcune abitazioni, un programma di *probation* diverso dal solito.

Vennero organizzati degli incontri tra i due giovani e le famiglie proprietarie delle abitazioni danneggiate ed alcune sedute con uno psicologo. I due condannati dovettero altresì risarcire il danno cagionato lavorando.

Questo sistema, detto VOM, fu molto apprezzato e si diffuse sempre più, soprattutto in Nordamerica. Con la sigla VOM si identifica la mediazione tra vittima e colpevole, basata su pratiche che tengono conto di molteplici fattori, quali le pene alternative, la personalità dell'autore del reato, le peculiarità della vittima.

Da strumento utilizzato esclusivamente per i minori, la giustizia riparativa è divenuta sempre più un istituto comune nel diritto statunitense. Oggi è molto diffuso il *restorative paradigm*; quest'ultimo propone un modello consensuale con cui la vittima, l'autore del reato e la comunità di appartenenza ricercano soluzioni al conflitto che li oppone.

Le finalità di tale istituto sono la "restituzione", la riconciliazione e la riparazione del danno⁵⁸.

Sul punto sono intervenute anche le Nazioni Unite che, con il paragrafo I.3 della risoluzione 2000/14 del Consiglio Economico e Sociale, hanno incentivato l'impiego di programmi di giustizia riparativa in materia penale, dando delle linee guida agli Stati membri, in particolare affermando che i programmi di giustizia riparativa devono essere accessibili durante tutte le fasi del processo, le parti devono dare un consenso libero ed esplicito, le obbligazioni devono essere ragionevoli e

⁵⁶ G. ZAGREBELSKY, *Che cosa si può fare per abolire il carcere*, La Repubblica, 23 gennaio 2015.

⁵⁷ D. PEACHEY, *The Kitchner experiment*, in M. WRIGHT – B. GALAWAY, (a cura di), *Mediation and Criminal Justice. Victims, offenders and community*, Sage, London 1989

⁵⁸ F. VIANELLO, *Mediazione penale e giustizia di prossimità*, in *Dei delitti e delle pene*, 2000, 3, 5 ss.

proporzionate ed il mancato raggiungimento di un accordo non può essere utilizzato dal giudice per aggravare la pena⁵⁹.

Negli Stati Uniti, quindi, la giustizia riparativa, così come in Italia, ha un duplice obiettivo: quello di superare la logica sanzionatoria sottesa ai modelli retributivi di mera prevenzione e quello di valorizzare il ruolo della vittima e nel contempo responsabilizzare l'autore del reato mediante la riparazione ed il risarcimento del danno. La giustizia riparativa, quindi, presuppone un percorso che contempa vittima e reo e ogni altro individuo o gruppo di individui che siano stati coinvolti nel reato⁶⁰, attivamente o anche solo "passivamente", affinché possano essere risolte tutte le questioni che l'illecito abbia fatto emergere⁶¹.

È stata così abbandonata la tradizione consolidata che attribuiva ad un terzo il ruolo di ristabilire l'ordine violato in favore di un sistema che restituisce alle parti il compito di ricercare una soluzione consensuale al conflitto che le vede protagoniste; l'autore del reato, dunque, non è più visto come qualcuno da punire, ma come un soggetto attivo cui è richiesto di rimediare praticamente agli "errori" commessi.

Al di là delle differenze, il sistema italiano e quello americano presentano delle caratteristiche comuni: l'intervento di una parte terza ed imparziale, la volontarietà dell'accordo, il dialogo tra vittima ed autore di reato.

Alla giustizia riparativa, inoltre, spetta il merito di guardare al reato non come ad un fatto, ma come ad un conflitto tra le parti che deve e può essere risolto in funzione di una «pacificazione sociale»⁶².

6. Dalla breve disamina operata è emerso come anche nel sistema statunitense sia in atto da tempo un processo di valorizzazione del ruolo processuale della persona offesa dal reato e degli istituti di giustizia riparativa. Questi ultimi si collocano nell'idea di garantire un più facile reinserimento del reo nella società e di attribuire alla vittima un ruolo più attivo in sede penale, a cui resta comunque aperta la possibilità di richiedere ed ottenere una riparazione del danno in senso materiale.

Non va, poi, tralasciata la natura federale degli Stati Uniti, che implica che ogni Stato si caratterizzi per una propria disciplina penale, processuale penale e anche in materia di giustizia

⁵⁹ *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*, ECOSOC Res. 2000/14, U.N. Doc. E/2000/INF/2/Add.2 at 35 (2000).

⁶⁰ Cfr. G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, p. 9 ss., i quali propongono una rappresentazione del reato "ellittica", con la vittima e il reo all'interno di tale figura geometrica, che deve però essere contornata da ogni altro elemento della c.d. "molecola criminale", come la comunità, le forze dell'ordine, la magistratura, intese come agenzie del controllo formale, e la famiglia, la scuola, intese, invece, come agenzie del controllo informale.

⁶¹ V. le definizioni elaborate dalle Nazioni Unite nell'ambito dei *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*, cit., che considerano la giustizia riparativa come un "qualunque procedimento in cui la vittima e il reo e, laddove appropriato, ogni altro soggetto o comunità lesi da un reato, partecipano attivamente insieme alla risoluzione delle questioni emerse dall'illecito, generalmente con l'aiuto di un facilitatore.

⁶² G. MANNOZZI, G. A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, cit.; G. MANNOZZI, G. A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015.

riparativa, sicché questa non trova applicazione ovunque, ancorché stia acquisendo una sempre maggiore diffusione e generalizzazione.

Anche negli Stati Uniti, come successo con alcuni istituti processuali nell'ordinamento italiano, il paradigma riparativo ha trovato una prima sperimentazione in sede di giustizia minorile per poi espandersi sempre di più proprio alla luce del successo che si è riscontrato con i meccanismi di tale natura.

E se, a seconda dello Stato, varie sono le fasi in cui gli istituti di giustizia riparativa possono trovare applicazione e diverse anche le conseguenze che possono scaturirne e gli specifici fini perseguiti, sono, tuttavia, rintracciabili elementi comuni alla maggior parte delle esperienze statunitensi. Del resto, la *restorative justice* rappresenta per tutti una nuova concezione di giustizia penale che si fonda su un definitivo superamento della filosofia retributiva della pena e che osserva il reato da un punto di vista più umano. Non dobbiamo, però, dimenticare che in alcuni Stati americani è ancora in vigore la pena capitale e la frequente severità del trattamento sanzionatorio, che ne rendono contraddittori gli interventi.

Sicché, forse nel sistema processuale penale italiano sono riscontrabili minori contraddizioni: *in primis* perché, a prescindere dall'assenza della pena capitale, il giudice penale italiano è molto meno "influenzabile" rispetto alla giuria americana e, quindi, riesce ad essere meno coinvolto emotivamente dalla testimonianza della vittima; *in secundis* perché quest'ultima nel nostro sistema processual-penalistico non ha alcuna voce in ordine alla determinazione della pena (che vorrebbe venisse) irrogata o irrogabile all'imputato.

Sicché, e condivisibilmente, le motivazioni "vendicative" del soggetto leso restano fuori dall'accertamento penale.

Discorso a parte va fatto con riguardo alla giustizia riparativa; va ricordato, infatti, che essa non consente alla persona offesa di scegliere una pena, bensì è basata su un accordo che, in ogni caso, è attentamente vagliato dall'autorità.

Ci sono molte aspettative in merito alla Riforma Cartabia, soprattutto dopo il fallimento del progetto di riforma "Bonafede"; la legge delega del 23 settembre 2021 per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari, infatti, costituisce una nuova occasione per sperimentare nuovi istituti e, soprattutto, una nuova politica criminale, che rappresenti contestualmente i diritti della vittima ed una visione rieducativa della pena, finalizzata al reinserimento sociale del condannato.

La giustizia riparativa diventerà, dunque, un modello alternativo, ma non sostitutivo della pena punitiva. Essa non è pensata esclusivamente per le vittime, ma anche - o direi soprattutto - nell'interesse dell'imputato, il quale resta il protagonista non solo dell'accordo, ma anche della fase esecutiva della pena.

La misura carceraria, di certo, altamente criticata a livello europeo ed internazionale a causa del mancato reinserimento sociale dei detenuti, ha tantissimi limiti e, a parere di chi scrive, appare necessario che sia affiancata da un modello più idoneo alla realtà sociale in cui ci troviamo.

La detenzione in carcere, come è noto, è attualmente in crisi a causa di numerose ragioni: il sovraffollamento delle prigioni, la mancanza di una vera e propria rieducazione del condannato, la soppressione della libertà, quale strumento punitivo, ormai anacronistica.

L'inefficienza e l'inutilità della pena carceraria è dimostrata anche dalle statistiche relative alla recidiva; il detenuto rischia, difatti, di uscire dagli istituti non rieducato, ma "incattivito" dalla lunga ed inutile permanenza in essi, con scarse possibilità di trovare un lavoro e di reinserirsi nella società⁶³.

Sicché, se è vero che il carcere resta uno strumento necessario per alcune categorie di reati di particolare allarme sociale, è anche necessario e improcrastinabile incentivare un sistema sanzionatorio alternativo. In questa prospettiva vanno, allora, letti i maggiori poteri attribuiti alla vittima, che non sono esclusivamente a vantaggio di quest'ultima, bensì rispondono ad esigenze più ampie. La riforma Cartabia, difatti, è un effettivo cambio di rotta nella politica criminale del nostro paese, che riesce a coniugare i bisogni della vittima con quelli dell'imputato, in un'ottica riparatoria e restitutoria sia nei confronti del soggetto leso che del reo.

La nuova giustizia riparativa consente altresì una notevole diminuzione della mole di lavoro dei tribunali, aumentandone l'efficienza.

Trattasi di un obiettivo molto ambizioso. Non resta che attendere l'applicazione della riforma, in modo da verificare "sul campo" se il nostro paese è sufficientemente maturo per una tale rivoluzione copernicana.

⁶³ Così F. PALAZZO, *Crisi del carcere e culture di riforma*, in *Diritto penale Contemporaneo*, (4), 2017, pag. 6.

LA PARTECIPAZIONE A DISTANZA NEL PROCESSO PENALE. IL VOLTO DIGITALE DELL'IMMEDIATEZZA NEL DECRETO DI ATTUAZIONE DELLA RIFORMA CARTABIA.

ILARIA PICCOLO

ABSTRACT

The Cartabia Reform, in continuity with the emergency regulations in the Covid-19 era, has permanently inserted a general regulation of remote participation in the new Title II-bis of Book II of the Code of Criminal Procedure, with the articles 133-bis and 133-ter. This work intends to first analyze the rules included and, subsequently, reflect on the compatibility of the remote trial with the traditional principles of criminal justice and the possible risks.

SOMMARIO: 1. Le vicende evolutive della *remote justice*. – 2. La «normalizzazione dell'eccezionalità» ad opera della Riforma Cartabia. – 2.1. Le singole ipotesi di partecipazione da remoto. – 3. Le forme della giustizia despaializzata tra esigenze difensive e sanzioni processuali. – 3.1. Il decreto motivato. – 3.2. Il principio di “adeguata pubblicità”. – 3.3. I luoghi di collegamento. – 4. La “difesa tecnica” e il ruolo dell'ausiliario. – 5. Il “velo senza squarcio”. Sacralità delle forme e indeterminatezza della legge processuale.

1. In un mondo che transita sempre più veloce verso l'informatizzazione, in cui la dimensione umana fatica ormai a scindersi da quella digitale, non fa eccezione il processo penale. Pur costituendo espressione della sacralità, della “forma (che) è sostanza”, i più recenti approdi normativi si caratterizzano per una brusca accelerazione nell'*iter* di digitalizzazione.

Per “partecipazione a distanza”, in particolare, si intende la modalità di svolgimento di talune attività processuali con soggetti che partecipano da luoghi fisici diversi, grazie ai sistemi di videoconferenza o, più di recente, attraverso l'impiego di piattaforme informatiche¹.

Non si tratta, a ben vedere, di una novità recente.

La prima apparizione normativa risale all'esame a distanza (o “telesame”) di cui all'art. 147-bis Disp. att. c.p.p., introdotto dalla L. 7 agosto 1992, n. 356, sull'onda lunga delle stragi di Capaci e di Via d'Amelio, quale espediente – emergenziale e provvisorio – per l'escussione dei collaboratori di giustizia.

¹ B. GALGANI, *Contributo per un rito penale dal volto digitale: gli assist offerti dalla legge delega “Cartabia”*, in Marandola (a cura di), *Riforma Cartabia e rito penale: la legge delega tra impegni europei e scelte valoriali*, Milano, 2022, p. 58.

Si trattava in origine di un meccanismo «a tempo», con cui, per la prima volta, si era previsto che l'esame dei collaboratori di giustizia potesse avvenire "a distanza".

La *ratio legis* era quella di porre il dichiarante nelle condizioni di assolvere all'impegno di "sottoporsi a interrogatori, a esame o ad altro atto di indagine", in modo da garantirne l'incolumità fisica e la libertà morale, nonché prevenire forme di intimidazione che avrebbero potuto inquinare la genuinità delle prove².

All'iniziale perimetrazione applicativa per i soli "pentiti", fece seguito un ampliamento, pur sempre circoscritto nei confini della lotta al crimine organizzato³.

Invero, la L. 7 gennaio 1998, n. 11, sempre in via temporanea, ha inserito l'art. 146 Disp. Att. c.p.p., prevedendo un meccanismo di "teleconferenza" finalizzato a permettere la partecipazione da remoto a tutto il dibattimento. Questa, in particolare, era ammessa per l'imputato detenuto in carcere a qualsiasi titolo e purché nei suoi confronti si procedesse per uno dei delitti, consumati o tentati, previsti dall'art. 51 co. 3-*bis*, oppure – dopo il d.l. n. 374/2001 – dall'art. 407 co. 2 lett. a) n. 4 cod. proc. pen.

L'art. 146-*bis* Disp. Att. richiedeva, oltre al requisito oggettivo rappresentato dalla tipologia di delitti, anche un presupposto di tipo soggettivo, rimesso ad una valutazione discrezionale del giudice, chiamato a vagliare la sussistenza di talune condizioni potenzialmente destinate a rappresentare una minaccia per la sicurezza dei soggetti coinvolti nel processo, nonché per il suo regolare svolgimento. Nello specifico, il giudice poteva disporre lo svolgimento "a distanza" tutte le volte in cui sussistessero gravi ragioni di sicurezza o di ordine pubblico, qualora il dibattimento fosse stato particolarmente complesso e quindi fosse stato necessario evitare ritardi nel suo svolgimento, ovvero si trattasse di imputato detenuto sottoposto al regime del c.d. carcere duro di cui all'art. 41-*bis* L. 26 luglio 1975, n. 354.

In altre parole, si trattava di una ulteriore misura «tampone», sorretta - come emerge dalla Relazione al disegno di legge poi sfociato nella legge n. 11 del 1998 - dalle esigenze: a) di fronteggiare le "gravi ragioni di sicurezza o di ordine pubblico" connesse alla posizione di imputati detenuti capaci di esercitare intimidazioni nei confronti degli altri partecipanti al processo e di inquinare le fonti di prova; b) di evitare che la traduzione dagli stabilimenti carcerari alle sedi giudiziarie in cui si celebrano i relativi dibattimenti consenta collegamenti con le associazioni criminali di provenienza, così vanificando l'efficacia dei provvedimenti di sospensione delle ordinarie regole di trattamento *ex art. 41-bis* dell'ordinamento penitenziario; c) di accelerare la celebrazione di dibattimenti di particolare complessità e durata, sovente in corso contemporaneamente in diverse sedi giudiziarie.

Invero, la contemporanea presenza degli imputati, richiesta in più processi, imponeva un coordinamento tra le varie autorità giudiziarie andando a discapito della celerità dell'accertamento

² Corte cost., 26 novembre 2002, n. 483.

³ A. GIARDA, *Il processo penale in audiovisione: teleimputati, teletestimoni e "teleimputati"*, in *Corriere Giur.*, 1998, III, p. 261.

giudiziale, con il rischio della perdita di efficacia della custodia in carcere per decorrenza dei termini di durata massima⁴.

Con la partecipazione remota al dibattimento, si riteneva assicurato il «livello minimo di garanzie» necessario per tutelare il diritto di difesa di imputati detenuti per reati di eccezionale gravità, nei cui confronti il diritto di «“partecipare”, e quindi difendersi, per tutto l’arco del dibattimento» andava contemperato con le esigenze di sicurezza della collettività e dell’ordinato svolgimento dei processi.

Rebus sic stantibus, viene in rilievo come i due istituti – del telesame e della partecipazione a distanza – rispondano a finalità differenti e non siano in alcun modo assimilabili⁵.

La disciplina – originariamente pensata in via temporanea – è stata sottratta al transeunte e stabilizzata con la L. n. 279 del 2002: segno che i congegni tecnologici fossero, almeno in taluni casi, divenuti indispensabili nel processo penale.

L’art. 146 Disp. Att. è stato, poi, modificato dalla L. 17 febbraio 2012, n. 9, che ha esteso il meccanismo della partecipazione a distanza al dibattimento «*ove possibile*» anche all’ipotesi in cui debba essere ascoltato, in qualità di testimone, un soggetto «a qualunque titolo in stato di detenzione presso un istituto penitenziario».

La L. 23 giugno 2017, n. 103 (cd. “Riforma Orlando”) ha interpolato nuovamente la disposizione, superando l’originaria impostazione dell’istituto della videoconferenza e disponendo che il detenuto debba obbligatoriamente partecipare a distanza alle udienze dibattimentali dei processi nei quali assume la veste di imputato, qualora si proceda per taluno dei delitti indicati nell’art. 51, comma 3-*bis*, nonché nell’art. 407 co. 2, lettera a), n. 4) c.p.p., anche in relazione a reati per i quali sia in libertà; allo stesso modo, inoltre, partecipa alle udienze civili e alle udienze penali nelle quali debba essere esaminato come testimone.

La Riforma ha previsto altresì l’obbligatorietà della partecipazione a distanza del collaboratore di giustizia e del soggetto sottoposto al regime di cui all’art. 41-*bis* L. ord. penit. (non più circoscritta al solo telesame)⁶.

L’effetto della modifica sembra essere stato quello di considerare la partecipazione a distanza il regime ordinario attraverso il quale il detenuto partecipa al giudizio. In altri termini, la partecipazione a distanza, da eccezione legata alla sussistenza di determinati parametri, è divenuta la regola per tutti i processi cui è sottoposta la persona che sia detenuta per uno dei gravi reati individuati *ex lege*⁷.

Infine, la Riforma Orlando ha riconosciuto al giudice il potere di disporre, con un decreto motivato, la partecipazione a distanza ove sussistano delle ragioni di sicurezza, nei casi di particolare

⁴ F. GIUNCHEDI, *L’esame a distanza*, in Bargi (a cura di), in *Il “doppio binario” nell’accertamento dei fatti di mafia*, Torino, 2013, p. 739.

⁵ Corte cost., 22 luglio 1999, n. 342, con nota di C. CONTI, *Partecipazione e presenza dell’imputato nel processo penale: questione terminologica o interessi contrapposti da bilanciare*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, pp. 76 ss.

⁶ Sulle modifiche della Riforma Orlando si rinvia a F. R. MITTICA, *Novità sulla videoconferenza nel processo penale*, in *Proc. pen. giust.*, 5/2018, *passim*.

⁷ S. LORUSSO, *Dibattimento a distanza vs. “autodifesa”?*, in *Dir. pen. contem.*, 4/2017, p. 219.

complessità del dibattimento, o per evitare ritardi nel suo svolgimento, ovvero quando si deve assumere la testimonianza di una persona a qualunque titolo in stato di detenzione presso un istituto penitenziario (art. 146-*bis*, comma 1-*quater*, Disp. att. c.p.p.). Situazioni che hanno l'effetto di ancorare la partecipazione a distanza a una scelta discrezionale (ma pur sempre vincolata) del giudice.

Vero è che il primo parametro si fonda su concetti di ampio uso e facile decifrazione, pur se a rischio indeterminatezza, mentre il secondo risulta più evanescente, essendo i dibattimenti per i reati di quella gravità di per sé tendenzialmente complessi e comportando quasi sempre il trasferimento dell'imputato detenuto un differimento temporale, specie quando impegnato in più processi. Tuttavia, è altrettanto vero che l'obbligo per il giudice di motivare la propria decisione sul punto ha l'effetto di porre un freno alla sua discrezionalità⁸.

Il procedimento a distanza ha trovato, poi, una brusca accelerazione con la legislazione emergenziale volta al contenimento della situazione epidemiologica da Covid-19, che ha previsto un'estensione applicativa della smaterializzazione del processo penale attraverso un dichiarato bilanciamento d'interessi – costituzionalmente orientato – tra il diritto alla salute ed il diritto di difesa⁹.

In una prima fase, il d.l. 8 marzo 2020, n. 11, ha introdotto la possibilità di partecipare a qualsiasi udienza a carico di “persone detenute, internate o in stato di custodia cautelare”, “ove possibile”, “mediante videoconferenze o con collegamenti da remoto, individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei servizi informativi e automatizzati del Ministero della Giustizia, applicate, in quanto compatibili, le disposizioni di cui ai commi 3, 4 e 5 dell'art. 146-*bis*” delle disp. att. al c.p.p.

In sede di conversione del decreto “Cura Italia” (d.l. 2020, n. 18), si è assistito ad un'apertura senza precedenti all'impiego della videoconferenza nel processo penale.

Da un lato, la possibilità di procedere «da remoto» non avrebbe dovuto più essere circoscritta all'ipotesi dell'indagato o imputato *in vinculis*, ma avrebbe potuto riguardare, quale alternativa all'impiego degli altri meccanismi funzionali a contrastare la propagazione del *virus*, qualsiasi udienza, comprese – per ciò che rileva ai fini della presente trattazione – quelle deputate all'assunzione di prove dichiarative, con l'unica eccezione rappresentata dalla testimonianza resa da soggetti diversi dagli ufficiali o agenti di polizia giudiziaria; dall'altro, a partecipare virtualmente non avrebbe dovuto essere il solo destinatario dell'accertamento penale, bensì tutti gli “attori” del processo.

L'espansione dell'ambito applicativo del collegamento a distanza ha dato luogo a un ampio dibattito dai forti accenti critici, suscitando dubbi e perplessità nella cultura giuridica, che ha sottolineato i rischi della epifania di fenomeni di giustizia sommaria e di stravolgimento della fisionomia costituzionale del processo penale¹⁰.

⁸ S. LORUSSO, *Dibattimento a distanza vs. “autodifesa”?*, cit., p. 219.

⁹ Si rinvia a O. MAZZA, *Distopia del processo a distanza*, in *Arch. Pen.*, 4/2020; E. FRAGASSO JR., *Il processo penale a distanza, la Costituzione ed i provvedimenti emergenziali contro la Covid-19*, in *disCrimen*, 22 giugno 2020, *passim*.

¹⁰ Si v. il Documento del Direttivo dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale del 13 aprile 2020 “Osservazioni sulle disposizioni eccezionali per la giustizia penale nell'emergenza COVID -19”.

Con il d.l. 30 aprile 2020, n. 28, nell'estendere fino al 31 luglio 2020 l'arco temporale di operatività del processo a distanza, si sono escluse dal collegamento *on line*, salvo che le parti vi acconsentano, le udienze di discussione finale, sia pubbliche sia in camera di consiglio, nonché le udienze in cui devono essere esaminati i testi, le parti, i consulenti tecnici o i periti¹¹.

Sulla scorta delle critiche mosse dal mondo accademico e dall'Unione delle Camere Penali Italiane, il d.l. 30 aprile 2020, n. 28, successivamente convertito nella legge 25 giugno 2020, n. 70, ha escluso lo svolgimento "*on-line*" delle udienze previste per l'esame di tutte le fonti orali, oltre che di quelle di discussione finale, salvo il comune accordo delle parti.

La normativa *de quibus* è stata riaffermata ulteriormente dal cd. "Decreto Ristori" (d.l. n. 137 del 2021), che ha reintrodotto una disciplina *ad hoc* delle *virtual hearings*, escludendone l'applicabilità «alle udienze in cui devono essere esaminati testimoni, parti consulenti o periti [...] e, salvo che le parti vi consentano, alle udienze [...] dibattimentali».

Inoltre, con riferimento all'imputato *in vinculis*, l'esecutivo ha nuovamente disposto che tale soggetto dovesse sempre intervenire a distanza indipendentemente dalla sua volontà¹².

2. La partecipazione a distanza è passata dal 'particolare' al 'generale' con la Riforma Cartabia.

La Legge delega n. 134 del 2021 aveva delegato il governo a «individuare i casi in cui, con il consenso delle parti, la partecipazione all'atto del procedimento o all'udienza possa avvenire a distanza». Ma il d.lgs. di attuazione n. 150 del 2022 non si è limitato a integrare le ipotesi di intervento da remoto, ma ha inserito stabilmente una disciplina generale della partecipazione a distanza nel nuovo Titolo II-*bis* del Libro II del Codice di procedura penale, con gli artt. 133-*bis* e 133-*ter*.

L'intervento normativo risponde, dunque, alla dichiarata intenzione di dare continuità all'esperienza maturata durante il periodo pandemico, rivelatasi preziosa per garantire efficienza e rapidità al procedimento penale e per potenziare i diritti della difesa, sfruttando anche in questo settore le nuove opportunità concesse dal progresso tecnologico.

Viene, dunque, in rilievo come il "procedimento a distanza" abbia progressivamente dilatato il proprio perimetro applicativo e, da modalità inizialmente pensata per salvaguardare in via emergenziale l'incolumità delle fonti vulnerabili, sia divenuto uno strumento acceleratorio generale, funzionale a garantire esigenze di economia processuale e ragionevole durata del processo.

La norma di apertura del nuovo Titolo II-*bis*, nel suo unico comma, definisce l'ambito di applicazione e il carattere sussidiario della disciplina dettata dal successivo art. 133-*ter*.

In particolare, l'art. 133-*bis* prevede che – fatte salve le ipotesi specificamente e diversamente disciplinate – quando l'autorità giudiziaria dispone di procedere "a distanza" al compimento di un

¹¹ Cass. Pen., Sez. VI, 10 agosto 2022, *Centamore*. Nel vigore della legislazione emergenziale, la giurisprudenza, sulla scorta dell'orientamento prevalente, ha affermato che l'omessa partecipazione via videoconferenza dell'imputato detenuto, che abbia richiesto di comparire all'udienza, determina una nullità assoluta ed insanabile del giudizio e della relativa sentenza, anche quando la relativa richiesta sia stata formulata dall'imputato personalmente.

¹² G. BORGIA, *Dibattimento a distanza e garanzie costituzionali: spunti di riflessione a partire dall'emergenza sanitaria*, in Osservatorio AIC, 6/2020, p. 184.

atto o alla celebrazione di un'udienza, si devono osservare le modalità e le garanzie delineate in via generale dall'art. 133-ter.

Se prima dell'emergenza pandemica, la *remote justice* aveva carattere residuale ed eccezionale – tanto che la relativa argomentazione era relegata, e per certi versi, nascosta nelle disposizioni di attuazione –, a seguito della disciplina introdotta nel periodo pandemico e grazie al progresso tecnologico, essa è destinata ad avere un'incidenza sempre più crescente¹³. «Il risultato di quest'abile operazione è di trascinare il processo penale in mezzo al guado. Non più indissolubilmente legato agli stilemi classici, plasmati sulla dimensione corporale dell'esperienza, ma non ancora del tutto subordinato alle istanze funzionali della giustizia digitale»¹⁴.

2.1. L'intervento riformatore – oltre a prevedere una disciplina generale di cui agli artt. 133-bis e 133-ter – ha eseguito delle interpolazioni delle disposizioni codicistiche regolanti quegli atti per i quali è stato espressamente ammesso, previo consenso dell'interessato, il compimento a distanza.

Il consenso delle parti è stato assunto quale presupposto indefettibile per l'individuazione dei casi di partecipazione a distanza agli atti del procedimento o alle udienze.

Tuttavia, i problemi applicativi discendono dalla mancata previsione delle modalità e dei termini con cui l'autorità giudiziaria deve raccogliere il siffatto consenso¹⁵.

Questo, vale la pena specificare, non ha natura vincolante, sicché il giudice deve preliminarmente accertare la disponibilità della strumentazione tecnica, e valutare la ricorrenza di eventuali circostanze indicative dell'opportunità e della necessità di procedere secondo le forme ordinarie dell'audizione in presenza¹⁶.

Le singole previsioni non sono concentrate nel Titolo II-bis del Libro II, ma sono disseminate all'interno del Codice di rito, in corrispondenza dei singoli istituti in ordine ai quali il legislatore ha ritenuto di affiancare alle modalità “tradizionali” tale modalità di partecipazione o compimento dell'atto.

L'individuazione della casistica della partecipazione processuale o procedimentale a distanza è stata realizzata nella massima ampiezza possibile in considerazione sia della *ratio* dichiarata dell'intervento di riforma («semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo penale»: art. 1, comma 1, L. delega), sia dell'assunzione del consenso delle parti a presupposto indefettibile per l'introduzione di nuove ipotesi di partecipazione ad atti e udienze a distanza¹⁷.

¹³ M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia (profili processuali)*, in *Sist. pen.*, 2 novembre 2022, p. 22.

¹⁴ D. NEGRI, *Atti e udienze “a distanza”: risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, in AA.VV., *Riforma Cartabia, La nuova giustizia penale*, a cura di Castronuovo-Donini-Mancuso-Varraso, Cedam, Milano, 2023, p. 450.

¹⁵ C.S.M., *Parere sullo schema di decreto legislativo di attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134*, 21 settembre 2022, p. 76.

¹⁶ *Relazione dell'Ufficio del Massimario, La “Riforma Cartabia”*, 2/2023, p. 22.

¹⁷ A. BARGI, *Il nuovo volto del modello “Cartabia”: riflessi sistematici sul procedimento probatorio della partecipazione a distanza e della ragionevole previsione di condanna, quale nuova regola di deflazione del dibattimento*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 6/2022, p. 514.

In sintesi, la Riforma Cartabia ha previsto la possibilità di applicare la disciplina della partecipazione a distanza nelle seguenti ipotesi:

1) Nell'udienza in camera di consiglio *ex art.* 127, comma 3, cod. proc. pen., che consente l'audizione da remoto se «l'interessato richiede di essere sentito ed è detenuto o internato in luogo posto fuori della circoscrizione del giudice», oltre che nei casi previsti dagli artt. 45-*bis* e 146-*bis* Disp. att. c.p.p., quando l'interessato vi consente.

2) Alle sommarie informazioni da parte della polizia giudiziaria *ex art.* 350, comma 4-*bis*, cod. proc. pen.

3) All'interrogatorio della persona sottoposta alle indagini *ex art.* 370 cod. proc. pen., sia quando venga effettuato dal pubblico ministero, che quando venga delegato alla polizia giudiziaria.

4) All'interrogatorio di garanzia della persona sottoposta a misura cautelare: l'art. 294 cod. proc. pen. è stato modificato nei suoi commi quarto e quinto, consentendo al giudice di autorizzare la persona sottoposta a misura cautelare e il difensore che ne facciano richiesta a partecipare a distanza all'interrogatorio, anche nel caso in cui siano detenuti fuori distretto¹⁸.

5) Nel giudizio di riesame di cui all'art. 309 cod. proc. pen., sempre su disposizione del presidente e previo consenso dell'imputato¹⁹.

6) All'udienza di convalida *ex art.* 391 cod. proc. pen., quando l'arrestato, il fermato o il difensore ne facciano richiesta.

7) Al conferimento dell'incarico al consulente tecnico e agli accertamenti tecnici non ripetibili ai sensi dell'art. 360, comma 3-*bis*, cod. proc. pen., che consente a chi vi abbia interesse di partecipare a distanza al conferimento dell'incarico al consulente tecnico e ai suoi accertamenti.

8) All'assunzione di prove dichiarative in udienza preliminare e dibattimentale, in ossequio all'art. 422, co. 2, cod. proc. pen., e all'art. 496, co. 2-*bis*, cod. proc. pen., quando una particolare disposizione di legge lo prevede, sia quando le parti vi acconsentono.

La disciplina si estende anche all'udienza del rito abbreviato, la cui norma di riferimento rinvia, sul punto, proprio alla disciplina dell'udienza preliminare di cui all'art. 422 cod. proc. pen.

9) Nel procedimento di esecuzione di cui all'art. 666, comma 4, cod. proc. pen., il cui nuovo testo ricalca quanto previsto all'art. 127 cod. proc. pen.

10) Nei procedimenti di cooperazione giudiziaria internazionale; in particolare, oltre che per l'interrogatorio (artt. 703, comma 2, cod. proc. pen., e, per i casi di arresto, art. 717, comma 2, cod.

¹⁸ *Relazione dell'Ufficio del Massimario, La "Riforma Cartabia", 2023, 2, p. 23.* Trattasi di una circostanza, quest'ultima, in cui appare opportuno ricorrere alla remotizzazione, onde consentire che l'interrogatorio sia condotto proprio dal giudice che ha irrogato la misura cautelare.

¹⁹ Si tratta, invero, dell'unica ipotesi di *remote justice*, individuata dai redattori della riforma, capace di incrementare le garanzie difensive, in quanto permette all'indagato/imputato di influire, con le proprie dichiarazioni direttamente sul giudice a conoscenza degli atti a sostegno della misura cautelare. In maniera critica si pone D. NEGRI, *Atti e udienze "a distanza": risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, cit., p. 479, secondo cui l'art. 294 co. 5 indica, sin dalle origini, quale via prioritaria, l'interrogatorio compiuto di persona dal giudice poi chiamato a valutarne i risultati; c'è da temere che, nella realtà applicativa, l'opportunità dell'atto a distanza sarà colta dal giudice per alleviare il peso delle trasferte anche quando la natura del caso consigli il massimo scrupolo.

proc. pen.), la possibilità di partecipazione a distanza dell'estraddando e del difensore è stata prevista per l'intero procedimento camerale di estradizione.

Il legislatore ha lasciato, invece, invariati i commi 1, 1-*bis*, 1-*ter* e 1-*quater* dell'art. 146-*bis* Disp.Att. cod. proc. pen.

Parte della dottrina ha criticato la scelta di lasciare intatte le siffatte ipotesi, in cui la deroga all'immediatezza appare fondata su presupposti di dubbia ragionevolezza, come il caso dell'esame del testimone che si trova in stato di detenzione (caso oggi previsto dall'art. 146-*bis*, comma 1-*quater*, ultima parte, Disp. att.), oppure quando vi siano gravi difficoltà ad assicurare la comparizione della persona da esaminare e quando si tratti di nuova assunzione a norma dell'art. 495, comma 1 (ipotesi contemplate dall'art. 147-*bis*, comma 5, Disp. att.²⁰).

Ulteriori modifiche riguardano l'esame degli operatori sotto copertura, delle persone che collaborano con la giustizia e degli imputati di reato connesso, per i quali la regola diventa, a prescindere dalla presenza di strumenti tecnici idonei, quella per cui «il giudice o il presidente, “sentite le parti”, può disporre, anche d'ufficio, che l'esame si svolga a distanza»: così, il nuovo comma 2 dell'art. 147-*bis* Disp. att. cod. proc. pen.

La Riforma Cartabia ha altresì introdotto un nuovo art. 147-*quater* nelle Disposizioni di attuazione, rubricato «Requisiti tecnici di sicurezza in caso di partecipazione a distanza», per il quale il Ministero della giustizia assicura che, nei casi di partecipazione a distanza al compimento di atti del procedimento ovvero alla celebrazione delle udienze, i collegamenti telematici agli uffici giudiziari siano realizzati attraverso reti o canali di comunicazione idonei a garantire l'integrità e la sicurezza della trasmissione dei dati²¹.

3. Come già premesso, l'art. 133-*ter* cod. proc. pen. – introdotto dalla Riforma Cartabia – fissa in via generale le modalità e le garanzie della partecipazione a distanza.

La *ratio* della norma è quella di trovare una sintesi tra le funzionalità della *remote justice*, da un lato, e il rispetto dei diritti fondamentali delle parti, dall'altro.

Nell'art. 133-*ter* sono sostanzialmente confluite – con le opportune modifiche di adattamento e coordinamento – alcune regole procedurali previgenti, che erano contenute all'art. 146-*bis* Disp. Att. c.p.p., per quanto concerne la partecipazione al dibattimento a distanza, e all'art. 147-*bis* Disp. Att. c.p.p., con riguardo all'esame degli operatori sotto copertura, delle persone che collaborano con la giustizia e degli imputati di reato connesso.

²⁰ M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto*, cit., p. 24, secondo cui il d.lgs. n. 150 ha invece lasciato invariate le disposizioni di attuazione, anche laddove la deroga all'immediatezza appare fondata su presupposti di dubbia ragionevolezza: si pensi all'esame del testimone che si trova in stato di detenzione (caso oggi previsto dall'art. 146-*bis*, comma 1-*quater*, ultima parte, disp. att.), oppure quando vi siano gravi difficoltà ad assicurare la comparizione della persona da esaminare e quando si tratti di nuova assunzione a norma dell'art. 495, comma 1 (ipotesi contemplate dall'art. 147-*bis*, comma 5, disp. att.). Rispetto alle nuove ipotesi, l'unica che desta qualche riserva è quella relativa all'assunzione delle prove dichiarative: in effetti, sembra che il legislatore delegato si sia spinto al di là dell'equilibrio raggiunto durante la pandemia, quando si era esclusa la possibilità di un'escussione a distanza dei dichiaranti. Ad ogni modo, resta ferma la possibilità per l'imputato o le altre parti di negare il consenso all'assunzione a distanza.

²¹ C. MINNELLA, *Remote justice, da eccezione a realtà sempre più crescente*, in *Guida dir.*, 2022, n. 45, p. 52.

In particolare, si è previsto che la decisione di procedere con la modalità “a distanza” debba essere assunta, dall’authority giudiziaria precedente, con un decreto motivato. Detto provvedimento, ove non sia emesso in udienza, va notificato almeno tre giorni prima del compimento dell’atto o della celebrazione dell’udienza.

Il decreto va notificato altresì alle autorità eventualmente interessate, quale, ad esempio, il dirigente dell’ufficio giudiziario o dell’ufficio di polizia giudiziaria presso il quale sarà effettuato il collegamento.

La partecipazione a distanza consiste, in concreto, nella realizzazione di un collegamento audiovisivo tra l’aula di udienza – o l’ufficio giudiziario – e il diverso luogo, espressamente equiparato alla predetta aula, in cui si trovano le persone che compiono l’atto o che partecipano all’udienza a distanza.

Il 3° comma sancisce che il collegamento virtuale deve effettuarsi attraverso modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e garantire l’effettiva partecipazione delle parti all’atto o all’udienza, assicurando la reciproca visibilità e udibilità.

La previsione è presidiata dalla sanzione della nullità.

Si è, altresì, prevista la necessità di assicurare un’adeguata pubblicità degli atti compiuti a distanza, nei casi di udienza pubblica. La disposizione è inedita rispetto alla disciplina emergenziale, che, diversamente, prevedeva la modalità “a porte chiuse”.

Sul versante della documentazione, si stabilisce che dell’atto o dell’udienza a distanza sia sempre disposta la registrazione audiovisiva.

Gli ulteriori quattro commi della norma individuano i luoghi del collegamento virtuale, che variano a seconda del soggetto e dello *status*.

La regola generale è che il collegamento debba avvenire «da altro ufficio giudiziario o da un ufficio di polizia giudiziaria individuato dall’authority giudiziaria», previa verifica dell’idoneità tecnica del luogo.

Seguono delle previsioni derogatorie.

In primis, le persone detenute a qualsiasi titolo possono collegarsi dal luogo di detenzione, mentre ai difensori è riconosciuta la facoltà di collegarsi dallo studio o da altro luogo, purché idoneo.

Ad ogni modo, il 6° comma prevede una clausola di chiusura del sistema, in forza della quale l’authority giudiziaria può consentire il collegamento virtuale da un luogo diverso, previo contraddittorio con le parti.

In chiusura, al fine di rafforzare i presidi di garanzia, si prevede la presenza di un ausiliario del giudice e del pubblico ministero o di un ufficiale di polizia giudiziaria (individuato in via prioritaria tra il personale in servizio presso le sezioni di polizia giudiziaria), il quale, non solo attesta l’identità delle persone, ma, nel redigere il verbale, deve dar atto delle cautele adottate per assicurare la regolarità dell’esame e dell’assenza di impedimenti o limitazioni all’esercizio dei diritti e delle facoltà spettanti all’interessato.

La Riforma Cartabia ha escluso la possibilità di addivenire ad una integrale “dematerializzazione” dell’udienza, (cd. “*virtual hearing*”), in cui nessuno dei protagonisti processuali condivide uno spazio fisico comune.

Non è, dunque, consentita la celebrazione di udienze da remoto, con la partecipazione virtuale anche del giudice e del pubblico ministero, che devono essere sempre nell’aula di udienza.

L’art. 133-*ter* cod. proc. pen. individua tre possibili ipotesi di svolgimento “a distanza”: il compimento di un atto; la partecipazione di una o più parti al compimento di un atto; la partecipazione a distanza di una o più parti alla celebrazione di un’udienza.

Relativamente alle modalità con cui attuare il collegamento, il legislatore si preoccupa di dotare l’imputato di specifici presidi a garanzia della pienezza di esplicazione del diritto di difesa, con una modalità che rischia di limitarsi alla “forma” più che alla “sostanza”.

In particolare, il comma 3 dispone che il collegamento audiovisivo tra l’aula di udienza e il luogo della detenzione risulti *idoneo* ad assicurare la «contestuale, effettiva e reciproca visibilità» delle persone presenti nelle due postazioni nonché la possibilità di udire quanto ivi si dica (*two-way system*), così da permettere a chi è collegato “da remoto” di interagire con i protagonisti del processo nel corso dello svolgimento dell’udienza.

La formulazione dell’art. 133-*ter* ripropone quanto già statuito dall’art. 146-*bis* Disp. att. c.p.p., ma la Riforma Cartabia ne ha presidiato l’osservanza con un’apposita nullità testuale.

La condizione si compone di tre esigenze operative: la contestualità esclude ogni sorta di differimento temporale nel collegamento; la reciprocità richiede il coinvolgimento di tutte le persone presenti nei diversi luoghi; l’effettività attiene alla concretezza del risultato, mira cioè ad escludere qualsiasi incertezza o difficoltà sulla capacità di percezione visiva e sonora di ciascun fruitore del collegamento²².

Il riferimento alla «visibilità delle persone» depone a favore della effettiva attuazione del contraddittorio. La possibilità di scorgere il volto della persona da esaminare, di scrutarne gli atteggiamenti, dovrebbe permettere di determinare le modalità dell’escussione, cadenzare il ritmo dell’interrogatorio e, soprattutto, orientare l’esame anche decidendo il tipo e i tempi delle domande da porre; al contempo, esalta il ruolo di protagonista delle parti nell’assunzione della prova.

Il requisito, pertanto, si pone come strumentale alla dinamica della *cross-examination* la cui corretta realizzazione richiede acustica e ottica perfette²³.

Posticipando alle conclusioni le osservazioni profilabili sulla notmativa, vale la pena evidenziare che l’equiparazione dell’aula di udienza con il luogo “a distanza” implica l’estensione applicativa di talune disposizioni²⁴.

In particolare, ai sensi dell’art. 470 cod. proc. pen., toccherà al presidente la disciplina dell’udienza da remoto, con il potere di decidere senza formalità sulle questioni insorgenti: dato il

²² D. CURTOTTI NAPPI, voce “*Dibattimento a distanza (dir. proc. pen.)*”, in *Enc. Dir.*, Annali, Giuffrè, Milano, 2008, p. 173.

²³ G.P. VOENA, *Udienza penale*, in *Enc. Dir.*, XLV, Giuffrè, Milano, 1992, p. 512.

²⁴ L. KALB, *La partecipazione a distanza al dibattimento*, in Dalia (a cura di), *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 81.

collegamento fra il luogo “virtuale” e quello “reale”, dovrebbero rientrare fra le questioni da risolvere pure quelle concernenti la qualità della trasmissione audiovisiva, l’inquadratura, la collocazione dei *monitors* e simili²⁵.

Inoltre, al presidente compete la verifica della regolare costituzione delle parti, ai sensi dell’art. 484 comma 1 cod. proc. pen.

Ove si tratti di celebrazione a distanza di un’udienza pubblica, è applicabile anche l’art. 471 c.p.p., ove dispone che non sono ammessi nell’aula di udienza coloro che non hanno compiuto gli anni diciotto, le persone che sono sottoposte a misure di prevenzione e quelle che appaiono in stato di ubriachezza, di intossicazione o di squilibrio mentale.

L’imputato collegato a distanza che si comporta in modo da impedire il regolare svolgimento dell’udienza può essere allontanato con un’ordinanza del presidente, in ossequio all’art. 475 cod. proc. pen.

Deve ritenersi altresì applicabile l’art. 143 c.p.p. e, dunque, qualora si renda necessario, un interprete deve trovarsi accanto all’imputato al fine di consentire l’esatta e completa comprensione degli atti che si svolgono nel corso dell’udienza.

Dell’atto o dell’udienza, inoltre, è sempre disposta la registrazione audiovisiva. Ciò consente, in ogni caso, un nuovo ascolto e una nuova visione del supporto audiovisivo prodotto dalla registrazione, sia per l’autorità giudiziaria, sia per le difese, alle quali è consentita l’estrazione di una copia²⁶.

3.1. L’art. 133-*ter* cod. proc. pen. sancisce un diritto di informazione dei soggetti interessati mediante notifica o comunicazione del decreto motivato, che, se non emesso in udienza, deve essere notificato o comunicato alle parti – unitamente al provvedimento che fissa la data per il compimento dell’atto o la celebrazione dell’udienza – almeno tre giorni prima di tale data.

La garanzia del diritto di difesa richiede che le parti, e in particolare l’imputato, debbano essere informate con ragionevole anticipo della data, dell’ora e delle modalità di svolgimento dell’udienza, così da esprimere il loro eventuale consenso alla partecipazione alla medesima udienza da remoto²⁷.

Per effetto del principio di tassatività, il decreto non può essere impugnato; inoltre, poiché, ai sensi dell’art. 125 c.p.p., il decreto è nullo quando sia privo della motivazione espressamente prevista dalla legge (come nel caso di specie), in concreto, la mancanza di essa, in tutte le declinazioni in cui tale vizio può manifestarsi, integra una nullità relativa²⁸.

L’art. 133-*ter* non prevede alcuna sanzione in caso di omessa o tardiva comunicazione alle parti e ai difensori del decreto che dispone il collegamento a distanza.

Sembrerebbe, dunque, plausibile il ricorso all’elaborazione giurisprudenziale formatasi in ordine all’art. 45-*bis*, comma 2, Disp. att cod. proc. pen. che, quanto al procedimento in camera di

²⁵ M. BARGIS, *Udienze in teleconferenza con nuove cautele per i sottoposti al 41 bis o.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 166.

²⁶ F. PORCU, *Digitalizzazione degli atti, videoriprese e partecipazione a distanza*, in AA.VV., *La Riforma Cartabia*, a cura di G. SPANGHER, Pacini, Pisa, p. 99.

²⁷ Corte cost., 11 maggio 2021, n. 96.

²⁸ A. DIDI, *Genesi e metamorfosi della partecipazione a distanza dell’imputato*, in *Giur. It.*, n. 10, 2017, p. 2279.

consiglio, prevedeva che la partecipazione a distanza dovesse essere comunicata o notificata dal giudice o dal presidente del collegio unitamente all'avviso di cui all'art. 127 c.p.p. e cioè dieci giorni prima dell'udienza²⁹.

Sul punto, tuttavia, non vi è unanimità di vedute.

Un primo e minoritario orientamento ha ritenuto che l'omessa notifica al difensore dell'avviso concernente la partecipazione dell'indagato all'udienza camerale in videoconferenza integra una nullità di ordine generale a carattere intermedio, ai sensi degli artt. 178, comma 1, lett. c) e 180 c.p.p., che, ove tempestivamente eccepita, rende invalida l'udienza e tutti gli atti successivi, compreso il provvedimento decisorio del procedimento camerale, in quanto al difensore deve essere garantita la facoltà di essere presente nel luogo in cui ha sede il tribunale o, in alternativa, in quello dove si trova l'indagato³⁰.

Un diverso e prevalente indirizzo ha, invece, affermato che l'omessa comunicazione al difensore dell'avviso con cui viene disposta la partecipazione a distanza ai sensi degli artt. 45-bis Disp. Att. cod. proc. pen. integra una nullità di ordine generale a regime intermedio, perché lesiva del diritto di assistenza, solo ove il difensore, nel formulare la relativa eccezione, rappresenti la necessità, nel caso concreto, di raggiungere personalmente o tramite sostituto il luogo di detenzione³¹.

In maniera conforme, si è affermato che l'avviso della disposizione di procedere al collegamento a distanza e il decreto di fissazione dell'udienza hanno una diversa funzione e soltanto il secondo è finalizzato a consentire la conoscenza anticipata e tempestiva della data dell'udienza di trattazione del procedimento e l'adeguata preparazione della difesa nella prospettiva della sua celebrazione, venendo ad incidere sull'effettività e sulla pienezza del diritto di difesa secondo la previsione di cui all'art. 178 cod. proc. pen., lett. c); il decreto sul collegamento a distanza, invece, rende edotti la parte ed il suo legale che si procederà con quelle modalità, ma non è strettamente pertinente ed indispensabile per consentire la presenza in udienza e la preparazione ad affrontare il confronto dialettico con le altre parti ed il giudice in quella sede. Ne discende che l'inosservanza del termine di dieci giorni per la comunicazione alle parti ed ai difensori del decreto che dispone il collegamento non determina nullità, ma una semplice irregolarità³².

3.2. L'art. 133-ter cod. proc. pen. dispone che, per le udienze pubbliche, debba essere assicurata un'adeguata pubblicità degli atti compiuti a distanza³³.

Dalla scelta del legislatore di escludere la totale dematerializzazione dell'udienza può desumersi l'impossibilità, per il pubblico, di assistere presso la postazione remota e la necessità che

²⁹ L. GIORDANO, *Riforma del processo penale telematico: atti e udienza a distanza*, in *Il processo telematico*, Focus 23 gennaio 2023.

³⁰ Cass. pen., Sez. II, 26 marzo 2019, n. 19181, *Cacciola*.

³¹ Cass. pen., Sez. V, 23 luglio 2020, n. 25838, *Prestia*.

³² Cass. pen., Sez. I, 10 maggio 2017, n. 48423, *Mazzarella*.

³³ A. DIDI, *Genesi e metamorfosi della partecipazione a distanza dell'imputato*, in *Giur. It.*, 2017, p. 2306, già metteva in risalto la compromissione del principio di pubblicità, posto che, per quanto qualitativamente sofisticate, le trasmissioni delle immagini sono necessariamente parziali, perché statiche e, soprattutto, non in grado di far percepire da remoto le sfumature dei comportamenti delle persone presenti nell'aula di udienza.

la pubblicità del dibattimento sia rispettata tramite la partecipazione all'udienza in cui siede il giudice e ove può avvenire la visione del collegamento audiovisivo. Ne discende, dunque, che gli atti compiuti a distanza (ovvero le relative immagini e i relativi suoni) devono essere effettivamente percepibili non soltanto dalle parti e dai soggetti che partecipano allo stesso, ma anche al pubblico presente in aula, al fine di consentire l'esplicazione del principio di pubblicità³⁴.

Ancora una volta, tuttavia, la disciplina pecca di indeterminatezza. Il lemma 'adeguata' è del tutto vago e non consente di cogliere i parametri da rispettare onde garantire effettivamente il principio di pubblicità.

3.3. I commi dal quarto al settimo dell'art. 133-ter cod. proc. pen. disciplinano i luoghi idonei per il compimento degli atti a distanza.

La regola generale è che le persone che compiono l'atto o che partecipano all'udienza a distanza si debbano collegare da altro ufficio giudiziario o da un ufficio di polizia giudiziaria attrezzato per il collegamento audiovisivo individuato dall'autorità giudiziaria.

"Sentite le parti", l'autorità giudiziaria può autorizzare le persone che compiono l'atto o che partecipano all'udienza a distanza a collegarsi da un luogo diverso, purché idoneo a consentire un collegamento audiovisivo con le caratteristiche imposte – a pena di nullità – dal comma terzo. La mancata predeterminazione delle forme con cui procede – tanto che non è noto a chi competa la richiesta di autorizzazione e quando abbia l'onere di presentarla – lascia spazio a interPELLI mediante canali del tutto informali³⁵.

Il parametro dell'idoneità deve essere valutato alla luce dei criteri imposti dal comma terzo con riferimento al tipo di collegamento audiovisivo che deve essere assicurato: in altri termini, il luogo potrà ritenersi idoneo laddove consenta l'attuazione di un collegamento audiovisivo con modalità tali da assicurare la contestuale, effettiva e reciproca visibilità delle persone presenti nei diversi luoghi e la possibilità per ciascuna di essa di udire quanto viene detto dalle altre³⁶.

Nel caso in cui debbano compiere l'atto o a partecipare all'udienza a distanza persone detenute, internate, sottoposte a custodia cautelare in carcere o ristrette in carcere a seguito di arresto o di fermo, queste si collegano dal luogo di detenzione.

Lo specifico riferimento allo stato di detenzione o alla condizione di restrizione in carcere non sembrerebbe autorizzare una estensione della deroga anche ad altre ipotesi in cui l'interessato è soggetto a limitazioni di minore intensità della libertà personale, quali, ad esempio, gli arresti domiciliari o la detenzione domiciliare. In tal caso, salva specifica autorizzazione dell'autorità

³⁴ Cass. pen., Sez. VI, 27 luglio 2022, n. 29943, *Attanasio*. La Cassazione ha rilevato una nullità relativa, per violazione del principio di pubblicità dell'udienza ex art. 471 cod. proc. pen., la celebrazione del giudizio dibattimentale in luogo diverso da quello ordinariamente a ciò deputato, ove non siano predisposti sistemi di agevole accesso e forme di conoscibilità di tale luogo, atti a garantire la possibilità per chiunque di esercitare il diritto ad assistere alle udienze, trattandosi di un principio posto primariamente a tutela dell'interesse collettivo al controllo diffuso sull'esercizio della giurisdizione.

³⁵ Così D. NEGRI, *Atti e udienze "a distanza": risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, cit., p. 473.

³⁶ F. PORCU, *Digitalizzazione degli atti, videoriprese e partecipazione a distanza*, cit., p. 100.

giudiziaria a partecipare da un luogo diverso (ad esempio quello degli arresti domiciliari), il soggetto dovrebbe collegarsi – secondo la regola generale – dall’ufficio individuato ai sensi dell’art. 133-ter, co. 4, cod. proc. pen.

4. L’art. 133-ter, co. 7, c.p.p., con riferimento alla posizione dei difensori – analogamente a quanto era già previsto dall’abrogato co. 4 dell’art. 146-bis Disp. att. – prevede che questi si colleghino dai rispettivi uffici o da altro luogo idoneo, fermo restando – come già affermato – il diritto degli stessi difensori e dei sostituti di essere presenti nel luogo in cui si trova l’assistito.

Il difensore può, dunque, scegliere se sedersi accanto al proprio assistito oppure nell’aula d’udienza, per prendere parte fisicamente al contraddittorio per la formazione delle prove.

In passato, si è prospettato il problema dell’aggravio economico legato alla predisposizione di un collegio difensivo che possa garantire all’imputato collegato elettronicamente con l’aula dibattimentale un’adeguata difesa, vale a dire quello composto da un difensore che affianchi l’imputato nella postazione remota e da un sostituto presente in aula con il quale il difensore e l’assistito possano colloquiare direttamente e riservatamente.

Una siffatta previsione, comportando costi elevati a danno degli imputati non abbienti che non possono permettersi un collegio difensivo di tale dimensione, solleva dei dubbi di compatibilità con il principio di eguaglianza³⁷.

Il legislatore, tuttavia, con la L. 30 luglio 1990, n. 217, è intervenuto sulla disciplina del gratuito patrocinio, riconoscendo espressamente la possibilità per l’interessato di nominare, per la partecipazione a distanza al procedimento penale, un secondo difensore, limitatamente agli atti che effettivamente si compiono a distanza.

Quanto alla figura del «sostituto», pare che il richiamo sia da intendersi in modo a-tecnico e svincolato dal riferimento all’art. 102 c.p.p., che richiederebbe un legittimo impedimento e implicherebbe, per di più, un trasferimento di diritti e doveri dal sostituito al sostituto³⁸.

Si può ritenere che, al di là della qualità tecnica del collegamento, l’idoneità del luogo di collegamento del difensore deve essere valutata anche alla luce di ulteriori parametri: appare evidente che non può ritenersi idoneo un mezzo di trasporto pubblico, benché in astratto non possa escludersi che dallo stesso sia tecnicamente attuabile un collegamento audiovisivo mediante apparecchiature portatili³⁹.

In tema di procedimento di sorveglianza “da remoto”, qualora, a causa di un improvviso malfunzionamento del sistema di videoconferenza, sia impossibile la partecipazione del difensore di fiducia del condannato all’udienza “a distanza” (nella specie fissata per la trattazione di un’istanza di detenzione domiciliare), è illegittima la sostituzione dello stesso con un difensore d’ufficio designato

³⁷ D. CURTOTTI NAPPI, *L’uso dei collegamenti audiovisivi nel processo penale tra necessità di efficienza del processo e rispetto dei principi garantistici*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 2, p. 502.

³⁸ A. MELCHIONDA, *Sub art. 146 bis disp. att. c.p.p.*, in AA.VV., *Commento al codice di procedura penale*, a cura di Chiavario, Agg. IV, Giappichelli, Torino, 1998, p. 186.

³⁹ F. PORCU, *Digitalizzazione degli atti, videoriprese e partecipazione a distanza*, cit., p. 100.

ai sensi dell'art. 97, co. 4, cod. proc. pen., con conseguente nullità *ex artt.* 178, lett. c), e 179 cod. proc. pen. sia di detta udienza che del provvedimento in esito ad essa adottato⁴⁰.

Con riferimento alle interlocuzioni fra difensore e assistito, l'art. 133-*ter* – coerentemente con le indicazioni della giurisprudenza della Corte EDU in tema di equità del processo – assicura espressamente il diritto dei difensori o dei loro sostituti di consultarsi riservatamente con l'assistito per mezzo di “strumenti tecnici idonei”.

Così facendo, si è inteso assicurare, anche nelle ipotesi di collegamento a distanza, la riservatezza e la continuità delle reciproche consultazioni e, dunque, la piena esplicazione delle garanzie difensive.

Va posto in evidenza che la Corte europea dei diritti dell'Uomo ha ritenuto violato il diritto al giusto processo quando all'imputato che segue il proprio processo in videoconferenza non è assicurata la possibilità, coesistente all'equità del processo, di comunicare in via confidenziale con il proprio difensore, nel momento in cui in giudizio si discute il merito dell'imputazione e vengono prodotte le prove⁴¹.

La tenuta del sistema di partecipazione a distanza dipende, dunque, dalla funzionalità delle strumentazioni tecnologiche.

Per quanto concerne la riservatezza delle interlocuzioni tra difensore e assistito, va posto in evidenza che le attuali apparecchiature sono in grado di fono-isolare e non sono intercettabili, viaggiando su linee criptate. Invero, la consultazione riservata tra difensore e imputato, secondo quanto previsto dal provvedimento del 21 maggio 2020 del DG della DIGSIA, è assicurata attraverso un circuito dedicato e criptato VoIP (*Voice Over Internet Protocol*)⁴².

Parte della dottrina ha prospettato un possibile *vulnus* alla garanzia di riservatezza dei dialoghi intercorrenti tra il difensore presente in aula e l'imputato “a distanza”, proprio a causa della presenza nella postazione remota dell'ausiliario del giudice o dell'ufficiale di polizia giudiziaria⁴³.

In tutti i casi, salvo il collegamento a distanza dall'ufficio del difensore, un ausiliario del giudice o del pubblico ministero, individuato anche tra gli ausiliari in servizio presso l'ufficio giudiziario attrezzato per il collegamento audiovisivo, o un ufficiale di polizia giudiziaria, designato tra coloro che non svolgono, né hanno svolto, attività di investigazione o di protezione nei confronti dell'imputato o ai fatti a lui riferiti, è presente nel luogo ove si trovano le persone che compiono l'atto o che partecipano all'udienza a distanza.

Diverse le funzioni a cui è preposto l'ausiliario: attestare l'identità delle persone che compiono l'atto o che partecipano all'udienza a distanza; verificare le cautele adottate per assicurare la regolarità dell'esame con riferimento al luogo in cui la persona si trova, nonché dell'assenza di impedimenti o limitazioni all'esercizio dei diritti e delle facoltà ad essa spettanti; redigere verbale delle operazioni svolte a norma dell'art. 136; verificare l'osservanza delle modalità idonee a salvaguardare il

⁴⁰ Cass. pen., Sez. I, 5 febbraio 2021, n. 16120, *Longo*.

⁴¹ Corte EDU, Sez. III, 27 novembre 2007, n. 58295/00, *Zagaria c. Italia*.

⁴² S. NAPOLITANO, *Dall'udienza penale a distanza all'aula virtuale*, in *Sist. pen.*, 2020, 7, p. 44.

⁴³ D. CURTOTTI NAPPI, *L'uso dei collegamenti audiovisivi nel processo penale tra necessità di efficienza del processo e rispetto dei principi garantistici*, cit., p. 502.

contraddittorio e la partecipazione effettiva; vigilare sull'osservanza delle disposizioni che assicurano al difensore o ai loro sostituti il diritto di essere presenti nel luogo dove si trova l'assistito e di consultarsi riservatamente tra loro e con l'assistito per mezzo di strumenti tecnici idonei⁴⁴.

5. Così delineate le coordinate ermeneutiche principali in tema di partecipazione a distanza, occorre interrogarsi sulla compatibilità di un siffatto *modus procedendi* con i principi sanciti nella Costituzione.

Non vi è alcun dubbio che la transizione digitale possa incrementare favorevolmente i livelli di efficienza ed efficacia del processo penale. Tuttavia, la “remotizzazione” del processo penale ha, sin dalle prime apparizioni normative, suscitato una serie di perplessità in ordine alla compatibilità con il sistema costituzionale e normativo vigente, in particolar modo sotto il profilo della piena estrinsecazione del diritto di difesa sancito dall'art. 24 comma 2 Cost.⁴⁵

Tanto dalla Costituzione che dalle fonti convenzionali, si desume che la partecipazione al processo vada intesa «in termini sostanziali», ossia come possibilità concreta di esercitare i diritti difensivi nel contraddittorio con l'accusa⁴⁶.

La Corte costituzionale, nell'accreditato *leading case* del 1999, ha escluso che dai collegamenti audiovisivi derivi una lesione di valori costituzionali. In particolare, partendo dall'assunto secondo cui «l'affermazione secondo cui difesa e presenza fisica rappresenterebbero i termini di un inscindibile binomio è infondata», ha rilevato che «ciò che occorre, sul piano costituzionale, è che sia garantita l'effettiva partecipazione personale e consapevole dell'imputato al dibattimento, e dunque che i mezzi tecnici, nel caso della partecipazione a distanza, siano del tutto idonei a realizzare la partecipazione» presidiando in tal senso la normativa laddove «il legislatore ha inteso assicurare il contatto fra gli imputati, mentre al difensore è sempre consentito, eventualmente anche tramite un sostituto, di essere presente nel luogo dove si trova l'imputato, così come al difensore ed all'imputato sono parimenti posti a disposizione strumenti tecnici “idonei”, che assicurino la reciproca possibilità di consultarsi riservatamente»⁴⁷.

Nel medesimo solco si pone la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha negato che l'adozione dello strumento della videoconferenza, come delineato dal legislatore italiano, configuri una lesione al diritto di difesa, quando l'imputato viene messo in condizione di seguire lo svolgimento dibattimentale, segnalando eventualmente la sussistenza di eventuali problemi tecnici

⁴⁴ Cass. pen., Sez. I, 20 maggio 2004, n. 25662, *Calabrò*. La giurisprudenza ha ritenuto valido l'interrogatorio reso a distanza dall'imputato detenuto, mediante il sistema della videoconferenza, alla presenza di un agente di custodia e non di un ausiliario del giudice, in quanto la norma che prevede la possibilità della partecipazione al dibattimento a distanza dell'imputato detenuto ha lo scopo di garantire che egli possa assistere all'udienza in stato di libertà e senza condizionamenti e, in ogni caso, non è assistita da espressa sanzione in caso di inosservanza.

⁴⁵ In maniera conforme A. FALCONE, *La videoconferenza nel procedimento penale italiano: riflessioni a margine della recente Riforma Cartabia in materia di partecipazione a distanza*, in *Leg. Pen.*, 6 settembre 2023, p. 2, secondo cui le *virtual participations* a udienze e attività procedurali non possono dirsi neutre e sollevano da sempre perplessità di ordine pratico e giuridico giacché toccano direttamente i *core principles* della giustizia penale, tra cui l'immediatezza e il contraddittorio, con ciò richiedendo una riconsiderazione della dialettica processuale, della stessa nozione di “udienza” e, soprattutto, della effettività del diritto di difesa.

⁴⁶ M. CASSANO, *Problemi e prospettive della nuova disciplina sull'assunzione di prove a distanza*, in AA.VV., *Le nuove leggi penali, Abuso d'ufficio, dichiarazioni del coimputato, videoconferenze giudiziarie*, Cedam, Padova, 1998, p. 378.

⁴⁷ Corte Cost., 22 luglio 1999, n. 342.

volti a rendere difficoltoso il collegamento; si è, del resto, sottolineato come lo strumento della videoconferenza risulti previsto anche da numerosi accordi di cooperazione transnazionale in materia penale⁴⁸.

Invero, sul versante sovranazionale, la tecnologia applicata al processo è ormai accettata e, anzi, valorizzata come uno dei principali strumenti per assicurare un miglioramento della qualità della giustizia, della certezza del diritto, con una riduzione dei costi e dei tempi di durata dei procedimenti.

In tal senso depongono diverse fonti, tra cui il Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale; la Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea; la Direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale, la quale prevede per l'acquisizione delle prove un regime unico basato, se necessario, sul trasferimento di persone detenute, o audizione mediante videoconferenza (art. 24), nonché una regolamentazione in tutte le fasi del procedimento penale, che se necessario potrà avvenire mediante partecipazione a distanza in videoconferenza (art. 25).

Inoltre, le Linee guida sulla videoconferenza nei procedimenti giudiziari, redatte dalla Commissione europea per l'efficienza della giustizia (CEPEJ) nel 2021, contengono una serie di misure chiave che gli Stati e i tribunali dovrebbero seguire per garantire che l'uso della videoconferenza nei procedimenti giudiziari non pregiudichi il diritto a un processo equo sancito dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU).

Ciò posto, la disciplina congegnata dalla Riforma Cartabia presta il fianco a dei rilievi critici, che possono essere affrontati da una duplice prospettiva: “in atto” e “in potenza”.

Quanto al primo versante, le norme introdotte lasciano a desiderare sul fronte della determinatezza.

Del resto, non è una novità. Sebbene l'art. 25 Cost. non operi alcun distinguo – limitandosi a statuire che nessuno può essere punito se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso – la legalità processuale non gode della stessa forza di quella “sostanziale”, né postula un'analoga elaborazione dottrinale sul fronte dei corollari⁴⁹.

Ancora una volta, viene in rilievo una mancata sensibilità del legislatore per il rispetto della legalità processuale, da intendersi non solo come predeterminazione dei casi e dei modi da seguire nel compimento degli atti, ma come esigenza per il legislatore di conferire precisione e tassatività alle norme processuali, così da essere destinate a guidare in maniera vincolata i binari ermeneutici del giudice.

⁴⁸ Corte EDU, Sez. III, 5 ottobre 2006, n. 45106/04, *Viola c. Italia*.

⁴⁹ Si rinvia a C. IASEVOLI, *La cassazione penale 'giudice dei diritti'*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018; ID., *La nullità nel sistema processuale penale*, Cedam, Padova, 2009; D. NEGRI, *Dallo 'scandalo' della vicenda Taricco risorge il principio di legalità processuale*, in *Arch. pen.*, 2/2017; ID., *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *Arch. pen.*, 2/2017, pp. 421-454; O. MAZZA, *Il crepuscolo della legalità processuale al tempo del giusto processo*, in *Criminalia*, 2016, 11, pp. 329 ss.; G. UBERTIS, *Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini?*, in *Arch. pen.*, 2/2017, pp. 389 ss.; M. RONCO, *Legalità penale e legalità processuale*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 2, 455 ss.; A. FRANCESCHINI, *Per l'affermazione della legalità processuale, contro la giurisprudenza creativa*, in *Rass. pen.*, 2019, n. 4; N. GALANTINI, *Considerazioni sul principio di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 6/1999, p. 1989.

Eppure, le norme si connotano per una serie di riferimenti vaghi e fumosi.

Si pensi al 3° comma dell'art. 133-ter c.p.p., secondo cui il collegamento virtuale deve effettuarsi attraverso modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e garantire l'effettiva partecipazione delle parti all'atto o all'udienza, assicurando la reciproca visibilità e udibilità.

Nessun tentativo di codificare le principali coordinate di allestimento della scena processuale integrata con la videoconferenza, pure, imprescindibili, data la loro incidenza sull'effettività del contraddittorio e della partecipazione dei soggetti implicati.

Il numero e il posizionamento delle telecamere nella sede remota, la possibilità di orientarne l'obiettivo e di variare la distanza focale, l'ampiezza e angolazione dell'inquadratura, le dimensioni degli schermi e il livello di risoluzione dell'immagine, le caratteristiche di illuminazione degli ambienti e le prestazioni degli apparati sonori, il tipo di sfondo dietro la persona collocata a distanza, sono tutti aspetti decisivi al fine di valutare il grado di approssimazione al reale e il genere di distorsione sensoriale prodotto dal collegamento audiovisivo⁵⁰.

Se questo è vero, di altre fattezze sono le critiche mobili nella prospettiva "in potenza".

La sensazione, infatti, è che il legislatore si sia spinto oltre rispetto alle coordinate tracciate dal legislatore delegato, ammettendo, senza alcun limite, l'assunzione a distanza delle prove dichiarative. Sicuramente, il legislatore ne postula l'instaurazione a seguito del consenso, qualche chiave di salvezza costituzionale della disciplina⁵¹.

Un siffatto sdoganamento dell'oralità digitale potrebbe quasi apparire come un passaggio indolore se si considera che essa, a differenza della scrittura, non elimina la possibilità d'interazione con l'autore delle dichiarazioni: collegato a distanza in modo sincrono, quest'ultimo, sia pure solo virtualmente, figura come presente, e può essere interpellato.

Ma la presenza digitale "in imagine" è ontologicamente diversa da quella "in corpore"⁵²!

Solo la compresenza fisica di tutti i diversi protagonisti in un'aula d'udienza materiale è in grado di assicurare lo *standard* costituzionalmente richiesto tanto per la partecipazione al processo, quanto per l'attività di formazione probatoria nel contraddittorio, «quel gioco di interventi alternativi o contestuali, quell'andirivieni di domande e di repliche, di asserzioni e negazioni, che costellano l'iter del processo verso la fine»⁵³, «aspetti nient'affatto marginali, relegabili fra gli orpelli estetico-

⁵⁰ Testualmente D. NEGRI, *Atti e udienze "a distanza": risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, cit., p. 485. L'A., quanto agli *standard* uniformi della videoconferenza nel processo penale, rinvia a L. SOMMERER, *Virtuelle Unmittelbarkeit?*, in *Zeit. St. Wiss.*, 2021, pp. 440 ss.

⁵¹ Come osservava M. DANIELE, *L'immediatezza in crisi, Mutazioni pericolose ed anticorpi accusatori*, in *Sist. Pen.*, 2/2021, p. 66, per l'imputato, la facoltà di ricorrere alla videoconferenza sarebbe legittimata dall'eccezione del consenso ex art. 111 comma 5 Cost. (la quale, prevista per il contraddittorio nella formazione della prova, può valere anche per l'immediatezza, che del metodo dialettico rappresenta la migliore declinazione operativa).

⁵² E. FRAGASSO JR., *Il processo penale a distanza, la costituzione ed i provvedimenti emergenziali contro la Covid-19*, in *DisCrimen*, 22 giugno 2020, pp. 13 ss. In maniera conforme, M. DANIELE, *L'immediatezza in crisi, Mutazioni pericolose ed anticorpi accusatori*, cit., p. 65.

⁵³ Cfr. P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, Zanichelli, Bologna, 2012, pp. 100 ss.

simbolici dell'agire giudiziario, ma, anzi, di configurazioni che intrecciano questioni di fondo del giudizio penale»⁵⁴.

La dinamica del contraddittorio può subire una distorsione significativa quando una parte partecipa a distanza. Il confronto diretto, caratterizzato da un immediato scambio di domande e risposte, è essenziale per testare la solidità delle prove e l'affidabilità delle testimonianze. La latenza nelle comunicazioni, i potenziali problemi tecnici e la mancanza di un ambiente condiviso possono attenuare l'efficacia di questo scambio, limitando la capacità delle parti di reagire in tempo reale e di adattare le loro strategie in base alle dinamiche emergenti durante il processo.

La valutazione di ogni dichiarante, l'attendibilità e coerenza di quel che riferisce, trascende la mera valutazione verbale delle "parole", per abbracciare anche il "modo" in cui le stesse vengono espresse. Elementi quali la comunicazione non verbale e le manifestazioni emotive - inclusi sguardi, gestualità, pause ponderate e incertezze - giocano un ruolo cruciale nel fornire contesto e profondità al discorso, arricchendo significativamente l'interpretazione del contenuto condiviso⁵⁵. La mediazione tecnologica può filtrare o alterare questi segnali, riducendo la ricchezza dell'interazione umana e potenzialmente compromettendo la capacità del giudice di fare valutazioni informate.

La più moderna tecnologia non sarebbe mai capace di surrogare la portata funzionale e garantistica dell'immediatezza di cui necessita il processo, nonché di garantire l'effettività del contraddittorio. Questo – quale fondamento costituzionale della vocazione cognitiva del processo penale – può trovare attuazione solo a patto che la contesa dialettica si svolga fra le parti poste in condizioni di parità dinanzi al giudice terzo e imparziale e non dinanzi a uno schermo che costituisce un "velo senza squarcio" fra le parti e fra loro e il giudice⁵⁶.

L'art. 111 co. 4 Cost. non costituzionalizza solo l'idea del metodo ma, soprattutto, quella più pregnante per cui il contraddittorio nella formazione della prova sia capace di garantire il raggiungimento del risultato cui è preordinato il procedimento⁵⁷.

Una presunta omologazione tra oralità fisica e digitale nel contesto giudiziario non tiene conto delle sfumature cruciali che caratterizzano l'esperienza umana e la comunicazione diretta, elementi chiave per garantire un "giusto" processo.

⁵⁴ Così V. MAIELLO, *Udienze online? Roba da regime, così i populistici hanno abolito il diritto. Addio al giusto processo, ma tutti zitti: il trionfo dei pm*, in www.ilrifformista.it, 16.4.2020.

⁵⁵ Per G. FRIGO, *Videoconferenze giudiziarie: forti limiti all'oralità e al contraddittorio*, in *Le nuove leggi penali*, Padova, 1998, p. 383, la partecipazione "virtuale" al dibattimento non potrebbe ritenersi equiparabile, in tutto e per tutto, alla presenza fisica dell'imputato, che incide giocoforza sulla percezione degli atti processuali, sull'oralità e sulla partecipazione alla formazione della prova, determinando la "rottura" della dimensione spaziale dell'udienza, uno dei contrassegni del processo accusatorio il quale, non a caso, richiede la presenza obbligatoria dell'accusa.

⁵⁶ In maniera conforme, M. DANIELE, *L'immediatezza in crisi, Mutazioni pericolose ed anticorpi accusatori*, cit., p. 65, secondo cui denota un'esperienza percettiva contaminata da un'alterazione dei naturali canali di comunicazione intersoggettiva, purtroppo non priva di conseguenze sulla forza euristica dell'esame incrociato. Anche potendo avvalersi delle più avanzate tecnologie, la riproduzione digitale dei volti, dei corpi e dei suoni sconta un insopprimibile margine di artificiosità. Le distorsioni cognitive che ne risultano – di cui ancora non vi è ancora piena consapevolezza neppure a livello scientifico – producono un profondo impatto sulla capacità di comunicazione e di ascolto, distorcendo gli indici di credibilità delle testimonianze.

⁵⁷ O. MAZZA, *Le deroghe costituzionali al contraddittorio per la prova*, in AA.VV., *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. CONSO, XXIV, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007, p. 638.

Vero è che, come già ribadito, la disciplina attuale postula la necessità del consenso. ma il rischio è che il processo a distanza si trasformi, proprio a causa della indeterminatezza della norma processuale e per le (purtroppo) consuete prassi devianti, in un “simulacro di processo”⁵⁸, favorendo quella pericolosa tendenza a considerare la sacralità delle forme del rito solo un ostacolo da rimuovere sul cammino caratterizzato dall’efficienza processuale.

In conclusione, mentre il progresso tecnologico offre strumenti preziosi per superare le barriere logistiche e migliorare l’efficienza, è fondamentale affrontare e mitigare i rischi di deumanizzazione nel processo penale, che richiede un attento equilibrio tra l’adozione di innovazioni digitali e la preservazione degli aspetti umani e interpersonali che sono al cuore della giustizia.

⁵⁸ Testualmente O. MAZZA, *Distopia del processo a distanza*, cit., p. 9.

LA TORMENTATA ESISTENZA DEL POTERE DI IMPUGNAZIONE DELLA PARTE PUBBLICA. SPUNTI DI RIFLESSIONE A VALLE DELLA PRONUNCIA DELLE SEZIONI UNITE PENALI N. 21716/2023

ALESSANDRA SCALAS

ABSTRACT

The United Sections of the Supreme Court have been urged to comment on the operational constraints of art. 593 bis, c. 2, c.p.p., introduced by d. lgs. 11/2018 with the declared intention of streamlining the distribution of powers of the Public Prosecutor and the Attorney General. The issue draws attention to the ongoing legislative and constitutional debate on the prosecutor's appellate power, most recently reshaped by the Cartabia Reform.

SOMMARIO: 1. Coordinate sul gravame della parte pubblica. – 2. Il conflitto giurisprudenziale. – 3. La soluzione delle Sezioni Unite. – 4. Conclusioni.

1. Dopo anni di instancabili dibattiti – e di interventi legislativi e costituzionali – la disciplina del potere impugnatorio della pubblica accusa non è (ancora) posta al riparo da critiche.

L'avvento della Riforma Cartabia ha lasciato presagire un brusco cambio di rotta, con l'ipotesi dell'esclusione *in toto* della facoltà della parte pubblica di proporre appello.

Seppur non codificata, l'*intentio legislativa* – evincibile nella Proposta¹ della Commissione

¹ All'interno della Relazione finale della Commissione Lattanzi, che «a seguito di un articolato dibattito – che ha visto talora manifestarsi posizioni diverse in seno al collegio – [...] si possa perseguire la strada di una netta differenziazione per i rimedi ordinari: anche alla luce delle fonti internazionali (l'art. 14 par. 5 P.i.d.c.p. e l'art. 2 Protocollo n. 7 alla C.e.d.u., che prevedono «il diritto a far riesaminare la decisione da una giurisdizione superiore, o di seconda istanza», «solo a favore della persona dichiarata colpevole o condannata per un reato»), si propone di ridefinire l'appello quale strumento di controllo nel merito della sentenza di primo grado a favore dell'imputato: costituisce un mezzo generale di esercizio del diritto di difesa, la tutela del quale sarebbe incompleta laddove, a fronte di un ampio coinvolgimento nella formazione delle prove e del convincimento del giudice, non si consentisse all'imputato di sollecitare un controllo sui punti della decisione relativi alla ricostruzione del fatto e alla valutazione delle risultanze del dibattimento. Diversa la posizione del pubblico ministero: come si è appena ricordato, a più riprese la Corte costituzionale ha stabilito che «il potere di impugnazione della parte pubblica non può essere [...] configurato come proiezione necessaria del principio di obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale, enunciato dall'art. 112 Cost.» (sentenze n. 34 del 2020, n. 183 del 2017, n. 242 del 2009, n. 298 del 2008 e n. 280 del 1995; ordinanze n. 165 del 2003 e n. 347 del 2002) [...]. Ebbene, l'orientamento prevalente in Commissione propende nel senso di ritenere che lo strumento a disposizione del pubblico ministero per attivare un controllo di legalità (sulla corretta applicazione della norma sostanziale), di legittimità (su eventuali *errores in procedendo*) e di razionalità del giudizio di fatto (sulla corretta applicazione delle regole della logica) della decisione sia il ricorso per Cassazione [...]. Per converso, l'indisponibilità per il pubblico ministero di un rimedio finalizzato a ottenere un nuovo giudizio di fatto in sede di appello discende: da un canto, con riguardo alle sentenze di proscioglimento, dallo standard dell'oltre ogni ragionevole dubbio, che promana dall'art. 27, comma 2, Cost. e rende

Lattanzi – intercetta uno scenario mutevole, che non ha raggiunto piena stabilità².

La materia delle impugnazioni penali ha radici profonde che affondano nel sostrato sovranazionale.

L'art. 14, par. 5, del Patto internazionale sui diritti civili e politici prevede che «ogni individuo condannato per un reato ha diritto a che l'accertamento della sua colpevolezza e la condanna siano riesaminati da un tribunale di seconda istanza in conformità della legge»; così pure l'art. 2, Prot. 7, della CEDU che stabilisce che «ogni persona dichiarata colpevole da un tribunale ha il diritto di far esaminare la dichiarazione di colpevolezza o la condanna da una giurisdizione superiore. L'esercizio di tale diritto, ivi inclusi i motivi per cui esso può essere esercitato, è disciplinato dalla legge»³.

Sul piano domestico, la riflessione concerne, sotto il profilo della parità delle parti⁴, l'articolo 111 Cost., che contribuisce a riempire di significato la garanzia del *giusto processo*, enunciata proprio nello stesso, nonché nell'art. 6 CEDU.

Prima di addentrarsi nel cuore dello scritto, può risultare utile ripercorrere brevemente i passaggi che hanno condotto alla configurazione odierna.

Con la legge n. 46 del 2006 – nota come Legge Pecorella – veniva escluso il potere di appello avverso le sentenze di proscioglimento⁵, salvo che non fossero dedotte nuove prove decisive ai fini della valutazione finale del giudice⁶; ciò «si riverberò sull'architettura della cognizione penale,

inconcepibile sul piano logico il raggiungimento della certezza processuale dopo un giudizio di proscioglimento, se non in presenza di vizi di motivazione che escludano la riproponibilità della valutazione alternativa e a seguito di una articolata e problematica rinnovazione istruttoria; d'altro canto, per la sentenza di condanna, dalla natura che l'appello si vede riconosciuta nelle fonti internazionali e nel quadro costituzionale, che ne sanciscono, come ricordato, la funzione di tutela del diritto difesa dell'imputato (vedi Corte cost. 34/2020, §3.2)». Consultabile al link https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1622121336_relazione-finale-commissione-lattanzi-riforma-processo-penale-sistema-sanzionatorio-prescrizione.pdf, 36- 37.

² In questi termini, per un'ampia panoramica della questione, si veda S. CIAMPI, *Metamorfosi dell'appello: considerazioni sull'abolizione del gravame del pubblico ministero*, in *Arch. Pen.*, 2022, 1, 1-2. In argomento, v. anche A. DE CARO, *Riflessioni critiche sulle proposte della Commissione ministeriale in tema di riforma delle impugnazioni penali*, in *Arch. Pen.*, 2021, 2, 14 ss.; J. DELLA TORRE, *La crisi dell'appello penale nel prisma della statistica giudiziaria*, in *Arch. Pen.*, 2022, 2, 26 ss.

³ Così O. MAZZA, *L'appello necessario*, in *Diritto di difesa*, 2020, 1. Analogamente v. S. ROMANO, *Secondo grado di merito e presunzione di innocenza*, in *Diritto di difesa*, 2020, 3 ss.

⁴ Peraltro, «la disposizione costituzionale collega espressamente il principio di parità delle parti a quello del contraddittorio. Quest'ultimo, in effetti, presuppone che gli antagonisti siano in posizione di uguaglianza», così E. LUPO, *Le garanzie di contesto: la parità tra le parti*, in *Leg. pen.*, 2020, 20. Più in generale sul principio di parità delle parti si v. M. CHIAVARIO, *Le garanzie fondamentali*, in *Processo e garanzie della persona*, Milano, 1984; Corte costituzionale, Servizio Studi, *Principi costituzionali in materia penale (Diritto processuale penale)*, Madrid, 13 - 15 ottobre 2011, 48 ss. Il testo è consultabile al link https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Madrid2011_B.pdf.

⁵ Si è osservato che l'intervento era da considerarsi «apprezzabile dal punto di vista delle garanzie e della tutela dell'imputato prosciolti in primo grado che, dati gli ampi poteri attribuiti al pubblico ministero, non poteva – e non può tuttora – che incontrare insormontabili difficoltà nell'esercizio del diritto di difesa nel giudizio d'appello promosso dall'accusa», così A. GAITO, *L'appello*, in *Procedura Penale*, a cura di AA.VV., Torino, 2023, 963. Tuttavia, secondo S. CIAMPI, *op. cit.*, 5, «preso atto che la riforma in discorso non revocava in discussione la sua astratta legittimazione all'appello, coerenza avrebbe voluto che il pubblico ministero potesse, anzitutto, appellare le sentenze liberatorie, le quali incarnano, normalmente, il rigetto delle richieste della pubblica accusa; al contrario, la legge Pecorella rendeva eccezionale quel genere d'iniziativa, lasciando, al contempo, ampie chance reattive sul versante del gravame avverso le condanne».

⁶ In argomento A. GAITO, *op. cit.*, 962 ss.; cfr. anche M. BARGIS, *Impugnazioni*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di CONSO-GREVI-BARGIS, 2020, 795 ss.

modificandone la struttura complessiva»⁷.

Il sistema si rivelò da subito contraddittorio con riferimento all'organo della pubblica accusa che conservava la facoltà di dolersi delle sentenze di condanna (ipotesi statisticamente meno frequenti) perdendo, invece, la legittimazione ad impugnare sentenze liberatorie⁸.

L'assetto raggiunto non era destinato a perdurare così a lungo. Invero, con tre significativi interventi (Corte cost., n. 26 del 2007⁹; Corte cost., n. 320 del 2007¹⁰; Corte cost., n. 85 del 2008¹¹), la Consulta privò di significato la riforma in parola riscrivendo i confini operativi dell'appellabilità¹².

Proseguendo nell'analisi, dall'angolo prospettico della pubblica accusa¹³, irrompe sulla scena il d. lgs. n. 11 del 2018 che interviene sul testo dell'art. 593 c.p.p.¹⁴ per recepire le pronunce

⁷ Così S. CIAMPI, *op. cit.*, 4.

⁸ S. CIAMPI, *op. ult. cit.*, 6.

⁹ Con tale sentenza la Corte costituzionale ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della legge 20 febbraio 2006, n. 46 (Modifiche al codice di procedura penale, in materia di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento), nella parte in cui, sostituendo l'art. 593 del codice di procedura penale, esclude che il pubblico ministero possa appellare contro le sentenze di proscioglimento, fatta eccezione per le ipotesi previste dall'art. 603, comma 2, del medesimo codice, se la nuova prova è decisiva; 2) l'illegittimità costituzione dell'art. 10, comma 2, della citata legge 20 febbraio 2006, n. 46, nella parte in cui prevede che l'appello proposto contro una sentenza di proscioglimento dal pubblico ministero prima della data di entrata in vigore della medesima legge è dichiarato inammissibile».

¹⁰ Con tale pronuncia la Consulta ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 della legge 20 febbraio 2006, n. 46 (Modifiche al codice di procedura penale in materia di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento), nella parte in cui, modificando l'art. 443, comma 1, del codice di procedura penale, esclude che il pubblico ministero possa appellare contro le sentenze di proscioglimento emesse a seguito di giudizio abbreviato; 2) l'illegittimità costituzionale dell'art. 10, comma 2, della citata legge 20 febbraio 2006, n. 46, nella parte in cui prevede che l'appello proposto dal pubblico ministero, prima dell'entrata in vigore della medesima legge, contro una sentenza di proscioglimento emessa a seguito di giudizio abbreviato, è dichiarato inammissibile».

¹¹ Con tale sentenza la Corte costituzionale ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della legge 20 febbraio 2006, n. 46 (Modifiche al codice di procedura penale, in materia di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento), nella parte in cui, sostituendo l'art. 593 del codice di procedura penale, esclude che l'imputato possa appellare contro le sentenze di proscioglimento relative a reati diversi dalle contravvenzioni punite con la sola ammenda o con pena alternativa, fatta eccezione per le ipotesi previste dall'art. 603, comma 2, del medesimo codice, se la nuova prova è decisiva; 2) l'illegittimità costituzionale dell'art. 10, comma 2, della citata legge 20 febbraio 2006, n. 46, nella parte in cui prevede che l'appello proposto prima dell'entrata in vigore della medesima legge dall'imputato, a norma dell'art. 593 del codice di procedura penale, contro una sentenza di proscioglimento, relativa a reato diverso dalle contravvenzioni punite con la sola ammenda o con pena alternativa, sia dichiarato inammissibile».

¹² In argomento, v. M. BARGIS, *op. cit.*, 797 ss.

¹³ Per la ricostruzione della conformazione del potere dell'imputato di appellare a seguito degli interventi costituzionali e normativi si veda A. GAITO, *op. cit.*, 962 ss.

¹⁴ Il decreto *de quo* modifica la disciplina prevista dalla legge 46/2006 prevedendo ai primi due commi che «salvo quanto previsto dagli articoli 443, comma 3, 448, comma 2, 579 e 680, l'imputato può appellare contro le sentenze di condanna mentre il pubblico ministero può appellare contro le medesime sentenze solo quando modificano il titolo del reato o escludono la sussistenza di una circostanza aggravante ad effetto speciale o stabiliscono una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato. Il pubblico ministero può appellare contro le sentenze di proscioglimento. L'imputato può appellare contro le sentenze di proscioglimento emesse al termine del dibattimento, salvo che si tratti di sentenze di assoluzione perché il fatto non sussiste o perché l'imputato non lo ha commesso». Sul terzo comma dell'art. 593, altresì modificato, è intervenuta, da ultimo, la Riforma Cartabia prevedendo che «sono in ogni caso inappellabili le sentenze di condanna per le quali è stata applicata la sola pena dell'ammenda o la pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità, nonché le sentenze di proscioglimento relative a reati puniti con la sola pena pecuniaria o con pena alternativa».

A riprova della tormentata esistenza dell'appello del pubblico ministero si consideri che a seguito dell'intervento del d. lgs. 11 del 2018 si è pronunciata la Corte cost. che, con sentenza n. 34 del 2020, ha fatto salva la riforma dichiarando «non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 593 del codice di procedura penale, come sostituito dall'art. 2, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 6 febbraio 2018, n. 11, recante «Disposizioni di modifica della disciplina in materia di giudizi di impugnazione in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 84, lettere f), g), h), i),

costituzionali e colmare «le aporie sistemiche»¹⁵.

Per quel che qui interessa, può osservarsi che, nel perseguimento di un'esigenza deflattiva e decongestionante dei carichi giudiziari¹⁶, il legislatore interviene sul perimetro d'appellabilità della pubblica accusa, considerato maggiormente modulabile¹⁷ e – come si vedrà – *a tratti* sacrificabile rispetto al potere impugnatorio riconosciuto all'imputato; invero, quest'ultimo rappresenta compiuta espressione del diritto di difesa, sancito dall'art. 24 Cost.¹⁸

A tale *ratio* risponde altresì l'introduzione dell'art. 593 *bis* c.p.p.¹⁹, rubricato “appello del pubblico ministero”, su cui, da ultimo, sono state chiamate a pronunciarsi le Sezioni Unite della Corte di cassazione al fine di offrire la corretta interpretazione del testo normativo.

2. La laconicità del disposto di cui all'art. 593 *bis*, co. 2, c.p.p., secondo cui «Il procuratore generale presso la corte d'appello può appellare soltanto nei casi di avocazione o qualora il procuratore della Repubblica abbia prestato acquiescenza al provvedimento», ha condotto gli interpreti ad interrogarsi circa la sfera d'operatività del potere impugnatorio del procuratore generale.

La limitazione è attuativa della delega al governo e risponde all'esigenza «di razionalizzare l'esercizio di tale potere»²⁰. Ciò si spiega alla luce del fatto che normalmente il procuratore generale non è partecipe della fase delle indagini preliminari e, in special modo, della fase dibattimentale di primo grado; sicché il legislatore ha voluto circoscrivere il suo intervento alle ipotesi di avocazione a cui si aggiungono i casi di acquiescenza²¹.

Correlativamente all'introduzione dell'art. 593 *bis* c.p.p., il legislatore ha coniato l'art. 166 *bis* disp. att. c.p.p. che prevede che «al fine di acquisire tempestiva notizia in ordine alle determinazioni

l) e m), della legge 23 giugno 2017, n. 103», sollevate, in riferimento agli artt. 3, 27, 97 e 111 della Costituzione, dalla Corte d'appello di Messina con l'ordinanza indicata in epigrafe». Per un approfondimento della questione v. G. SANTALUCIA, *Il futuro dell'appello nelle ragioni di compatibilità costituzionale della riforma Orlando*, in *Sist. Pen.*, 2020; L. TAVASSI, *I limiti costituzionali all'appello del pubblico ministero*, in *Arch. Pen.*, 2020, 3; N. ROMBI, *La Corte costituzionale e i nuovi limiti ai poteri d'appello del pubblico ministero*, *Proc. pen. e giust.*, 2020.

¹⁵ M. BARGIS, *op. ult. cit.*, 800.

¹⁶ «In linea con la c.d. riforma Orlando – diretta alla razionalizzazione, deflazione ed efficacia delle procedure impugnatorie», così, E.S. LABINI, *La riforma Orlando e la specificità dei motivi di appello: prime riflessioni*, in *Giur. Pen.*, 2018, 2, 1.

¹⁷ Secondo Corte cost., n. 280 del 1995, va precisato «che tutto il sistema delle impugnazioni penali, ed in particolare dell'appello, tanto sotto il codice abrogato quanto sotto il codice vigente, depone nel senso che il potere del pubblico ministero di proporre appello avverso la sentenza di primo grado, anche se in certe situazioni ne possa apparire istituzionalmente doveroso l'esercizio, non è riconducibile all'obbligo di esercitare l'azione penale». Nello stesso senso si pronuncia Corte cost., n. 26 del 2007, che afferma che «il potere di impugnazione della parte pubblica trova, infatti, copertura costituzionale unicamente entro i limiti di operatività del principio di parità delle parti – “flessibile” in rapporto alle *rationes* prima evidenziate – non potendo essere configurato come proiezione necessaria del principio di obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale, di cui all'art. 112 Cost. (sentenza n. 280 del 1995; ordinanze n. 165 del 2003, n. 347 del 2002, n. 421 del 2001 e n. 426 del 1998) [...]».

¹⁸ Il Giudice delle Leggi (Corte cost. 26/2007) ha ribadito che «il potere di impugnazione dell'imputato viene a correlarsi anche al fondamentale valore espresso dal diritto di difesa (art. 24 Cost.), che ne accresce la forza di resistenza di fronte a sollecitazioni di segno inverso (sentenza n. 98 del 1994)». In dottrina si veda S. ROMANO, *op. cit.*, 3 ss.; v. anche S. CIAMPI, *op. cit.*, 5;

¹⁹ La norma è stata introdotta dal d. lgs. 11 del 2018.

²⁰ M. BARGIS, *op. ult. cit.*, 802.

²¹ *Ibidem*.

relative all'impugnazione delle sentenze di primo grado, il procuratore generale presso la corte d'appello promuove intese o altre forme di coordinamento con i procuratori della Repubblica del distretto»²².

Dunque, alla condizione dell'acquiescenza richiesta dall'art. 593 *bis* c.p.p. si ricollega la scelta legislativa di rimettere alla discrezionalità dei singoli uffici il "promovimento di intese o altre forme di coordinamento", senza la previsione di alcuna sanzione.

In dottrina si è affermato che «le limitazioni al potere di impugnazione del procuratore generale valgono non solo in ordine all'appello ma anche con riguardo al ricorso immediato per cassazione, proponibile soltanto da chi è legittimato ad appellare la sentenza di primo grado»²³.

In tal senso, solo ove il procuratore della Repubblica non appelli o non ricorra *per saltum*, il potere d'impugnazione si riassorbe per il procuratore generale, diversamente gli è precluso l'esperimento di entrambi i mezzi d'impugnazione²⁴.

Tali coordinate, tuttavia, non sono risultate sufficienti a sgombrare il campo da equivoci interpretativi sul testo dispositivo, tanto da alimentare il conflitto giurisprudenziale che ha dato luogo alla rimessione della questione alle Sezioni Unite.

Il caso pratico ha riguardato il ricorso proposto a norma dell'art. 569 c.p.p. dal procuratore generale presso la Corte d'Appello di Catanzaro, in cui si deduceva come unico motivo la violazione di legge con riferimento alla dichiarazione di improcedibilità per remissione di querela in relazione al reato di cui all'art. 12 *sexies* l. 898/1970 – ora confluito nell'art. 570 *bis* c.p. – evidenziando che, per giurisprudenza costante, è procedibile d'ufficio²⁵.

La questione processuale origina dalla necessità di fornire la giusta qualificazione al mezzo di impugnazione proposto dalla Pubblica Accusa avverso una sentenza di primo grado *appellabile*, cioè con chiari riflessi sulla disciplina del ricorso *per saltum* ex art. 569 c.p.p.

La genericità del testo dell'art. 593 *bis* c.p.p. si saggia con riferimento all'assenza di riferimenti alle «modalità con cui è esercitabile in concreto il potere di appello da parte del procuratore generale». Vanno perciò tenute in disparte le ipotesi «di avocazione, che non rilevano nel caso di specie, e che neppure in realtà pongono problemi di coordinamento, poiché nei casi di avocazione [...] le funzioni del pubblico ministero [...] sono esercitate dai soli magistrati in servizio della procura generale presso la corte d'appello»²⁶.

²² Si è detto che «la norma di attuazione mira ad attivare per tempo la possibilità di far esercitare al P.G. il potere di impugnazione che diversamente rimarrebbe precluso; ciò è in alcuni casi avvenuto attraverso l'istituzione e la redazione di protocolli di intesa tra la Procura Generale e la Procura della Repubblica», V. PILLITTERI, *La decisione di rinvio della Corte di cassazione a seguito di ricorso da parte del procuratore generale nella prospettiva di efficacia dell'art. 593 bis, comma 2, c.p.p. (inappellabilità da parte del procuratore generale) tra ipotesi di inammissibilità dell'appello e valutazione di applicabilità dell'art. 569, comma 4, c.p.p.*, in *Diritto di difesa*, 2021, 4, 903.

²³ M. BARGIS, *op. cit.*, 803.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Cass. pen., Sez. VI, ord. 18 ottobre 2022 (dep. 5 dicembre 2022), n. 46038.

²⁶ *Ibidem*.

Il problema sorge con riferimento all'istituto dell'*acquiescenza*²⁷, allo stato privo di una chiara regolamentazione.

A proposito dell'*acquiescenza*, in ambito processualcivilistico si è detto che «l'art. 329 c.p.c. stabilisce che l'*acquiescenza* risultante da accettazione espressa o da atti incompatibili con la volontà di avvalersi delle impugnazioni ammesse dalla legge esclude la proponibilità di queste ultime. L'art. 157 dispone che la nullità non può essere opposta dalla parte che vi ha rinunciato anche tacitamente. *Appare da queste disposizioni che nel termine di acquiescenza è implicita l'idea di una accettazione o di una rinuncia, fatti di carattere dichiarativo, individuati in base a un criterio attinente al significato, o al valore del comportamento indice di un certo stato d'animo*»²⁸.

In ambito processualpenalistico²⁹ manca una norma di riferimento che ne inquadri compiutamente la disciplina, pur essendone riconosciuto il funzionamento all'interno del processo³⁰; invero, ove difettano regole precise germoglia la discrezionalità e le interpretazioni diversificate, a tratti persino creative.

Nel testo dell'ordinanza di rimessione³¹ si legge che l'introduzione dell'art. 593 *bis* c.p.p., ad opera della 'Riforma delle Impugnazioni', ha il precipuo scopo di evitare possibili sovrapposizioni di gravami del procuratore della Repubblica e del procuratore generale. L'articolo 570 c.p.p., che disciplina l'impugnazione del pubblico ministero, attribuiva *in precedenza* il potere di impugnazione, senza limitazioni, ad entrambi gli organi nell'esercizio delle rispettive facoltà. Il legislatore è intervenuto condizionando l'impugnazione del procuratore generale al caso di inerzia del pubblico ministero di primo grado³², lasciando inalterata la legittimazione ad impugnare sia del pubblico ministero che ha presentato le conclusioni, sia del procuratore della Repubblica.

²⁷ In letteratura si veda E. MINOLI, *L'acquiescenza nel processo civile*, Milano, 1942; G. LEONE, *Sull'acquiescenza alle sentenze penali*, in *Riv. penit.*, 1937, 773; ID. *Visto regolamentare del p.m. ed acquiescenza all'impugnazione*, in *Foro pen*, 1947, 644; G. MASTRANDREA, *L'impugnazione del p.m.*, in *Riv. penit.*, 1935, 991; C. U. DEL POZZO, *Le impugnazioni penali*, Padova, 1951, 254 ss.; G. SABATINI, *Acquiescenza e visto regolamentare del p.m.*, in *Giust. pen.*, 1950, III, 155; ID. *Trattato dei procedimenti incidentali*, Torino, 1953; G. BRICHETTI, *Le rinunzie nel diritto processuale penale*, Milano, 1922; C. MASSA, *L'acquiescenza nel processo penale*, Napoli, 1954.

²⁸ Così, A. BERGOMI, E. MINOLI, voce *Acquiescenza (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, Vol. I, 1958, 496.

²⁹ Si è detto a tal proposito che «l'*acquiescenza* è una manifestazione di volontà, espressa o tacita, con cui una parte del processo accetta una decisione del giudice o un atto processuale annullabile, suscettibili di impugnazione o di reclamo, con la conseguenza di far venir meno la possibilità di valersi dei mezzi giuridici concessi per eliminare il pregiudizio nascente dal provvedimento o per invalidare l'atto processuale», C. MASSA, voce *Acquiescenza (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Vol. I, 1958, 502.

³⁰ Si prenda in considerazione la disposizione di cui all'art. 183 c.p.p. concernente le sanatorie generali delle nullità che, ispirata al principio della conservazione degli effetti precari, richiama la figura dell'*acquiescenza* alla lettera a) ove è previsto che «salvo che sia diversamente stabilito, le nullità sono sanate: a) se la parte interessata ha rinunciato espressamente ad eccepirle ovvero ha accettato gli effetti dell'atto [...]». Orbene, vanno ricondotte a suddetta ipotesi non solo l'ipotesi di rinuncia espressa della parte che ha interesse ad eccepire la nullità, ma anche l'accettazione (espressa o tacita) degli effetti. In questi termini G. P. VOENA, *Atti*, in *Compendio di procedura penale*, in CONSO-GREVI-Bargis (a cura di), 2020, 255.

³¹ Cass. Sez. VI, ord. 18 ottobre 2022 (dep. 5 dicembre 2022), n. 46038.

³² L'art. 570 c.p.p., co. 1 prevede infatti che «il procuratore della Repubblica presso il tribunale e il procuratore generale presso la Corte di appello possono proporre impugnazione, nei casi stabiliti dalla legge, quali che siano state le conclusioni del rappresentante del pubblico ministero. Salvo quanto previsto dall'articolo 593-bis, comma 2, il procuratore generale può proporre impugnazione nonostante l'impugnazione o l'*acquiescenza* del pubblico ministero presso il giudice che ha emesso il provvedimento». V. PILLITTERI, *op. cit.*, 901-902, precisa che «ad una prima interpretazione del testo, il

È mancato poi un intervento sui casi di avocazione, mentre si è previsto un generico riferimento all'ipotesi di acquiescenza, «senza chiarirne le modalità, le forme, l'oggetto, gli effetti» e «lasciando immutata anche la disciplina generale dei mezzi di impugnazione ed in particolare l'art. 591 c.p.p., che regola i casi di inammissibilità³³ dell'impugnazione, e l'art. 589 c.p.p. in tema di rinuncia³⁴ all'impugnazione»³⁵.

La Sesta Sezione osserva come, al fine di non appesantire la procedura in vigore, si sia scelta la strada delle intese non vincolanti da adottare tra i singoli organi. E, tuttavia, in mancanza di un intervento sia sulla acquiescenza che sulla rinuncia, si è aggravata la verifica del giudice sulla legittimazione ad impugnare dell'appellante, poiché non è precisata la valenza degli eventuali protocolli adottati, né le conseguenze derivanti da un'inosservanza degli stessi³⁶.

Di tali premesse si nutre il dibattito giurisprudenziale.

Nella motivazione dell'ordinanza la Corte sottolinea che la perimetrazione dei confini impugnatori ha risvolti eminentemente pratici: il vago riferimento all'acquiescenza è strettamente collegato alla mancata differenziazione del termine impugnatorio dei diversi organi del pubblico ministero.

In buona sostanza, il termine può mutare in conseguenza di un diverso *dies a quo* riconducibile ad eventi fortuiti, che possono posticipare la decorrenza iniziale per il procuratore generale; tuttavia, potrebbe anche capitare che la decorrenza risulti anticipata.

È evidente che, se si collega l'acquiescenza alla scadenza del termine di impugnazione previsto per il procuratore della Repubblica, la legittimazione può valere solo nell'ipotesi, meramente casuale, in cui il termine iniziale per impugnare del procuratore generale sia posticipato.

Procuratore Generale potrà appellare, in via residuale, solo nelle ipotesi di avocazione delle indagini ed in quella in cui il P.M. presso il Tribunale abbia prestato acquiescenza alla decisione. In tutti gli altri casi, di conseguenza, è inibito l'esercizio del potere del Procuratore Generale di proporre appello avverso la sentenza di primo grado (eventualmente potrebbe proporre ricorso per Cassazione)».

³³ Con riferimento ai rapporti tra inammissibilità e acquiescenza, C. MASSA, *op. cit.* 506, precisa che «posto che l'inammissibilità è la pronuncia del giudice con la quale si dichiara che non si può provvedere sulla domanda a causa del difetto delle sue condizioni di ammissibilità, l'acquiescenza, in quanto accettazione dell'atto o del provvedimento, può portare, come la decadenza o la preclusione, ad una pronuncia di inammissibilità, sempre che conduca ad una decisione del giudice. Infatti, con l'accettazione del provvedimento e dell'atto nullo, la parte genera il consolidamento del processo o di una determinata situazione processuale, facendo così venire meno il presupposto essenziale per la decisione del giudice dell'impugnazione».

³⁴ Si è osservato che «l'acquiescenza va distinta da altri istituti processuali come la rinuncia, la decadenza, la preclusione e la inammissibilità. [...] La rinuncia, intesa come dismissione di un diritto di un potere o di una facoltà processuale, al pari dell'acquiescenza, è un modo di realizzazione della condizione a cui sono sottoposti gli atti processuali e i provvedimenti reclamabili o impugnabili. È da osservarsi che la rinuncia è costituita sempre da una manifestazione di volontà, la quale è contrassegnata dalla sua direzione che non è negativa (non valersi di un diritto), bensì positiva (dismissione di un diritto). I due istituti si differenziano per due aspetti: soggettivo ed oggettivo. Per il primo aspetto la rinuncia è diretta a dismettere un diritto, una facoltà o un potere di cui il soggetto processuale sia titolare; l'acquiescenza, al contrario, è diretta ad accettare un atto processuale reclamabile od un provvedimento impugnabile. [...] Per il profilo oggettivo la rinuncia incide sul diritto, sulla facoltà o sul potere dismesso (e l'atto compiuto o da compiere, a cui questi si riferiscono, resta fuori dall'oggetto immediato della rinuncia); l'acquiescenza, in quanto accettazione di un atto o di un provvedimento, incide su questi (od anche sui loro effetti, il che è lo stesso)», così C. MASSA, *op. cit.*, 505.

³⁵ Cass. Sez. VI, ord. 18 ottobre 2022 (dep. 5 dicembre 2022), n. 46038.

³⁶ *Ibidem*.

Fattore rilevante è dunque il tempo: qualora il potere venisse esercitato in tempistiche ridotte risulterebbe frustrata la facoltà del procuratore generale di preparare un congruo atto d'appello.

La Corte suggerisce, quindi, l'ipotesi di riconoscimento di un'acquiescenza espressa – seppur non prevista dal codice di rito – da manifestare ad opera del procuratore della Repubblica in pendenza del termine per impugnare.

Inoltre, un altro profilo di rilevante interesse, su cui s'interroga la Sesta Sezione, concerne l'ipotesi che l'acquiescenza riguardi o meno anche l'inerzia del pubblico ministero che ha presentato le conclusioni.

Se, da un lato, una interpretazione letterale condurrebbe a ritenere che l'acquiescenza non possa essere riferita anche a quest'ultimo proprio in forza del disposto di cui al comma 2 dell'art. 570 c.p.p.; dall'altro, si opina che ammettendo tale eventualità si rischierebbe di pregiudicare l'intento deflattivo della riforma in quanto potrebbe presentarsi l'evenienza di separati atti d'appello da parte del procuratore generale e del pubblico ministero di primo grado³⁷.

Va precisato che, sebbene nel caso di specie si controverta dell'istituto del ricorso *per saltum*, questo attiene comunque al potere impugnatorio del procuratore generale e, perciò, nell'ordinanza di remissione costituisce il punto di partenza per una ricostruzione più ampia; ciò si è tradotto nella necessità per le Sezioni Unite di pronunciarsi su più questioni strettamente collegate tra loro.

Volendo semplificare, i dubbi ermeneutici attengono a due passaggi fondamentali enunciati nell'ordinanza di remissione: a) la previsione di cui all'art. 569 c.p.p. che attribuisce il potere proporre ricorso immediato solo a coloro che sono legittimati ad appellare la sentenza di primo grado, sicché se manca il potere di appellare non può essere riconosciuto quello di proporre ricorso *per saltum*; b) l'ammissibilità, a norma dell'art. 608 c.p.p., di un ricorso per cassazione proposto anche contro le sentenze appellabili emesse da un giudice di primo grado e senza limiti per il procuratore generale non legittimato a proporre appello a norma dell'art. 593, co. 2 *bis*, c.p.p.

Ne deriva un quadro articolato, ove la risposta in un senso o nell'altro condiziona fortemente la nozione di appellabilità e il concreto esercizio del potere d'impugnazione riconosciuto in capo al procuratore generale. Se, da un lato, si paventa «l'introduzione di una nozione nuova di inappellabilità “soggettiva” non considerata dall'art. 608 c.p.p. che fa, invece, riferimento alle sentenze di primo grado inappellabili per oggettive connotazioni e prerogative procedurali riconosciute alle parti del processo, pubblico ministero, difesa e parte civile, a prescindere dal riferimento ai soggetti che le rappresentano [...]»; dall'altro, sarebbe inconcepibile una totale «sterilizzazione dei poteri di impugnazione del procuratore generale»³⁸ sia per il ricorso *per saltum* che per il ricorso ordinario.

A seconda dell'interpretazione prescelta cambia la soluzione processuale, con riflessi sull'individuazione del giudice del rinvio³⁹.

³⁷ Cass. Sez. VI, ord. 18 ottobre 2022 (dep. 5 dicembre 2022), n. 46038.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Alle Sezioni Unite viene rimessa la seguente questione di diritto: «se il ricorso per cassazione proposto dal procuratore generale presso la corte d'appello avverso una sentenza appellabile possa essere qualificato come ricorso immediato ex art. 569 cod. proc. pen. anche quando risultino carenti le condizioni da cui dipende la legittimazione a proporre appello da parte dello stesso procuratore generale, ai sensi dell'art. 593-bis, comma 2, cod. proc. pen., con conseguente rinvio

3. Il Supremo Consesso, prima di offrire la soluzione al caso *de quo*, ripercorre gli orientamenti che si sono avvicinati e che hanno alimentato il contrasto giurisprudenziale.

In particolare, con riguardo ai *presupposti* che legittimano il procuratore generale ad appellare la sentenza ai sensi dell'art. 593 *bis*, comma 2, c.p.p. si sono contesi il campo due indirizzi diversi.

Il primo⁴⁰ opina che dalla lettura dell'art. 593 *bis*, comma 2, c.p.p. si evince che l'acquiescenza va considerata presupposto indispensabile per legittimare l'impugnazione del procuratore generale; ne deriva che la sua assenza determina le conseguenze previste dall'art. 591, comma 1, lett. a), c.p.p.⁴¹.

Parte della giurisprudenza ha sostenuto che per assicurare «la razionalità del sistema impugnatorio, nel quale ad entrambe le parti spetta il diritto ad impugnare con gli stessi termini, ma ad una delle due tale potere è riconosciuto solo in via sussidiaria, [...] è previsto che, ai fini di acquisire tempestiva notizia in ordine alle determinazioni relative all'impugnazione delle sentenze di primo grado, il Procuratore Generale presso la Corte d'Appello promuove intese o altre forme di coordinamento con i procuratori della Repubblica del distretto (art. 166-bis disp. att. cpp)».

Si è inoltre precisato che l'acquiescenza evocata dall'art. 593 *bis* c.p.p. dev'essere espressa, sicché in assenza di manifestazione il procuratore può impugnare solo allo spirare del termine previsto per proporre impugnazione; di conseguenza, un appello proposto in pendenza dei termini per impugnare relativi al procuratore della Repubblica è inammissibile⁴².

della sentenza, in caso di annullamento, al giudice competente per l'appello, oppure si debba ritenere che in tale caso si tratti di ricorso per cassazione ordinario ai sensi dell'art. 606, comma 2, cod. proc. pen., con conseguente rinvio al giudice di primo grado che ha emesso la sentenza impugnata». Viene inoltre rimesso il quesito, preconditione del primo, del «*se l'appello del procuratore generale della corte di appello in pendenza del termine di impugnazione del procuratore della Repubblica sia da ritenersi inammissibile, perché proposto prima della maturata acquiescenza conseguente al mancato appello del procuratore della Repubblica presso il tribunale, o se tale inammissibilità si concretizzi solo ove risulti che alla scadenza del relativo termine, il procuratore della Repubblica non abbia proposto appello*». Così Cass. pen., Sez. VI, ord. 18 ottobre 2022 (dep. 5 dicembre 2022), n. 46038.

⁴⁰ Cass. Pen., Sez. Un., 22 maggio 2023, n. 21716.

⁴¹ Si orienta in tal senso Cass. Pen., Sez. V., 16/06/2021, n. 34831, che ha precisato che «l'acquiescenza rappresenta, pertanto, un presupposto la cui positiva esistenza deve risultare perché sussista quella legittimazione, la cui assenza genera le conseguenze processuali di cui all'art. 591, comma 1, lett. a), cod. proc. pen. In altri termini, l'acquiescenza rappresenta, nell'attuale codice di rito, fattore costitutivo della legittimazione ad impugnare, e non un fatto processuale la cui esistenza deve essere verificata nel momento in cui il giudice di secondo grado è chiamato ad esaminare l'impugnazione. E ciò perché il processo di impugnazione è pendente a partire dal momento in cui l'impugnazione è proposta ed è a quella data che vanno verificati i requisiti di ammissibilità della stessa». In senso conforme Cass. Pen., Sez. V, 7 dicembre 2021, n. 4269; Cass. Pen., Sez. V, 08 ottobre 2020, n. 30906.

⁴² Cass. Pen., Sez. Un., 22/05/2023, n. 21716; Cass. Pen., Sez. V., 16/06/2021, n. 34831, sottolinea che «in altri termini, non è la proposizione dell'appello da parte della Procura della Repubblica che rende a posteriori inammissibile l'appello del Procuratore generale, ma è la dimostrata acquiescenza, secondo la chiara lettera dell'art. 593-bis cod. proc. pen. a fondare la legittimazione - altrimenti insussistente - del Procuratore generale». In senso conforme Cass. Pen., Sez. V, 7 dicembre 2021, n. 4269.

In senso contrario⁴³ depone altro indirizzo giurisprudenziale⁴⁴, che individua nell'acquiescenza del procuratore della Repubblica un *mero fatto processuale* e non un presupposto condizionante l'esistenza della legittimazione ad impugnare del procuratore generale.

Infatti, si sottolinea che l'orientamento contrario risulta «non condivisibile poiché la *ratio* della norma consiste nell'evitare una duplicazione di impugnazioni da parte di diverse autorità giudiziarie. Tuttavia, questa interpretazione dell'acquiescenza come presupposto di fatto della legittimazione ad impugnare che deve sussistere nel momento in cui viene presentata l'impugnazione comporta effetti irragionevoli, poiché contrae la legittimazione ad impugnare del Procuratore Generale a quel breve arco di tempo determinato dalla diversa decorrenza di fatto dei termini di impugnare delle due autorità giudiziarie, mentre l'art. 166 bis disp. att. c.p.p. dispone che proprio al fine di acquisire tempestiva notizia in ordine alle determinazioni relative all'impugnazione della sentenza di primo grado, il Procuratore Generale promuove intese o altre forme di coordinamento con i procuratori della Repubblica del distretto»⁴⁵.

In sostanza, si ritiene che le intese non debbano avere ingresso nel processo, sicché, se il procuratore della Repubblica comunica la sua intenzione di prestare acquiescenza al procuratore generale, costui potrà esercitare il suo potere impugnatorio prima della scadenza dei termini di legge. «Sarà il giudice dell'impugnazione a verificare se il Procuratore Generale ha fatto legittimo utilizzo del suo potere, desumendo l'acquiescenza dalla mancata impugnazione»⁴⁶. Nell'ipotesi in cui l'atto di impugnazione di quest'ultimo «venga depositato [...] prima della decorrenza ultima» non si verte nel caso di inammissibilità, ma «quanto di una condizione definibile in termini di «sospensione della validità, posto che la conformità al modello legale dell'atto dipende, a ben vedere, da una condizione di fatto (la integrale decorrenza dell'altrui termine senza proposizione dell'appello) estranea alla volontà del titolare del potere sussidiario»⁴⁷.

⁴³ A riprova dello scostamento dall'impostazione propugnata da altra giurisprudenza e della sussistenza di un contrasto in materia si veda Cass. Pen., Sez. II, 15/12/2021, n. 6534, che espressamente afferma che «il collegio conosce ma non condivide l'arresto giurisprudenziale richiamato dalla difesa nella memoria depositata in udienza, la sentenza numero 34831 del 26 settembre 2021, secondo cui l'acquiescenza non può essere tacita ma deve essere espressa e pertanto il Procuratore Generale è legittimato a proporre impugnazione avverso la sentenza del tribunale soltanto quando siano già spirati inutilmente i termini per impugnare nei confronti del procuratore della Repubblica» In senso conforme Cass. Pen., Sez. I, 22 giugno 2022, n. 30919.

⁴⁴ Cass. Pen., Sez. Un, 22 maggio 2023, n. 21716.

⁴⁵ Cass. Pen., Sez. II, 15 dicembre 2021, n. 6534.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Così, Cass. Pen., Sez. I, 22/06/2022, n. 30919, che ha aggiunto che il termine per impugnare per i diversi organi dell'accusa coincide e la differente decorrenza è conseguenza del fatto che al procuratore generale «è sempre dovuto l'avviso di deposito della sentenza». Il ragionamento processuale va così impostato: nella circostanza preventivata la verifica sull'ammissibilità dell'impugnazione del Procuratore Generale «va pertanto resa cronologicamente «coincidente» con lo spirare del termine concesso al Procuratore della Repubblica. Lì dove si manifesti, in tale momento, l'acquiescenza del Procuratore della Repubblica, tale condizione — di fatto e di diritto — rende ammissibile l'impugnazione del Procuratore Generale, a nulla rilevando il suo previo deposito».

Le Sezioni Unite si soffermano poi sull'interazione tra l'art. 593 *bis* c.p.p. e le disposizioni sul ricorso per cassazione⁴⁸, dando atto della sussistenza di un conflitto ermeneutico.

Un primo indirizzo⁴⁹ è granitico nel ritenere che il ricorso presentato dal procuratore generale, non legittimato a proporre appello a norma dell'art. 593 *bis* co. 2 c.p.p., vada ri-qualificato come "immediato". Le argomentazioni a sostegno si fondano sull'assunto per cui la mancanza della manifestata acquiescenza da parte del procuratore della Repubblica non si riflette sulla astratta possibilità di impugnare del procuratore generale, ma sulla possibilità dell'esercizio concreto di tale facoltà⁵⁰. Non potendo definirsi la sentenza di primo grado inappellabile per il procuratore generale, a costui va riconosciuta la facoltà di presentare ricorso *per saltum*⁵¹, ex art. 569 c.p.p. con conseguente rinvio al giudice competente di appello⁵². Dunque, la chiave di volta sta nel fatto che l'impugnazione non verte su un provvedimento «che per sua intrinseca natura non era soggetto ad appello»⁵³.

In senso diametralmente opposto si pone diverso orientamento giurisprudenziale, che ritiene che la preclusione imposta dall'art. 593 *bis* co. 2 c.p.p. valga anche per il ricorso *per saltum*: laddove il procuratore generale non possa appellare risulta destinatario di una inappellabilità soggettiva che non lo abbandona nell'ipotesi del ricorso *per saltum*; residua solo la facoltà di proporre ricorso ordinario ex art. 608 c.p.p.⁵⁴ e, in caso di annullamento, il rinvio va disposto al giudice che ha emesso la sentenza impugnata⁵⁵.

Venendo ora alla soluzione al primo quesito⁵⁶, la Corte si sofferma sulla genesi dell'art. 593 *bis* c.p.p. e sulla *ratio* che pervade la modifica del rapporto originariamente paritario. «Il rapporto

⁴⁸ Come osservato da V. PILLITTERI, *op. cit.*, 908, la corretta qualificazione del ricorso non ha risvolti di poco momento. Difatti, «da tale scelta deriva, in caso di annullamento con rinvio, l'individuazione del giudice ritenuto competente (Tribunale ovvero Corte di appello)».

⁴⁹ Cass. Pen., Sez. Un, 22 maggio 2023, n. 21716.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Sulla tematica del ricorso *per saltum* v. V. PILLITTERI, *op. ult. cit.*, 907 ss.

⁵² In questo senso Cass. Pen., Sez. III, 22 novembre 2019, n. 3165.

⁵³ Così Cass. Pen., Sez. II, 14 gennaio 2022, n. 15449, che peraltro evidenzia che «è infatti noto che se il provvedimento emesso dal Tribunale sia stato impugnato tramite il mezzo del ricorso per cassazione, in quanto si tratti di provvedimento non appellabile, l'eventuale annullamento con rinvio della sentenza censurata pronunciato in sede di legittimità, comporterà la competenza, per la celebrazione del giudizio di rinvio, in capo all'organo di primo grado che abbia emesso la sentenza impugnata, posto che, stante la ontologica non appellabilità del provvedimento giurisdizionale in questione, esso non diventa suscettibile di essere esaminato dalla Corte di appello, o comunque dal giudice del gravame, neppure a seguito dell'avvenuto annullamento della sentenza di primo grado».

⁵⁴ La giurisprudenza ha osservato che «nel caso di ricorso per cassazione proposto dal procuratore generale presso la corte d'appello che, ai sensi dell'art. 593-bis, comma 2, cod. proc. pen., non abbia legittimazione ad impugnare la sentenza, non ricorre l'ipotesi di ricorso immediato per cassazione (cd. "per saltum") essendo l'impugnazione l'unico rimedio "soggettivamente" esperibile, sicché, in caso di annullamento della sentenza da parte della Corte di cassazione, il rinvio va disposto non al giudice competente per l'appello, come previsto dall'art. 569, comma 4, cod. proc. pen., ma al giudice che ha emesso la sentenza impugnata. (Fattispecie in cui il procuratore generale aveva impugnato la sentenza di condanna di primo grado censurando l'illegalità della pena irrogata)» (Cass. Pen., Sez. V, 18 febbraio 2020, n. 13808).

⁵⁵ Si assestano su questa linea interpretativa Cass. Pen., Sez. IV, 28 ottobre 2020, n. 33867; Cass. Pen., Sez. V, 20 ottobre 2020, n. 34998; Cass. Pen., Sez. V, 8 ottobre 2020, n. 30906. Per ulteriori motivazioni che sorreggono questo indirizzo si v. Cass. Pen., Sez. Un, 22 maggio 2023, n. 21716.

⁵⁶ «Quali **presupposti** legittimino il procuratore generale ad appellare la sentenza ai sensi dell'art. 593-bis, comma 2, cod. proc. pen.». Per leggere anche l'informazione provvisoria delle S.U. si veda *La decisione delle Sezioni unite in tema di appellabilità della sentenza ex art. 593 bis co. 2 c.p.p. (informazione provvisoria)*, in www.sistemapenale.it.

differenziato» risponde ad una logica di impugnazione prioritaria e sussidiaria, ciò al fine di evitare che siano presentati più appelli contemporaneamente e prevenire – almeno in via teorica – ‘l’ingolfamento’ del secondo grado di giudizio⁵⁷.

Il *punctum dolens* della disciplina introdotta dal legislatore riguarda l’aver individuato un presupposto condizionante la legittimazione ad impugnare del procuratore generale senza aver offerto una compiuta regolamentazione dell’istituto. Da qui sono sorti i dubbi ermeneutici.

Il corto circuito, come osservato dalle Sezioni Unite, sta nel fatto che il collegamento dell’acquiescenza al decorso del termine per impugnare per il procuratore della Repubblica e la dipendenza della legittimazione del procuratore generale alla conoscenza della decorrenza dello stesso si riflette sul concreto esercizio del potere⁵⁸.

La Corte, poi, sconfessa quella teoria – a cui si riconoscono tratti suggestivi – secondo cui il procuratore generale potrebbe proporre un appello “al buio”, condizionando il proprio atto di appello al verificarsi di una condizione estranea alla volontà del proponente⁵⁹.

Ciò risulta precluso, *per tabulas*, in forza del dettato normativo dell’art. 591⁶⁰, co. 1, lett. a) c.p.p.⁶¹.

Il bandolo della matassa si annida, ad opinione della Corte, nell’art. 166 *bis* disp. att. c.p.p., che rimette al procuratore generale l’iniziativa di verificare, caso per caso, quali siano le intenzioni del procuratore della Repubblica e se vi siano le condizioni per far valere la sua legittimazione “sussidiaria”⁶².

Non solo dalla lettura delle norme in combinato disposto (art. 593 *bis* c.p.p. e 166 *bis* disp. att. c.p.p.) si evince la *voluntas legis* di escludere l’acquiescenza tacita poiché essa rappresenta solo il risultato di un’intesa o di un protocollo organizzativo ma, inoltre, il procuratore generale non è tenuto ad allegare all’atto di impugnazione un protocollo, ovvero qualsiasi documento, che attesti l’intervenuta acquiescenza del procuratore della Repubblica. Peraltro, l’adozione di moduli

⁵⁶ Cass. Pen., Sez. Un, 22 maggio 2023, n. 21716.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ In altri termini, in forza del possibile intervallo di tempo ridotto il procuratore generale vedrebbe frustrato concretamente il potere d’impugnazione; inoltre, qualora ricevesse la comunicazione dell’avviso di deposito della sentenza di primo grado prima del procuratore della Repubblica non avrebbe possibilità alcuna di presentare appello.

⁵⁹ Cass. Pen., Sez. Un, 22/05/2023, n. 21716.

⁶⁰ Per approfondire il ‘percorso normativo’ dell’inammissibilità delle impugnazioni v. E. FRAGASSO, *Appunti sparsi sull’inammissibilità delle impugnazioni*, in *Arch Pen.*, 2018, 1; P. MAGGIO, *Nuove ipotesi d’inammissibilità dell’impugnazione*, in *Proc. pen. giust.*, 1, 2022; F. A. MAISANO, *Prime note critiche sull’appello inammissibile nella “riforma Cartabia”*, in *Giur. Pen. web*, 2022, 10.

⁶¹ Peraltro, risulta altresì in contrasto con il principio consolidato secondo cui «l’art. 591, comma 2, cod. proc. pen., contenuto nelle disposizioni generali sulle impugnazioni, impone la verifica delle condizioni di ammissibilità dell’atto introduttivo del rapporto processuale finalizzato al controllo della decisione avversata e, in difetto di tali condizioni, la corrispondente declaratoria di inammissibilità, la cui omissione (l’ipotesi logicamente è riferibile al solo atto d’appello) determina certamente una patologia, alla quale può porsi rimedio – in quanto vizio rilevabile in ogni stato e grado del procedimento, ai sensi del comma 4 della citata norma – con il ricorso per cassazione» Così, Cass. Sez. Un., 17 dicembre 2015, n. 12602.

⁶² Cass. Pen., Sez. Un, 22 maggio 2023, n. 21716.

concordati non è obbligatoria⁶³ (sebbene si sia opinato che nella prassi quasi tutti gli uffici giudiziari se ne dotino); ma, soprattutto, *non ha valenza processuale*.

La Corte, nel rassegnare le conclusioni sulla prima questione rimessa, sottolinea che la scelta legislativa di non modificare la disciplina dei termini per proporre impugnazione induce a ritenere che mediante il promovimento di intese, nonché verificando le intenzioni del procuratore della Repubblica, si elimineranno gli inconvenienti e si otterranno risposte coerenti con il sistema.

In sostanza, l'applicazione delle norme dovrebbe *in nuce* escludere la possibilità che avverso la medesima sentenza siano proposti atti d'appello da diversi organi del pubblico ministero.

In più, qualora ciò dovesse verificarsi si verserebbe nell'ipotesi «di mancata acquiescenza e della non operatività delle intese», sicché «l'impugnazione del procuratore generale» sarebbe «inammissibile»⁶⁴.

Sia consentita una breve riflessione sul punto.

La Sezione Unite si pronunciano nel senso di una «responsabilità ordinamentale del procuratore generale»⁶⁵.

Ebbene, viene da chiedersi cosa muti in concreto. Logicamente, se il legislatore ha introdotto le norme oggetto di vaglio contemporaneamente, correlandone il funzionamento, sollecitarne l'applicazione non esclude alcune criticità, individuate anche dalla giurisprudenza precedente⁶⁶.

In primo luogo, potrebbe risultare complesso per il procuratore generale tenere traccia delle intenzioni di ogni singolo procuratore della Repubblica; inoltre, l'assenza di regolamentazione non elimina il rischio di discrezionalità. Se l'obiettivo è evitare *ab origine* la proposizione di più appelli, forse, il ricorso ad atti di *soft law* non è la strategia ottimale, soprattutto se privi di qualsivoglia rilevanza esterna che possa responsabilizzare l'ufficio del pubblico ministero.

Se fino ad ora si sono registrati contrasti operativi, probabilmente, l'applicazione fisiologica non è sufficiente e lo scenario patologico andrebbe evitato a prescindere per non sconfessare l'*intentio* del legislatore del 2018.

Non convince neppure la giustificazione della mancata differenziazione dei termini per impugnare alla luce della corretta applicazione degli artt. 593 *bis* c.p.p. e 166 *bis* disp. att. c.p.p.; operare un distinguo potrebbe risultare dirimente.

L'intervento del legislatore della Riforma Cartabia, volto a rimediare alla stasi procedimentale del pubblico ministero, sarebbe stato opportuno anche con riferimento alla legittimazione ad appellare del procuratore generale, precisandone i confini operativi e disciplinando (*finalmente*) l'istituto dell'acquiescenza per risolvere il problema a monte e non a valle.

Il punto critico risiede nella disciplina codicistica e, pertanto, la giurisprudenza non può che muoversi nei limiti dell'interpretazione sistematica, non potendo divenire creativa.

⁶³ In motivazione le S.U. precisano che si tratta di accorgimenti di *soft law*, come i protocolli organizzativi che i diversi uffici del pubblico ministero adottano a fini investigativi ai sensi dell'art. 371 comma 1 c.p.p.

⁶⁴ Così Cass. Pen., Sez. Un., 22 maggio 2023, n. 21716.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ V. Cass. Sez. VI, 18 ottobre 2022 (dep. 5 dicembre 2022), n. 46038.

Con riferimento alla seconda questione⁶⁷, le Sezioni Unite affermano che «l'acquiescenza del Procuratore della Repubblica *al provvedimento* non è riferibile anche al pubblico ministero *che abbia presentato le conclusioni nel giudizio di primo grado*».

Invero, alla luce dello scostamento del testo dell'art. 593 *bis* c.p.p. dal criterio previsto dalla legge delega 103/2017, ci si è interrogati sull'esatta perimetrazione della nozione di pubblico ministero, giacché la legge delega prevedeva una formula più ampia, comprensiva anche del sostituto procuratore che ha presentato le conclusioni in giudizio.

Dall'analisi testuale dell'art. 593 *bis*, co. 2, c.p.p. deriva che la legittimazione del procuratore generale presso la Corte d'appello non è condizionata dalle iniziative assunte dal pubblico ministero che ha presentato le conclusioni. La riforma non è intervenuta sull'autonomia di quest'ultimo, potendo l'appello dello stesso e del procuratore generale, legittimato ai sensi dell'art. 593 *bis*, co. 2, c.p.p., concorrere⁶⁸.

Ciò è diretta conseguenza dell'esegesi letterale e di quella logico-sistematica che impedisce di valorizzare un'interpretazione teleologica dottrinale che faccia prevalere sulla norma la *ratio* di razionalizzazione processuale che pervade la riforma⁶⁹.

La soluzione è legalmente corretta e, tuttavia, può porsi in contrasto con le logiche deflative richiamate a gran voce⁷⁰. Per tali ragioni, non risultano destituiti di pregio quegli orientamenti dottrinali che propendono per un'interpretazione volta a scongiurare i rischi di duplicazioni tra impugnazioni e che ricomprendono nel riferimento al "procuratore della Repubblica" «sia il titolare dell'ufficio sia il rappresentante del pubblico ministero che ha presentato le conclusioni in ottemperanza, del resto, al criterio direttivo della legge delega [...]»⁷¹.

Infine, con riferimento alla terza questione⁷², la Corte evidenzia che la soluzione al quesito vada rinvenuta, nuovamente, nella lettura delle norme codicistiche. Difatti, l'art. 569 c.p.p., che descrive il ricorso immediato, delinea una nozione di appellabilità soggettiva in quanto configurato come alternativo all'appello. Ne consegue che il procuratore generale è legittimato a proporre ricorso per cassazione *per saltum* se è legittimato a proporre appello, dunque, nelle sole ipotesi di avocazione o di acquiescenza⁷³. In assenza di tali condizioni, il ricorso per *per saltum* proposto fuori dai casi suddetti va dichiarato inammissibile.

⁶⁷ «Se l'acquiescenza del procuratore della Repubblica *al provvedimento* (art. 593 *bis*, comma 2, cod. proc. pen.) sia riferibile anche al pubblico ministero *che abbia presentato le conclusioni nel giudizio di primo grado*».

⁶⁸ Così Cass. Pen., Sez. Un, 22 maggio 2023, n. 21716.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Si v. dubbi sollevati da Cass. Sez. VI, ord. 18 ottobre 2022 (dep. 5 dicembre 2022), n. 46038.

⁷¹ Così per M. BARGIS, *op. cit.*, 803.

⁷² «Se, in assenza delle condizioni per l'appello del procuratore generale di cui all'art. 593-bis, comma 2, cod. proc. pen., il ricorso per Cassazione dello stesso possa essere qualificato come ricorso immediato ex art. 569 cod. proc. pen. ovvero come ricorso ordinario ai sensi degli artt. 606, comma 2, e 608 cod. proc. pen.». Per leggere anche l'informazione provvisoria delle S.U. si veda *La decisione delle Sezioni unite in tema di appellabilità della sentenza ex art. 593 bis co. 2 c.p.p. (informazione provvisoria)*, in www.sistemapenale.it

⁷³ Cass. Pen., Sez. Un, 22/05/2023, n. 21716. La Corte precisa che il ricorso immediato del procuratore generale si converte in appello nel caso in cui la sentenza di primo grado venga appellata dalla parte privata (secondo le disposizioni di cui agli artt. 569 co. 2 e 580 c.p.p.).

Le Sezioni Unite vanno oltre e si pronunciano anche sulla facoltà del procuratore generale, in assenza delle condizioni per proporre appello a norma dell'art. 593 bis, co. 2, c.p.p., di presentare ricorso ordinario ai sensi dell'art. 606, co. 2, c.p.p., nonché dell'art. 608, co. 1, c.p.p.

Tutto ruota intorno all'esatta delimitazione del concetto di 'inappellabilità' richiamata dagli articoli suddetti. Se intesa in senso oggettivo – «la sentenza di primo grado deve in ogni caso essere inappellabile dall'ufficio del pubblico ministero [...] – resterebbe preclusa la legittimazione del procuratore generale a proporre ricorso per cassazione, laddove la sentenza sia appellabile dal procuratore della Repubblica»; se, invece, considerata in senso soggettivo, «con riferimento alla specifica posizione del soggetto processuale considerato, si dovrebbe riconoscere al procuratore generale, pur non legittimato a proporre appello, la facoltà di presentare il ricorso "ordinario" per cassazione».

Le Sezioni Unite sottolineano che gli articoli 606 co. 2 e 608 c.p.p. non possono essere valorizzati in relazione all'art. 593-bis c.p.p., ipotesi che non può essere ritenuta di inappellabilità oggettiva, giacché l'atto di appello può essere presentato dal procuratore della Repubblica. Ancora, si evidenzia che una soluzione opposta contrasterebbe con «le esigenze di semplificazione del sistema sottese alla disciplina contenuta nel d. lgs. 11/2018».

La chiave di lettura è racchiusa proprio nella finalità di suddetto decreto legislativo: va evitato il rischio di sovrapposizioni di mezzi di impugnazione eterogenei aventi ad oggetto il medesimo provvedimento (ciò potrebbe verificarsi nel caso in cui stante il potere di appellare del procuratore della Repubblica il procuratore generale potesse proporre ricorso per cassazione ordinario).

Applicandosi inoltre l'istituto della conversione del ricorso in appello (art. 580 c.p.p.) si aggirerebbero gli scopi della riforma, in quanto potrebbe verificarsi il fenomeno della duplicazione di impugnazioni qualitativamente omogenee provenienti da organi diversi dello stesso ufficio, svuotando di significato il disposto di cui all'art. 593 bis, comma 2, c.p.p. e 166 bis disp att. c.p.p.⁷⁴.

Dunque, la Corte emana il principio di diritto secondo cui: «in assenza delle condizioni per presentare appello ai sensi dell'art. 593-bis, comma 2, cod. proc. pen., il procuratore generale non è legittimato a proporre ricorso immediato per cassazione ex art. 569 cod. proc. pen. né ricorso ordinario ai sensi degli artt. 606, comma 2, e 608 cod. proc. pen.».

La soluzione offerta è coerente con il dettato normativo, eppure genera qualche perplessità in ordine al concreto esercizio del potere del procuratore generale.

Difatti, come osservato nell'ordinanza di rimessione, questo rischia di rimanere sterilizzato non potendo estrinsecarsi né nella proposizione del ricorso *per saltum* né del ricorso ordinario, limitati alle condizioni previste dall'art. 593 bis c.p.p., a loro volta strettamente collegate a regole di matrice meramente organizzativa.

⁷⁴*Ibidem.*

Sarebbe auspicabile, dunque, un intervento del nomoteta per disciplinare più accuratamente – fuori da canali meramente interni che, se nell’intenzione rispondono a logiche deflattive, nella pratica possono trasformarsi in prassi distorsive – il potere impugnatorio del procuratore generale.

In questo caso la codificazione non va intesa come un appesantimento della disciplina delle impugnazioni, ma come garanzia di certezza. Si preverrebbe del tutto la fase patologica che, come osservato dalle Sezioni Unite, è un’eventualità che non può escludersi del tutto.

4. La pronuncia delle Sezioni Unite offre (anche) l’occasione per riflettere su una questione processuale collegata all’art. 593 *bis* c.p.p., ossia i limiti al gravame del pubblico ministero⁷⁵, più volte rimaneggiati.

La stretta delimitazione dei confini operativi del potere d’impugnazione del procuratore generale risponde alla medesima *ratio* deflattiva che ispira le riflessioni odierne sul potere di appello della pubblica accusa. Si discute, nuovamente, della sua potenziale abolizione. Invero, la ragione per cui non si è intrapresa tale strada con la riforma va rinvenuta più in esigenze pratiche che ideologiche⁷⁶, ciò a riprova del fatto che la questione è stata temporaneamente accantonata, ma nulla vieta che verrà riproposta⁷⁷.

L’ipotesi risulta percorribile nella misura in cui l’appello non è coperto da garanzia costituzionale espressa; tuttavia, se per l’imputato rappresenta espressione del diritto di difesa⁷⁸, per il pubblico ministero va osservato nell’ottica della parità delle parti⁷⁹.

Eppure, l’argomento ricavabile dall’art. 111 Cost. risulta debole in considerazione della lettura fornita da alcune pronunce del Giudice delle Leggi secondo cui «*il processo penale è caratterizzato, infatti, da una asimmetria “strutturale” tra i due antagonisti principali. Le differenze che connotano le rispettive posizioni [...] impediscono di ritenere che il principio di parità debba (e possa) indefettibilmente tradursi, nella cornice di ogni singolo segmento dell’iter processuale, in un’assoluta simmetria di poteri” e facoltà*»⁸⁰.

⁷⁵ Il legislatore è intervenuto sull’art. 593 c.p.p., “casi di appello”, inserendo nuove ipotesi di inappellabilità. Per approfondire l’argomento, *ex multis*, si veda S. CIAMPI, *op. cit.*; G.L. GATTA, *Riforma della Giustizia Penale: Contesto, obiettivi e linee di fondo della ‘legge Cartabia’*, in *Sist. Pen.*, 2021, 14; G. BIONDI, *Il giudizio di appello penale dopo la “Riforma Cartabia”*, in *Giur. Pen. web.*, 2022, 12, 9 ss.

⁷⁶ S. CIAMPI, *op. cit.* 2.

⁷⁷ S. CIAMPI, *op. cit.* 2, osserva che il Governo ha scelto di espungere dal decreto di attuazione «un tema così scottante, il quale, gravido com’è d’implicazioni ideologiche e sistematiche, avrebbe rischiato di rallentare od ostacolare, nelle aule parlamentari, la marcia a tappe forzate di quel progetto di legge governativo che, nel settembre scorso, è giunto in tempi da record all’approvazione da parte delle Camere».

⁷⁸ S. ROMANO, *op. cit.*, 3 ss.; v. anche S. CIAMPI, *op. cit.*, 5;

⁷⁹ Richiamandosi a quanto detto in precedenza, va segnalata l’opinione autorevole di O. MAZZA, *op. cit.*, 8-9, secondo cui «quando il pubblico ministero appella una sentenza di assoluzione introduce un giudizio che potrebbe icasticamente definirsi come la causa dello Stato contro lo Stato, la Procura della Repubblica contro la Repubblica. Il pubblico ministero non può mettere in discussione l’operato del giudice che ha prosciolto l’imputato a meno che non si tratti di una decisione illegale, nel qual caso il vizio di legittimità potrà essere denunciato con il ricorso per cassazione». E, inoltre, «quanto sia stato fuorviante impostare il giudizio di legittimità della legge Pecorella (l. n. 46 del 2006) sulla base di un inapplicabile principio di parità fra le parti processuali».

⁸⁰ Corte cost., n. 34 del 2020 che ha inoltre precisato che «alterazioni di tale simmetria – tanto nell’una che nell’altra direzione (ossia tanto a vantaggio della parte pubblica che di quella privata) – sono invece compatibili con il principio di

Inoltre, se originariamente s'intravedeva uno stretto collegamento tra l'appello del pubblico ministero e l'esercizio dell'azione penale, costituzionalmente garantito dall'art. 112, questo legame è stato sconfessato dalla Corte costituzionale⁸¹.

Ne deriva che il potere d'appello del pubblico ministero è maggiormente esposto a censure, anche nell'ottica del rafforzamento delle garanzie dell'imputato⁸² e della ragionevole durata del processo.

Non si può trascurare, però, che il controllo di legittimità per molti versi non risulta sufficiente a colmare lacune e ad approfondire questioni che trovano *sedes materiae* in un secondo grado di merito. Peraltro, se il Giudice delle Leggi è intervenuto sulla legge Pecorella che limitava fortemente – ma non eliminava del tutto – il gravame della parte pubblica, viene da chiedersi come potrebbe non intervenire a fronte di un possibile intervento così radicale, qualora si traducesse in legge⁸³.

Ancora una volta si rende necessario ricorrere al principio di ragionevolezza⁸⁴, perché solo così si assicurano le garanzie del processo⁸⁵.

È evidente che l'imputato non possa perdere il potere di appellare e di difendersi: basti solo considerare il riconoscimento di tale prerogativa a livello sovranazionale.

parità, ad una duplice condizione: e, cioè, che esse, per un verso, trovino un'adeguata ratio giustificatrice nel ruolo istituzionale del pubblico ministero, ovvero in esigenze di funzionale e corretta esplicazione della giustizia penale, anche in vista del completo sviluppo di finalità esse pure costituzionalmente rilevanti; e, per un altro verso, risultino comunque contenute – anche in un'ottica di complessivo riequilibrio dei poteri, avuto riguardo alle disparità di segno opposto riscontrabili in fasi del procedimento distinte da quelle in cui s'innesta la singola norma discriminatrice avuta di mira (si vedano le sentenze n. 115 del 2001 e n. 98 del 1994) – entro i limiti della ragionevolezza» (sentenza n. 26 del 2007)».

⁸¹ Si richiama Corte cost. n. 280 del 1995 che, espressamente, esclude che il potere di appello del pubblico ministero sia riconducibile all'obbligo di esercitare l'azione penale.

⁸² A. GAITO, *op. cit.*, 963.

⁸³ È di questa opinione S. CIAMPI, *op. cit.*, 8.

⁸⁴ *Ibidem*, 22-23. Va condivisa l'opinione dell'Autore che precisa che «il vero banco di prova per quest'ultima opzione consisterebbe nelle implicazioni del principio di parità delle parti e nel correlato scrutinio di ragionevolezza delle scelte differenziatrici compiute dal legislatore».

Tuttavia, non manca chi ne sostiene la «specificità evidente e una ragionevolezza indiscutibile», sebbene si tratterebbe comunque di una manovra da inserire «nel meccanismo finalizzato a restringere il controllo di merito». Così A. DE CARO, *op. cit.*, 2.

⁸⁵ Nella relazione finale della Commissione Lattanzi si legge all'art. 7 punto c-ter) di «prevedere l'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento e dei capi civili delle sentenze di condanna ad opera della parte civile in sede penale». Consultabile al sito: <https://www.sistemapenale.it/it/documenti/relazione-commissione-lattanzi-riforma-giustizia-penale>, 34.

Si è intervenuti in sede di attuazione con il dichiarato fine di alleggerire il carico stabilendo «che il giudice di appello o di legittimità, se l'atto di impugnazione supera il controllo di ammissibilità rinvia per la prosecuzione al giudice competente, il quale deciderà avvalendosi delle prove raccolte nel processo penale e di quelle eventualmente acquisite nel giudizio civile (art. 573 co. 1 *bis*)». Così A. GAITO, *op. cit.*, 946.

A. DE CARO, *op. cit.*, 14, osserva che «l'idea stessa di bilanciare una "limitazione" imposta ad una delle parti con altra, parallela, "restrizione", meno intensa ma comunque significativa, collegata ai diritti procedurali desta perplessità dal punto di vista logico e giuridico. Se, infatti, l'eliminazione del potere di appello del pubblico ministero ha un senso sistematico non deve certamente chiedere bilanciamenti che coinvolgano altre garanzie; e se li pretende vuol dire che non è una riforma utile al sistema penale, ma solo finalizzata alla contrazione dei tempi a discapito del controllo di merito».

D'altro canto, l'abolizione del gravame della pubblica accusa per superare lo scrutinio di legittimità non può trovare fondamento nella mera esigenza di speditezza o di semplificazione procedurale, ma deve rispondere a più forti *rationes*⁸⁶.

Non va trascurato che per garantire la deflazione processuale si è da ultimo intervenuti per ridurre i casi di appellabilità.

Andrebbe perciò dimostrata la totale inutilità dell'appello del pubblico ministero per procedere ad un intervento così radicale.

Il vero baluardo appare allora il monito del Giudice delle leggi secondo cui «l'iniziativa del pubblico ministero volta alla verifica dei possibili [...] errori commessi dal primo giudice, nel negare la responsabilità dell'imputato, non può qualificarsi, in sé, "persecutoria"; *essa ha, infatti, come scopo istituzionale quello di assicurare la corretta applicazione della legge penale nel caso concreto e – tramite quest'ultima – l'effettiva attuazione dei principi di legalità e di eguaglianza, nella prospettiva della tutela dei molteplici interessi, connessi anche a diritti fondamentali, a cui presidio sono poste le norme incriminatrici*»⁸⁷. Ne consegue che solo individuando una ragione che sorregga una tale dissimmetria si potrebbe giustificare un intervento così radicale ma costituzionalmente tollerato.

⁸⁶ Corte Cost., 24 gennaio 2007, n. 26, sottolinea che «le eventuali menomazioni del potere di impugnazione della pubblica accusa, nel confronto con lo speculare potere dell'imputato, debbano comunque rappresentare – ai fini del rispetto del principio di parità – soluzioni normative sorrette da una ragionevole giustificazione, nei termini di adeguatezza e proporzionalità dianzi lumeggiati: non potendosi ritenere, anche su questo versante – se non a prezzo di svuotare di significato l'enunciazione di detto principio con riferimento al processo penale – che l'evidenziata maggiore "flessibilità" della disciplina del potere di impugnazione del pubblico ministero legittimi qualsiasi squilibrio di posizioni, sottraendo di fatto, in radice, le soluzioni normative *in subiecta materia* allo scrutinio di costituzionalità».

⁸⁷ Corte Cost., 24 gennaio 2007, n. 26.

«RIEDUCARE» ATTRAVERSO LA MESSA IN PROVA: DAL MINORE ALLE PERSONE GIURIDICHE

MICHELA SIRACUSA

ABSTRACT

The probation mechanism returns to the attention of the jurisprudential debate. Recently published is the decision in which the Supreme Court denied the applicability of the institution to collective entities, taking into account the structural incompatibility of the procedure with respect to legal persons and the impossibility of accessing an analogical interpretation of the legislation. The decision provides a cue to examine the two-faced nature of probation and to attempt to elaborate alternative readings to safeguard the right to education, which, in the system of criminal liability of organizations, is declined in terms of compliance.

SOMMARIO: 1. L'ente «messo in prova»: prassi virtuose e tendenze (dis)educative. – 2. Natura anfibia della probation. – 3. L'intervento «chiarificatore» delle Sezioni unite in nome del principio di legalità. – 4. Interpretazione tassativizzante versus interpretazione estensiva: una premessa sul metodo. – 5. Letture alternative nel segno della «compliance» aziendale.

1. Il dibattito sulla natura anfibia della messa in prova è tornato ad animare sia dottrina che giurisprudenza.

La Corte di legittimità¹ ha posto fine alla *querelle* sulla possibilità di ammettere la persona giuridica alla probation², affermando il principio secondo cui «l'istituto dell'ammissione alla prova, di cui all'art. 168-bis cod. pen., non trova applicazione con riferimento alla disciplina della responsabilità degli enti di cui al d.lgs. n. 231 del 2001». Ad avviso della Corte, a favore di questa conclusione depone tanto la natura sanzionatoria dell'istituto quanto la peculiarità del programma trattamentale «per definizione tarato sulla persona fisica»³.

Desta perplessità una scelta così radicale della Corte nomofilattica⁴, considerato che entrambe

¹ Cass. pen., Sez. Un., 27 ottobre 2022, n. 14840.

² M. MOSSA VERRE, *La messa alla prova degli enti collettivi è esclusa anche dalla Cassazione a Sezioni unite*, in *Sist. Pen.*, 2023, 5, 187 ss.

³ Cass. pen., Sez. Un., 27 ottobre 2022, n. 14840.

⁴ F. MARTIN, *Le Sezioni unite sulla possibilità per l'ente di accedere alla sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Giur. Pen. web*, 11, 2022, 2 ss. In dottrina, a favore dell'applicabilità della messa alla prova, si veda G. FIDELBO, R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2016, 4, 3; G. GARUTI, *La responsabilità degli enti e le prospettive di sviluppo del sistema sanzionatorio nell'ottica del diritto processuale penale*, in A. FIORELLA – A. GAITO – A.S. VALENZANO (a cura di), *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni anche in una comparazione con i sistemi sudamericani. In memoria di Giuliano Vassalli*, Roma, 2018, 432; G. GARUTI, C. TRABACE, *Qualche nota a margine della esemplare decisione con cui il Tribunale ha ammesso la persona giuridica al probation*, in *Giur. Pen. Web*, 2020, 10.

le discipline perseguono il finalismo rieducativo, sia pure in diverse sfaccettature⁵.

Per comprendere la posizione assunta dalla Corte di legittimità, è necessario ripercorrere, sia pur brevemente, il cammino fatto dalla giurisprudenza in merito. Già in passato, il giudice di legittimità era orientato nel senso di negare l'applicabilità della *probation* agli enti collettivi.

In tema di sospensione condizionale della pena, si era infatti affermato che la natura amministrativa della responsabilità delle società non consentisse l'estendibilità alle stesse di istituti aventi carattere sanzionatorio⁶.

Nel merito, le decisioni erano polarizzate su posizioni antitetiche: da un lato, si è registrata una netta chiusura, tenuto conto, in primo luogo, del mancato riferimento, nel dettato normativo, alle persone giuridiche⁷.

Si è, inoltre, scartata la possibilità di un'interpretazione analogica della disciplina della *probation*, vista la sua natura sostanziale, che perseguirebbe scopi di special-prevenzione in via anticipata. In buona sostanza, l'afflittività del programma trattamentale consentirebbe di attrarre la messa alla prova nel novero delle sanzioni penali, applicabili ai soli casi tassativamente previsti dalla legge. Né potrebbe ricavarsi dal testo normativo un significato che lo stesso Legislatore ha volontariamente taciuto (*ubi noluit, tacuit*)⁸.

Si è altresì valorizzata l'ontologica incompatibilità tra il tipo di trattamento e la responsabilità della persona giuridica: qualora lo si ammettesse nei confronti delle società verrebbe meno la programmaticità della messa in prova, risolvendosi in un risarcimento dei danni a beneficio della collettività⁹. Per contro, in senso favorevole, si è fatto leva sulle affinità tra la logica rieducativa, che pervade il sistema del d.lgs. n.231/01, e le funzioni della messa alla prova¹⁰. A sostegno di tale tesi, non si è ravvisato alcun contrasto con il principio di tassatività; né l'estensione del rito premiale avrebbe colmato una lacuna intenzionale del Legislatore, posto che il mancato coordinamento normativo sarebbe frutto di una mera svista¹¹.

Rebus sic stantibus, il contrasto, di cui si è cercato di sintetizzarne le tappe salienti, è giunto all'attenzione della Corte di cassazione¹². L'intervento nomofilattico viene sollecitato da un ricorso

⁵ C. SANTORIELLO, *Niente messa alla prova per le società*, in *IUS Penale*, 14 aprile 2023, 2 ss.; dello stesso A., si v. *Dibattito giurisprudenziale sull'ammissibilità della messa alla prova alle persone giuridiche*, in *Arch. Pen. web*.

⁶ Cass. pen., Sez. III, 23 settembre 2020, n. 30305.

⁷ Trib. Spoleto, ord. 21 aprile 2021, est. Cercola. Per un commento, si consiglia V. DROSI, A. DI PRIMA, *Messa alla prova per l'ente: brevi note ad una recente ordinanza del Tribunale di Spoleto*, in *Giur. Pen.*, 2021, 9.

⁸ Trib. Bologna, ord. 10 dicembre 2020, est. Gamberini.

⁹ Trib. Milano, 27 marzo 2017, est. Corbetta. In dottrina, si v. M. MIGLIO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova non si applica alle persone giuridiche*, in *Giur. Pen.*, 2017, 9; M. CHILOSI, *La sospensione con messa alla prova nel procedimento a carico degli enti*, Tavoli 231, Milano, 2018.

¹⁰ V. BOVE, *Messa alla prova degli adulti: una prima lettura della L. 67/14*, *Scuola superiore della Magistratura*, 9 - 11 giugno 2014, in www.penalecontemporaneo.it, 25 giugno 2014, 4.

¹¹ Trib. Modena, ord. 19 ottobre 2019, est. Romito; Trib. Modena, ord. 11 dicembre 2019, est. Romito. Per un commento a tali decisioni, G. GARUTI – C. TRABACE, *Qualche nota a margine della esemplare decisione con cui il Tribunale ha ammesso la persona giuridica al probation*, in *Giur. Pen. Web*, 2020, 10; L.N. MEAZZA, *Messa alla prova e persone giuridiche: una nuova pronuncia del Tribunale di Bologna*, in *Giur. Pen. Web*, 2020, 12. In questo senso, Trib. Bari, 22 giugno 2022. Per un commento alla decisione del G.I.P. presso il Tribunale di Bari, si veda G. STAMPANONI BASSI, *Responsabilità degli enti ex d. lgs. 231/2001: il Tribunale di Bari ammette una società alla messa alla prova*, in *Giur. Pen. Web*, 22 giugno 2022.

¹² Cass. pen., Sez. Un., 27 ottobre 2022, n. 14840.

avverso sentenza con cui si dichiarava non doversi procedere nei riguardi di una società per essere estinto, a seguito di esito positivo della prova, l'illecito di cui all'art. 25-septies, comma 3, d.lgs. cit.

La vicenda nel merito è sintetizzabile nei termini che seguono.

Il Tribunale di Trento aveva ammesso alla prova sia il datore di lavoro sia la società, prescrivendole il risarcimento del danno, la ridefinizione del modello organizzativo di gestione (c.d. M.O.G.), nonché donazioni ad un organismo religioso¹³. A fronte di ciò, il Procuratore generale presso la Corte d'appello ha proposto ricorso per cassazione, lamentando violazione degli artt. 168-bis ss. cod. pen. e 62 ss. d.lgs. 231/2001 con specifico riguardo all'estensione della messa alla prova alla società¹⁴. Il ricorso, assegnato alla IV Sezione penale¹⁵, veniva rimesso alle Sezioni unite, avendo registrato un conflitto ermeneutico circa la legittimazione del Procuratore generale presso la Corte di appello ad impugnare i provvedimenti riguardanti la messa in prova¹⁶.

Le Sezioni unite, risolta in senso affermativo la questione sulla legittimazione ad impugnare¹⁷, si sono poi soffermate sull'applicabilità dell'istituto alle persone giuridiche.

Pur non essendo oggetto di specifica rimessione, la Corte si è diffusa sul tema dell'applicabilità della messa alla prova agli enti collettivi, riservandogli uno spazio non marginale nella motivazione¹⁸. Gli interrogativi lasciati irrisolti sono molteplici. Tutti partono dalla premessa se sia possibile che la rieducazione si rivolga nei confronti di un ente collettivo.

La risposta impone una preliminare ricostruzione dell'istituto della *probation* e dei suoi possibili sviluppi futuri.

2. L'istituto della messa alla prova, mutuato dalla disciplina anglosassone¹⁹, è emerso dapprima nel rito per gli imputati minorenni (Capo III del d.P.R. n. 448/88)²⁰.

¹³ G.GARUTI, *La procedura per accertare la responsabilità degli enti*, in AA.VV., *Procedura penale*, Giappichelli, Torino, 2023, 841 ss.; G. GARUTI, *Il processo penale alle società*, in G. Garuti (a cura di), *Modelli differenziati di accertamento*, Torino, 2012, 1100; M. TIRELLI, *I procedimenti speciali*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, p. 346.

¹⁴ S. VISCONTI, *Les jeux sont faits: le Sezioni Unite pongono la parola fine alla messa alla prova dell'ente*, in *Arch. Pen. web*, 2023, 2, 2 ss.

¹⁵ Cass. Pen., Sez. IV, 23 marzo 2022, n. 15493.

¹⁶ Cass. Pen., Sez. IV, 23 marzo 2022, n. 15493.

¹⁷ Sul tema della legittimazione ad impugnare, si rinvia a Cass. Pen., Sez. un., 27 ottobre 2022, n. 14840, cit.; in dottrina, C. SANTORIELLO, *Niente messa alla prova per le società*, cit.; F. MARTIN, *Le Sezioni unite sulla possibilità per l'ente di accedere alla sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Giur. Pen. web*, 2022, 11, 2 ss.

¹⁸ M.M. VERRE, *La messa alla prova degli enti collettivi è esclusa anche dalla Cassazione a Sezioni Unite*, in *Sist. Pen.*, 2023, 5, 187 ss.

¹⁹ A.M. SIAGURA, *Effetti della revoca della sospensione del processo con messa alla prova*, in *Arch. Pen.*, 2019, 1, 2 ss. *Funditus*, per una approfondita analisi delle origini anglosassoni dell'istituto, si v. G. TARTAGLIONE, *La sospensione condizionale con «probation»*, in *Riv. pen.*, 1971, I, 323 ss.

²⁰ Sulle differenze tra i due modelli di *probation* (per i minori e per gli adulti), si veda F.P. FASOLI, *Minori di età e maggiorenni. La messa alla prova: istituto a metà tra il diritto penale e il diritto processuale penale*, in *Cass. pen.*, 9, 1° settembre 2020, 3484 ss.; C. DE LUCA, *L'impossibilità di detrarre dalla pena da scontare il periodo trascorso in messa alla prova nel caso di imputato minorenne: profili di legittimità costituzionale*, in *Cass. pen.*, fasc.4, 1° aprile 2019, 2278; M. C. SAPORITO, *Messa alla prova e impugnazioni: le linee guida delle Sezioni unite*, in *Arch. Pen.*, 2, 2017, 2 ss.; A. GASPARRE, *Niente più del nome. dall'ambito minorile al processo per gli adulti e viceversa: il probation minorile si confronta con la messa alla prova di nuova generazione*, in *Cass. pen.*, fasc. 3, 2022, 1038b ss.; E. LANZA, *La messa alla prova processuale. Da strumento di recupero per i minorenni a rimedio generale deflattivo*, Milano, 2017, 89.

Ai sensi degli artt. artt. 28-29, si prevede che il giudice specializzato possa, sentite le parti, disporre la sospensione del processo qualora ritenga di dover valutare, all'esito della prova, la personalità *in fieri* del minore²¹.

Il meccanismo di *probation* minorile viene annoverato da taluni tra le cause di sospensione del processo, attribuendogli una natura strettamente processuale²². Per contro, altri ne valorizzavano la natura sostanziale, evidenziando come gli obblighi trattamentali impongano, in ogni caso, un accertamento preliminare della responsabilità²³.

Nel tentativo di individuare un punto di incontro tra le due citate posizioni, si è valorizzata la natura *anfibia* dell'istituto, considerato che la messa in prova consente di sospendere il processo e, nel caso di esito positivo, di estinguere il reato²⁴.

Le potenzialità dell'istituto, saggiate nel rito minorile, hanno condotto alla sua estensione agli imputati maggiorenni, segnando una vera e propria rivoluzione copernicana per la giustizia riparativa²⁵. A seguito dell'*ultimatum* della Corte di Strasburgo a provvedere con urgenza al problema del sovraffollamento carcerario²⁶, l'Italia è stata invitata a adottare misure volte a prevenire l'ingresso nella struttura penitenziaria²⁷.

L'istituto, introdotto con la L. n.67 del 2014²⁸, in risposta a pressanti istanze di deflazione processuale e di de-carcerizzazione²⁹, è considerato un'ipotesi di *diversion* processuale³⁰, quale causa di estinzione del reato e, contestualmente, rito alternativo. Alle posizioni di coloro che lo considerano

²¹ L. MARTUCCI, *Sub. art. 28 d.P.R. 444/1988*, in Codice di procedura penale, a cura di A. GIARDA e G. SPANGHER, Milano, 2017, tomo III, 1234; F. PALOMBA, *Il sistema del processo penale minorile*, Giuffrè, 2002, 429.

²² S. VISCONTI, *Les jeux sont faits*: le Sezioni Unite pongono la parola fine alla messa alla prova dell'ente, in *Arch. Pen. web*, 2, 2023, 2 ss.; F.P. FASOLI, *Minori di età e maggiorenni. la messa alla prova: istituto a metà tra il diritto penale e il diritto processuale penale*, in *Cass. pen.*, 9, 1° settembre 2020, 3484 ss. Sul tema si veda anche G. UBERTIS, voce *Sospensione del processo penale*, in *Enc. dir.*, 1990, vol. 43, 71. Nel senso della natura di causa di sospensione impropria, C. LOSANA, *Art 28: la sospensione del processo e messa alla prova*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Commento al codice di procedura penale. Leggi collegate*, Torino, 1994, vol. I, 291-292.

²³ M. COLAMUSSI, *La messa alla prova*, Padova, 2010, 30.

²⁴ Tra coloro che attribuiscono all'istituto carattere ancipite si v. A. SANNA, *L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, in *Cass. pen.*, 2015, 3, 1278.

²⁵ C. PONGILUPPI, *Pratiche di giustizia riparativa all'interno della messa alla prova per imputati adulti. Esperienze concrete e spunti di riflessione*, in *Arch. Pen.*, 2020, 3, 2 ss.; F. FIORENTIN, *Rivoluzione copernicana per la giustizia riparativa*, in *Guida dir.*, 17 maggio 2014.

²⁶ Corte EDU, Sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani e al. c. Italia, ric. n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10.; M. COLAMUSSI, *Adulti messi alla prova seguendo il paradigma della giustizia riparativa*, in *Proc. pen. giust.*, 2012, 6, 128.

²⁷ F. FIORENTIN, *Preclusioni e soglie di pena riducono la diffusione*, in *Guida dir.*, n. 21, 17 maggio 2014, 68-70; F. FIORENTIN, *Ammesso chi rischia fino a 4 anni di carcere*, in *Quotidiano del Diritto*, 1° dicembre 2014.

²⁸ Per un primo commento sull'istituto, si v., *ex multis*, F. VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013, 1300 ss.; V. BOVE, *Messa alla prova per gli adulti: una prima lettura della legge 67/2014*, in www.penalecontemporaneo.it; A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 676 ss.; F. M. GIUNCHEDI, *Probation italian style: verso una giustizia riparativa*, in *Arch. Pen.*, 12 dicembre 2014; G. TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, in *Arch. Pen. web.*, 2015, 1.

²⁹ G. L. FANULI, *L'istituto della messa alla prova ex lege 28 aprile 2014, n. 67. Inquadramento teorico e problematiche applicative*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2014, 427; A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 6, 486; M. RIVERDITI, *La nuova disciplina della messa alla prova di cui all'art. 168-bis c.p.: uno sguardo d'insieme*, in *Stud. iur.*, 2014, 9, 982.

³⁰ M. COLAMUSSI, *Adulti messi alla prova seguendo il paradigma della giustizia riparativa*, in *Proc. pen. giust.*, 2012, 6, 128.

un'alternativa extra-giudiziale³¹, si affiancano quelle che lo annoverano tra i riti speciali³², riconoscendo, in entrambi i casi, una natura prettamente processuale. Di contro, vi è chi vi ha ravvisato una natura sostanziale, equiparandolo ad una sanzione penale, considerato che l'essenza della prova è costituita dallo svolgimento di lavori di pubblica utilità³³.

A sciogliere i dubbi interpretativi, sono intervenute le Sezioni unite le quali hanno affermato che la *probation* si connota per un'accentuata dimensione processuale, ma di essa va riconosciuta, soprattutto, la natura sostanziale³⁴. A favore della natura sanzionatoria dell'istituto depone, inoltre, il carattere afflittivo delle prescrizioni, la necessaria proporzionalità delle stesse, il riferimento ai parametri indicati dall'art. 133 cod. pen., nonché l'operatività del meccanismo di scomputo di cui all'art. 657-bis cod. proc. pen.³⁵.

Quanto alle condizioni oggettive e soggettive per l'applicazione dell'istituto, importanti modifiche sono state apportate dalla Riforma Cartabia (d.lgs. n.150 del 2022), estendendone l'operatività e prevedendo che la sospensione possa avvenire su proposta del pubblico ministero³⁶. Scelta del Legislatore delegato è di mantenere immutato il riferimento, contenuto nell'art. 168-bis cod. pen., ai limiti oggettivi. L'ampliamento dei reati si è realizzato attraverso la modifica dell'art. 550, comma 2, cod. proc. pen., che ha esteso i reati per i quali si procede con citazione diretta, inserendo fattispecie punite con pena superiore nel massimo a quattro anni e non superiore a sei.

Per quanto concerne il computo della pena, non incidono le circostanze aggravanti, nemmeno quelle ad effetto speciale, né le attenuanti, dovendo aversi riguardo esclusivamente alla massima pena edittale irrogata³⁷. Quanto ai limiti soggettivi, il rito non trova applicazione nei riguardi di delinquenti

³¹ R. PICCIRILLO, *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili*, Relazione nr. 3 del 5 maggio 2014 a cura dell'Ufficio del Massimario, in www.cortedicassazione.it.

³² V. BOVE, *Messa alla prova degli adulti: una prima lettura della L. 67/14*, Scuola superiore della Magistratura, 9 - 11 giugno 2014, in www.penalecontemporaneo.it, 25 giugno 2014, 4.

³³ Depone a favore della natura precipuamente sanzionatoria e sostanziale dell'istituto, F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, 1, 11.

³⁴ In questi termini, si è pronunciata anche la Corte cost. n.91 del 2018. Per un commento cfr. A.M. CAPITTA, *La Consulta conferma la legittimità costituzionale della messa alla prova*, in *Arch. Pen.*, 2018, 2.; G. LEO, *La Corte costituzionale ricostruisce ed 'accredita', in punto di compatibilità costituzionale, l'istituto della messa alla prova*, in *Dir. pen. contem.*, 2018, 5, 303 ss.; A. MACCHIA, P. GAETA, *Messa alla prova ed estinzione del reato: criticità di sistema e adattamenti funzionali*, in *Dir. pen. contem.*, 2018, 10, 135 ss.; L. PARLATO, *La messa alla prova dopo il dictum della Consulta: indenne ma rivisitata e in attesa di nuove censure*, in *Dir. pen. contem.*, 2019, 1, 89 ss.; L. EUSEBI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova tra rieducazione e principi processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 1693 ss.

³⁵ Corte cost., 14 giugno 2022, n. 146; Corte Cost., 23 giugno 2022, n. 174. Per un'analisi dei possibili profili problematici rispetto alla Carta costituzionale si v. V. MAFFEO, *La costituzionalità della messa alla prova tra vecchi modelli premiali e nuovi orizzonti sistematici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 2, 953; G. UBERTIS, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e costituzione*, in *Arch. Pen.*, 2015, 2, 725. In termini più generali cfr. anche A. SANNA, *L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, in *Cass. Pen.*, 2015, 3, 1262.

³⁶ Per un inquadramento generale dell'istituto della messa alla prova come riformato dalla legge Cartabia, si v. G. SPANGHER, *I procedimenti speciali*, in AA.VV., *Procedura penale*, Giappichelli, Torino, 2023, 823 ss.; Ufficio del Massimario, *Relazione su novità normativa – La "Riforma Cartabia"*, n. 2, 5 gennaio 2023, 105 ss.

³⁷ Cass. Pen., Sez. un., 31 marzo 2016, n. 36272. In questi termini, si v. anche Corte cost., 17 luglio 2023, n. 146. In dottrina, E. PIVIDORI, *Messa alla prova dell'imputato, presupposti applicativi e rilievo delle circostanze attenuanti ad effetto speciale: l'orientamento favorevole della giurisprudenza di merito*, in *Cass. pen.*, 1° gennaio 2020, 1, 389, in cui l'A. evidenzia le differenze tra il rito minorile e degli adulti quanto al computo della pena ai fini dell'ammissibilità alla messa alla prova.

abituale, professionali o per tendenza, potendo, per contro, disporre la prova nei confronti di recidivi semplici o reiterati.

Con l'avviso di conclusione delle indagini, il pubblico ministero avverte la persona interessata della durata e dei contenuti del programma trattamentale³⁸. Successivamente, entro venti giorni, la persona sottoposta alle indagini può aderire alla proposta, la quale sarà poi trasmessa dal pubblico ministero al giudice per le indagini preliminari, previa formulazione dell'imputazione, al fine di dare avvio alla procedura. All'istanza, sia proveniente direttamente dall'interessato (o a mezzo di procuratore speciale) sia su proposta del pubblico ministero, va sempre allegato il programma trattamentale.

La richiesta di messa alla prova può essere presentata anche durante le indagini preliminari, rispetto alla quale il pubblico ministero deve, entro cinque giorni, prestare il suo consenso³⁹. Il Legislatore non ha indicato specificamente il criterio alla stregua del quale vada valutata l'idoneità del trattamento: il vuoto normativo è stato colmato dalla giurisprudenza, la quale ha chiarito che il giudizio prognostico debba fondarsi sulla possibilità di reinserimento sociale⁴⁰. Pertanto, il giudice deciderà per l'ammissione alla prova tenuto conto della personalità dell'imputato, della prognosi favorevole di non commissione di ulteriori reati, dell'idoneità del programma trattamentale rispetto al caso concreto.

A partire dalla sottoscrizione del verbale da parte dell'imputato, il procedimento viene sospeso per un periodo non superiore a due anni, nel caso si tratti di reato punito con pena detentiva; non superiore ad un anno, qualora si tratti di reato punito con la sola pena pecuniaria. Nel caso in cui l'istanza venga rigettata, potrà essere riproposta sino all'apertura del dibattimento. Le decisioni di rigetto non più reiterabili possono essere impugnate unitamente alla sentenza di primo grado in appello, mentre il pubblico ministero potrà ricorrere per cassazione contro le decisioni rispetto alle quali abbia manifestato il suo dissenso⁴¹.

L'imputato verrà affidato al servizio sociale per lo svolgimento di un programma che può concretizzarsi in attività di studio, volontariato, assistenza sociale, nonché nel lavoro di pubblica utilità da svolgersi in favore di una collettività⁴². Ulteriore attività in cui può consistere la prova è la mediazione: il programma, ai sensi dell'art. 464-bis, comma 4, lett. c), cod. proc. pen., come interpolato dalla Riforma Cartabia (Tit. IV d.lgs. 150 del 2022), deve prevedere condotte volte a promuovere lo svolgimento di programmi di giustizia riparativa.

³⁸ M.L. GALATI, L. RANDAZZO, *La messa alla prova nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2020.

³⁹ G. SPANGHER, *I procedimenti speciali*, cit., 832 ss.

⁴⁰ Sulle finalità della messa alla prova e la definizione del programma trattamentale, si v., Cass. Pen., Sez. VI, 29 ottobre 2020, n. 37696.

⁴¹ Cass. pen., Sez. Un., 29 luglio 2016, n. 3316. Per un commento alla sentenza, M.C. SAPORITO, *Messa alla prova e impugnazioni: le linee guida delle Sezioni unite*, in *Arch. Pen.*, 2017, 2, 2 ss. In dottrina, si v. anche F. PICCICHÈ, *Il ricorso per Cassazione dell'imputato contro l'ordinanza di rigetto dell'istanza di messa alla prova per gli adulti: due opinioni a confronto*, in www.questionegiustizia.it.

⁴² V. BOVE, *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora, le criticità?*, cit., 2, secondo cui l'ufficio di esecuzione penale esterna assume, per la misura, un "ruolo cruciale e nevralgico". Secondo L. EUSEBI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 1699, occorrerebbe "una strategia complessiva rivolta a potenziare, finalmente, quegli uffici del servizio sociale che sono il fulcro di un sistema giuridico disposto a promuovere sanzioni, lato sensu intese, di natura progettuale".

Tre i corollari derivanti dalla nozione di *Restorative Justice*: l'attenzione ai bisogni della vittima, l'obbligo di rivisitazione critica del fatto, il coinvolgimento delle parti nella ricomposizione del conflitto⁴³.

Nella *probation* sono, dunque, ravvisabili i prodromi di quelli che saranno gli sviluppi dei programmi riparativi: in altri termini, la messa in prova rappresenta un punto di partenza di un nuovo «movimento culturale⁴⁴» che il Legislatore sembra intenzionato a percorrere⁴⁵.

Al termine del periodo di prova, il giudice, nel caso di esito negativo, dispone che il procedimento riprenda il suo corso, decidendo con un provvedimento ricorribile unitamente alla sentenza⁴⁶. Se, invece, il programma è stato osservato e le attività diligentemente svolte, il giudice dichiara estinto il reato con sentenza impugnabile. L'estinzione del reato, a seguito della sospensione del procedimento, conferma la natura ibrida dell'istituto in esame.

3. È proprio sulla funzione ancipite della *probation* che le Sezioni unite hanno di recente posto l'attenzione, negando l'estensione del meccanismo premiale alle società sul presupposto del carattere sanzionatorio. Premessa del ragionamento è l'assente riferimento, nella disciplina sulla messa in prova, agli enti collettivi⁴⁷.

Peraltro, nemmeno il sistema delineato dal d.lgs. n.231/01 contiene riferimenti in favore dell'applicabilità dell'istituto alle persone giuridiche, atteso che gli artt. 34 e 35 d.lgs. *cit.* rinviano soltanto alle norme processuali, in quanto compatibili⁴⁸. Fatta questa premessa, circa l'assenza di riferimenti normativi, le Sezioni unite ribadiscono la natura sanzionatoria della *probation*. Detta qualifica impedirebbe di estendere la messa in prova alle società, considerato che il sistema di

⁴³ C. PONGILUPPI, *Pratiche di giustizia riparativa all'interno della messa alla prova per imputati adulti. Esperienze concrete e spunti di riflessione*, in *Arch. Pen.*, 3, 2020, 2 ss; L. SPADANO, *Le recenti ipotesi di condotte riparatorie post delictum: verso un progressivo ripensamento della giustizia criminale in chiave riparativa?*, in *Arch. Pen. web*, 2020, 1, 2 ss.

⁴⁴ G. MANNOZZI, *La giustizia riparativa: percorsi evolutivi culturali, giuridici e sociali*, in *La mediazione penale nel diritto italiano ed internazionale*, a cura di F. Palazzo, R. Bartoli, Firenze, 2011, 39.

⁴⁵ Le differenze tra M.A.P. e *Restorative Justice* sono messe in risalto da C. PONGILUPPI, *Pratiche di giustizia riparativa all'interno della messa alla prova per imputati adulti. Esperienze concrete e spunti di riflessione*, in *Arch. Pen.*, 3, 2020, 2 ss; L. SPADANO, *Le recenti ipotesi di condotte riparatorie post-delictum: verso un progressivo ripensamento della giustizia criminale in chiave riparativa?*, cit., 2 ss. Per un approfondimento sul tema della *Restorative Justice*, si veda, *ex multis*, G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003; G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017. Ancora, da prospettive diverse, F. REGGIO, *Giustizia dialogica. Luci ed ombre delle Restorative Justice*, Milano, 2010; F. PALAZZO, R. BARTOLI, *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, Firenze, 2011; E. MATTEVI, *Una giustizia più riparativa: mediazione e riparazione in materia penale*, Trento, 2017; E. LORENZETTI, *Giustizia riparativa e dinamiche costituzionali. Alla ricerca di una soluzione costituzionalmente preferibile*, Milano, 2018.

⁴⁶ A. M. SIAGURA, *Effetti della revoca della sospensione del processo con messa alla prova*, in *Arch. Pen.*, 1, 2019, 2 ss.; Cass., Sez. VI, 21 giugno 2018, Rv. n. 273654, con nota di G. AMATO, *Se il reato è dimostrato "cade" il beneficio anche senza giudicato*, in *Guida dir.*, 2018, 31, 68.

⁴⁷ Cass. pen., Sez. Un., 27 ottobre 2022, n.14840.

⁴⁸ *Ibidem*. In dottrina, S. VISCONTI, *Les jeux sont faits: le Sezioni Unite pongono la parola fine alla messa alla prova dell'ente*, in *Arch. Pen. web*, 2, 2023, 2 ss.

responsabilità degli enti⁴⁹ rientra in un *tertium genus* diverso da quello penale⁵⁰. Depongono a favore di tale conclusione plurimi argomenti: anzitutto, il rispetto del principio della riserva di legge, di cui all'art. 25, comma 2, Cost., giacché l'estensione di una sanzione a soggetti non specificamente previsti quali destinatari si porrebbe in contrasto con la legalità della pena⁵¹.

I giudici di legittimità respingono anche il ricorso all'analogia: la responsabilità da reato degli enti non sarebbe assimilabile al sistema penale, dato che nella disciplina del d.lgs. n.231 *cit.* vengono riprese soltanto le garanzie che assistono l'ordinamento penale, non già un trattamento sanzionatorio⁵². Né può trovare spazio, a parere del Supremo Consesso, un'interpretazione estensiva delle norme, non confacente alla fattispecie in esame⁵³.

A favore della non operatività dell'istituto nei confronti degli enti, si evidenzia, inoltre, la specificità delle prescrizioni, trattandosi di statuizioni pensate per la persona fisica e, dunque, non adattabili alla persona giuridica⁵⁴.

A confortare questa tesi, infine, vi è il dato che il d.lgs. n.231 del 2001 già prevede talune forme di riparazione del reato cui, tuttavia, non segue l'estinzione dell'illecito⁵⁵.

I dubbi lasciati irrisolti dall'intervento apparentemente chiarificatore della Suprema Corte sono molteplici⁵⁶ e su di essi occorrerà soffermarsi, sì da poter tentare letture alternative.

Perplime, anzitutto, il fatto che la Corte abbia trascurato che il finalismo rieducativo, tipico della messa in prova, sia il perno intorno al quale gravita la disciplina della responsabilità degli enti. Non a caso, attraverso molteplici istituti, aventi connotazione riparatoria (*cf.* art. 65 d.lgs. 231/01),

⁴⁹ Per un inquadramento generale sulla responsabilità da reato degli enti, v. G. GARUTI, *La procedura per accertare la responsabilità degli enti*, in AA.VV., *Procedura penale*, Giappichelli ed., marzo 2023, 841 ss.; G. GARUTI, *La responsabilità degli enti e le prospettive di sviluppo del sistema sanzionatorio nell'ottica del diritto processuale penale*, in A. FIORELLA – A. GAITO – A.S. VALENZANO (a cura di), *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni anche in una comparazione con i sistemi sudamericani. In memoria di Giuliano Vassalli*, Roma, 2018, 432; M. DONINI, *Compliance, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la restorative justice*, in E.C. PALIERO - F.VIGANÒ - F. BASILE – G.L.GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, Milano, 2018, 581 ss., che rileva come «[l]a pena rappresenterebbe il fallimento della riforma, che vuole diffondere a ogni livello una cultura della prevenzione dei reati dentro le imprese»; G. FIDELBO – R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4, 2016, 3; H. BELLUTA, *L'ente incolpato. Diritti fondamentali e "processo 231"*, Torino, 2018, 121.

⁵⁰ Sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, ric. *Espenhahn*, Rv. n. 261112. In dottrina, la natura giuridica della responsabilità da reato degli enti viene affrontata da molteplici commentatori. Si v., *ex multis*, M. CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, Torino, 2021, 55 ss. Per una panoramica dommatica del problema E.C.PALIERO, *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 4, 1520 ss. Sull'impossibilità di riconoscere una personalità dell'ente e sull'estraneità del sistema 231 rispetto al sistema penale ed ai principi che lo reggono; A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Mulino, Bologna, 2010, 241 ss.

⁵¹ Cass. pen., Sez. Un., 27 ottobre 2022, n. 14840.

⁵² F.MARTIN, *Le Sezioni Unite sulla possibilità per l'ente di accedere alla sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Giur. Pen. Web*, 11, 2022, 2 ss.

⁵³ Il tema chiama in causa il finalismo rieducativo nel processo di cui al d.lgs. n. 231. In tema, si v. V.M. RICCARDI-M. CHILOSI, *La messa alla Prova nel processo "231": quali prospettive per la diversion dell'ente*, in *Dir. pen. contem.*, 2017, 10, 56 ss.; G. GARUTI – C. TRABACE, *Qualche nota a margine della esemplare decisione con cui il Tribunale ha ammesso la persona giuridica al probation*, in *Giur. Pen. Web*, 2020, 10, 3. Cfr. A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione nel sistema della responsabilità amministrativa degli enti ex d.lgs. n. 231/2001*, Giappichelli, Torino, 2022.

⁵⁴ Cass. pen., Sez. Un., 27 ottobre 2022, n. 14840.

⁵⁵ C. SANTORIELLO, *Niente messa alla prova per le società*, in *IUS Penale*, 14 aprile 2023, 2 ss.

⁵⁶ Per un primo commento alle Sezioni unite, si v. P. DELLA NOCE, *Gaudemus: le Sezioni Unite chiariscono che la messa alla prova non è applicabile agli enti ex d.lgs. 231*, in *D&G*, 2023, 66, 7; C.FIACCHI, *Applicabilità agli enti della disciplina della messa alla prova e poteri impugnatori del Procuratore Generale*, in *Dir. pen. e proc. web*, 2 dicembre 2022.

il d.lgs. *cit.* intende garantire che la persona giuridica possa «rieducarsi». Né convince l'affermazione *tranchant* delle Sezioni unite circa la non estendibilità in via analogica dell'istituto, tenuto conto della sua natura precipuamente sanzionatoria.

Invero, anche aderendo alla tesi secondo cui nel diritto penale l'interpretazione analogica debba essere esclusa, non si comprende perché non poter ammettere una lettura estensiva delle norme disciplinanti il meccanismo premiale⁵⁷.

Del resto, il dibattito circa le potenzialità degli istituti riparatori intercetta sempre più il sistema di *corporate criminal liability*⁵⁸ che si muove nell'ottica del reinserimento sociale dell'ente. Quanto alla ritenuta incompatibilità strutturale tra il rito alternativo e la responsabilità della persona giuridica, pare che le Sezioni unite – appiattendolo l'istituto sul lavoro di pubblica utilità – abbiano fornito una visione parziale dei vantaggi scaturenti dalla messa in prova. Peraltro, la diversificazione trattamentale – lungi dall'ingenerare, come invece ha sostenuto la Corte di legittimità, arbitrii giurisprudenziali – è massima esplicitazione di un programma pensato a misura del destinatario⁵⁹.

A ben vedere, dietro il ragionamento rigoroso della Corte di legittimità, si cela il rischio di un'eterogenesi dei fini: cercando di iper-tutelare il principio di legalità, si finisce col negare agli enti l'accesso ad un istituto avente connotazione premiale.

4. Nell'intraprendere la strada di un'interpretazione tassativizzante, la Corte nomofilattica propugna il rigoroso rispetto del dato normativo, respingendo da sé letture alternative che possano conciliare il sistema di responsabilità degli enti con le finalità della *probation*.

Una diversa ricostruzione postula, dunque, una premessa di metodo: occorre, infatti, verificare la fattibilità di una lettura che, pur partendo dal dato normativo, consenta di massimizzare la tutela delle finalità insite nel sistema di cui al d.lgs. n.231 *cit.*

Torna *in auge* il confronto-scontro tra legalità formale e formante giurisprudenziale, tra *jus ex scripto* e diritto vivente, confronto che impone di ripensare al ruolo della giurisprudenza, nella piena consapevolezza che il giudice non è mai stato soltanto «bocca della legge».

Nell'attuale contesto di crisi della legalità formale, i giudici, sia in segno di deresponsabilizzazione che di disapprovazione nei confronti del Legislatore, si limitano, in alcuni casi, ad una rigida applicazione della legge e, in altri, si auto-attribuiscono un ruolo nomo-poietico.

⁵⁷ Del resto, la tesi secondo cui si può ammettere alla messa alla prova anche l'ente collettivo non è per nulla peregrina. Cfr. con riguardo all'ordinamento nordamericano, C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, Giuffrè, Milano, 2002, 89 ss., e per i riferimenti più recenti riguardo all'area di *common law*, V. MONGILLO, Il sistema delle sanzioni applicabili all'ente collettivo tra prevenzione e riparazione. Prospettive *de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2022, 597-599. Una compiuta proposta, che ha goduto di particolare favore nel dibattito dottrinale, è quella di G. FIDELBO, R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Resp. amm. Soc. enti*, 4, 2016, 3 ss.

⁵⁸ Nella ormai imponente letteratura, v. i recenti approfondimenti di F. MAZZACUVA, *L'ente premiato. Il diritto punitivo nell'era delle negoziazioni: l'esperienza angloamericana e le prospettive di riforma*, Torino, 2020, 294 ss.; A. ORSINA, *Messa alla prova e "colpa di reazione" dell'ente. Riflessioni critiche a partire da un recente intervento della giurisprudenza*, in *Dir. Pen. Cont.*, 4/2021, 111 ss.

⁵⁹ M. MOSSA VERRE, *La messa alla prova degli enti collettivi è esclusa anche dalla Cassazione a Sezioni unite*, in *Sist. Pen.*, 5, 2023, 187 ss.

Plurimi i fattori di crisi del principio di legalità, tra cui l'ipertrofia del diritto penale, causata da un eccessivo ricorso alla legge per definire nuove fattispecie incriminatrici, cui si affianca l'inadeguatezza delle norme di nuovo conio, oltre che l'oscurità del precetto⁶⁰.

Per tali ragioni, nonostante le critiche mosse al formante giurisprudenziale, sarebbe opportuno valorizzare la funzione del diritto vivente che si nutre di un costante dialogo tra giudici domestici ed internazionali e che dovrebbe compulsare la tutela dei principi fondamentali.

In questo nuovo scenario, indiscutibile è il ruolo delle Sezioni unite, le cui interpretazioni fungerebbero da ponte di collegamento «tra l'astratto e il concreto»⁶¹.

Dalla questione in esame emerge che i giudici di legittimità abbiano trascurato le potenzialità di una lettura estensiva che avrebbe, invece, valorizzato il comune denominatore di due discipline in apparente conflitto tra loro.

Quanto alle finalità sottese alla messa alla prova, essa è pensata proprio per consentire a colui che sia ritenuto responsabile di seguire un programma rieducativo.

Per quanto riguarda il sistema di c.d. *corporate criminal liability*⁶², esso poggia sulle potenzialità del ravvedimento postumo attraverso l'adozione del modello organizzativo (artt. 12 e 17 D.lgs. 231/01)⁶³. Evidente, dunque, è il *traite d'union* tra messa in prova e sistema di responsabilità degli enti: in entrambi i casi, si aspira alla rieducazione e alla riparazione *post-delictum*, sia pure quest'ultima declinata, quanto alle persone giuridiche, in termini di *compliance* aziendale.

⁶⁰ G. RICCIO, *Giuristi e legislatori. A proposito dei recenti interventi sulla Procedura penale*, in *Arch. Pen.*, agosto 2015, 3.

⁶¹ T. PADOVANI, *Jus non scriptum e crisi della legalità in diritto penale*, Napoli, ESI, 2014, 16.

⁶² D. FRANZIN, *Meccanismi premiali e responsabilità dell'ente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2022, 423 ss.

⁶³ Sul sistema di responsabilità da reato degli enti e le finalità riparatorie, si veda A. FIORELLA, N. SELVAGGI, *Dall' "utile" al "giusto". il futuro dell'illecito dell'ente da reato nello spazio globale*, Torino, 2018, 89 ss.; E. MEZZETTI, *L'enticidio: una categoria penalistica da ricostruire ed una conseguenza per l'azienda da evitare*, in *Dir. pen. contem.*, 2018, 1, 133 ss.; C.E. PALIERO, *Il sistema sanzionatorio dell'illecito all'ente: sistematica e rationale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 1199 ss.; C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 530-549; F. MAZZACUVA, *L'Ente premiato. Il diritto punitivo nell'era della negoziazione l'esperienza angloamericana e le prospettive di riforma*, Torino, 2020, 278 ss. M. MASUCCI, *Il ruolo delle sanzioni interdittive nella disciplina della responsabilità dell'ente da reato*, in AA.VV., *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni*, in A. FIORELLA, A. GAITO, A.S. VALENZANO (a cura di), Roma, 2018, 152; A.M. MAUGERI, *La funzione del sistema sanzionatorio del D.Lgs. 231/01: la rieducazione dell'ente*, in M. CATENACCI-V.N. D'ASCOLA-R. RAMPIONI (a cura di) *Studi in onore di Antonio Fiorella*, Roma, 2021, 1683 ss.; A. ROSSI, *Le sanzioni dell'ente*, in AA.VV., *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, (D. lgs. n. 231/01), Padova, 2004, 31 ss.; R. GUERRINI, *La responsabilità da reato dell'ente. Sanzioni e loro natura*, Milano, 2006, 185 ss. In ottica comparatistica e per l'analisi delle fonti sovranazionali, v. V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino 2018, p. 183 ss.; N. SELVAGGI, *Ex crimine liability of legal persons in EU: an overview of substantive criminal law*, in A. FIORELLA (a cura di), *Corporate criminal liability and compliance programs, Vol. II, Towards a common model in the European Union*, Napoli 2012, 5 ss.; P. SEVERINO, *La responsabilità dell'ente ex d.lgs. n. 231 del 2001: profili sanzionatori e logiche premiali*, in C.E. PALIERO-F. VIGANÒ-F. BASILE-G. GATTA (a cura di) *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Vol. II, Milano, 2018, 1101; D. VISPO, *Il procedimento a carico degli enti: quali alternative alla punizione*, in *Leg. Pen.*, 2019, 1 ss.; V. G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, 244; A.M. MAUGERI, *La funzione del sistema sanzionatorio del D.Lgs. 231/01*, cit., 1685; A. BERNASCONI, *L'apparato sanzionatorio*, in *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2018, 209 ss.

5. In definitiva, intrapresa la strada di una lettura estensiva del dato normativo, si vuole fornire al lettore plausibili alternative, muovendo dal sistema vigente e spostandosi, successivamente, in una prospettiva futuribile.

De jure condito, l'opportunità di estendere l'istituto della messa in prova agli enti collettivi è supportata da almeno tre ragioni⁶⁴.

In primo luogo, emergono argomenti di carattere interpretativo: in un sistema multilivello di diritti, in cui il ruolo della Corte nomofilattica è sensibilmente mutato, non possono più essere legittimate interpretazioni strette sul dato normativo.

Sarebbe, invece, più coerente con la nuova veste della nomofilachia propugnare un'interpretazione estensiva, orientata al rispetto di garanzie inviolabili.

In secondo luogo, a favore dell'estendibilità depone un argomento di natura sistematica. Il microcosmo della responsabilità *de societate* è, infatti, costruito nel segno della riparazione *post-delictum*: a conferma di ciò, sono i riferimenti normativi che consentono all'ente di riparare le conseguenze dell'illecito ascrittogli⁶⁵. Tra i meccanismi di riparazione *post-delictum*, vi è la possibilità di un'adozione postuma del modello di organizzazione (artt. 12 e 17 d.lgs. 231/01), quale parametro soggettivo attraverso cui attribuire alla persona giuridica la responsabilità per il reato commesso.

Altra disposizione da cui affiora la logica riparativa è l'art. 16, comma 3, d.lgs. *cit.*, riguardante il controllo sul modello adottato, idoneo a prevenire i rischi nella misura in cui abbia eliminato le fonti di pericolo determinanti l'illecito⁶⁶.

Se, come si evince, il Legislatore ha già previsto forme di riparazione *post-delictum* per l'ente⁶⁷, sarebbe un coerente completamento del sistema ammettere che la persona giuridica possa, attraverso un programma trattamentale, riparare le conseguenze del proprio illecito.

Infine, ulteriore argomento è di carattere teleologico.

Se l'obiettivo del sistema di responsabilità degli enti è propugnare modelli di *compliance* aziendale⁶⁸, esso si muove nella stessa logica della *probation*.

⁶⁴ F. MARTIN, *Le Sezioni unite sulla possibilità per l'ente di accedere alla sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Giur. Pen. Web*, 11, 2022, 2 ss.

⁶⁵ D. FRANZIN, *Meccanismi premiali e responsabilità dell'ente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 1, 423 ss.

⁶⁶ C. DE MAGLIE, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir. Pen. e proc.* 2001, 1348 ss.; G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa 2012, 433 ss.; P. SEVERINO, *La Responsabilità dell'ente*, *cit.*, 1116; V. MANES, *Realismo e concretezza nell'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo*, in *Studi in onore di Antonio Fiorella*, Roma, *cit.*, 1621 ss.; G. COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 116 ss.; G. AMATO, *Il modello di organizzazione nel sistema di esonero dalla responsabilità: le ragioni di una scelta prudenziale*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2015, v. 2, 55.; E. GRECO, *L'illecito dell'ente dipendente da reato. Analisi strutturale del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 2091 ss.; V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *RASE*, 3, 2011, 69 ss.

⁶⁷ T. EPIDENDIO, *Collaborazione dell'ente e alternative al processo*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2018, v. 4, 149.

⁶⁸ M. MOSSA VERRE, *La "messa alla prova" degli enti collettivi è esclusa anche dalla Cassazione a Sezioni Unite*, in *Sist. Pen.*, 10 maggio 2023, 8-9.

Né sarebbe condivisibile l'obiezione secondo cui i lavori di pubblica utilità, in cui si esplica la messa in prova, non sarebbero compatibili con la struttura degli enti. Evidente è il vizio di impostazione, considerato che il lavoro di pubblica utilità non è più l'unico e il solo itinerario attraverso cui poter modellare la *probation*.

Allo stato attuale, dunque, sarebbe condivisibile estendere l'istituto agli enti collettivi per almeno tre ordini di ragioni: 1) sarebbe un'opzione ragionevole sotto il profilo interpretativo, in quanto consentirebbe ai giudici di plasmare il diritto vivente mediante un'interpretazione estensiva orientata al finalismo rieducativo; 2) si garantirebbe una certa coerenza nel sistema, considerate le disposizioni che, nella disciplina degli enti, promuovono condotte riparatorie *post-delictum*; 3) sarebbe effettivamente preservata la *ratio* che connota tanto la *probation* quanto il sistema di responsabilità delle società.

De jure condendo, tenendo conto delle innovazioni apportate dalla Riforma Cartabia e recependo le esperienze provenienti da ordinamenti anglosassoni⁶⁹, si auspica che anche nei confronti dell'ente vengano introdotte forme di riparazione *post-delictum*.

Con specifico riguardo alla messa in prova, si dovrebbe proceduralizzare l'istituto, prevedendo che la richiesta sia avanzata dalla persona giuridica già durante le indagini preliminari, con conseguente estinzione dell'illecito amministrativo in caso di esito positivo. In questo modo, si realizzerebbero, non solo, le agognate finalità deflattive, ma soprattutto si perseguirebbero le finalità di prevenzione e gestione del rischio.

In conclusione, consentire la messa in prova nei confronti di un ente – mediante, ad esempio, corsi di formazione per i dipendenti o donazioni ad organizzazioni *no-profit* – è una soluzione non solo praticabile, ma soprattutto auspicabile in un sistema che insegue la logica premiale.

In tal modo, l'ente potrebbe risanare la *mal-administration*, perseguendo la rieducazione nel segno di una *compliance* aziendale.

⁶⁹ In tal senso è virtuoso l'esempio dei *pre-trial agreements* statunitensi, formalizzati nei *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations* del 1999 con i quali, attraverso un accordo con il pubblico ministero, le società coinvolte in illeciti penali evitano il processo o sospendono l'incriminazione a fronte di dichiarazioni di responsabilità, piena collaborazione a far emergere le responsabilità individuali, pagamento di somme o risarcimento di danni ed una riorganizzazione da compiere secondo indicazioni concordate e sotto la sorveglianza di un organo esterno (una sorta di adeguamento postumo del M.O.G.).

NOTE A SENTENZA

NULLITÀ A REGIME INTERMEDIO ED OMESSO AVVISO AD UNO DEI DUE DIFENSORI NOMINATI DALL'IMPUTATO

GIANFEDERICO CECANESE

CASS. PEN., SEZ. II, SENT., (UD. 25/05/2023) DEP. 11.08.2023, SERINO, N. 34849

La comunicazione dell'avviso di fissazione dell'udienza, quale che sia la natura di quest'ultima (pubblica o camerale, relativa al giudizio o ai procedimenti de libertate), se effettuata nei riguardi di uno solo dei difensori in modo rituale, consente di ritenere acquisita la formale conoscenza dell'udienza stessa ad opera della difesa e, di conseguenza, permette a questo unitario soggetto processuale di compiere una scelta in merito all'esercizio o meno della facoltà di comparire in udienza e di sollevare eventuali eccezioni al fine di far rilevare l'omessa comunicazione dell'avviso ad uno dei patrocinatori: il che comporta, in caso di omessa proposizione di alcuna contestazione ovvero di rinuncia a comparire del difensore ritualmente avvisato, la sanatoria del vizio processuale, in conformità alla previsione di cui all'art. 184, comma 1, c.p.p.

Conformi: Cass. Sez. I, 2.04.2020, Renoldi, in C.E.D. n. 278815; Sez. IV, 7.11.2019, Cappello, in C.E.D. n. 277907; S.U., 1.06.2011, Scibè, in C.E.D. n. 249651; S.U., 8.10.2009, Aprea, in C.E.D. n. 244187; S.U., 11.09.2011, DI Sarno, in C.E.D. n. 219229.

Difformi: Cass. Sez. V, 9.04.2020, Rossetti, in C.E.D. n. 279037; Sez. I, 4.05.2017, Messina, n. 22909; Sez. VI, 9.09.2016, Senatore, in C.E.D. n. 268154; S.U., 26.03.2015, Maritan, in C.E.D. n. 263598; Sez. I, 13.03.2009, Ilardi, in C.E.D. n. 242850.

ABSTRACT

The issue relating to the failure to notify one of the two trusted defenders appointed by the accused of the date of the hearing (appeal chamber) represents a highly topical topic, especially in relation to the resulting consequences regarding nullity: in the present case, indeed, there is a general nullity with an intermediate regime which is remedied if the defender does not object to it before the decision on the sentence at the same level even in the event of absence from the hearing of both the accused and the co-defendant who has been duly notified.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Evoluzione interpretativa in tema di omesso avviso al difensore ritualmente nominato. – 3. La decisione della Corte. – 4. Conclusioni.

1. Il caso esaminato dalla Suprema Corte regolatrice ha riguardato una presunta violazione di legge in relazione all'omessa notifica – al codifensore ritualmente nominato – del verbale

dell'udienza dinanzi la Corte di appello in data 8.07.2022, contenente il rinvio all'udienza del 29.09.2022.

Nello specifico si era verificato che l'udienza di appello era stata fissata per il giorno 8.07.2022 con l'avviso di estinzione del reato per intervenuta prescrizione e con il parere favorevole del Procuratore Generale.

Successivamente, però, veniva notificato solo all'altro difensore di fiducia il diverso parere espresso dal Procuratore Generale con cui, invece, veniva chiesta la conferma della sentenza di primo grado.

Tuttavia, al difensore ricorrente non veniva notificato né il verbale dell'udienza ove veniva disposto il rinvio, né la seconda requisitoria.

All'udienza del 29.09.2022 il difensore depositava istanza di trattazione orale, in risposta alla quale, la Corte di appello non adottava alcun provvedimento confermando la sentenza di primo grado.

Con la sentenza in commento l'organo nomofilattico affronta, nuovamente, il tema relativo all'omesso avviso di fissazione dell'udienza (camerale di appello) ad uno dei due difensori di fiducia nominati dall'imputato e le conseguenze che ne derivano in tema di nullità: trattasi, nello specifico, di una nullità generale a regime intermedio che, però, deve essere eccepita prima della deliberazione della sentenza nello stesso grado anche in caso di assenza in udienza sia dell'imputato che del codifensore ritualmente avvisato¹.

Il dato rileva in quanto, ragionando a contrario, la mancata proposizione della relativa eccezione ad opera dell'altro difensore comparso determina, come naturale conseguenza, la sanatoria della nullità².

2. Le questioni giuridiche sollevate dall'omesso avviso dell'udienza ad uno dei due difensori di fiducia nominati, sono state più volte e sotto differenti profili, al centro dell'attenzione dell'organo nomofilattico.

Già sotto la vigenza dell'abrogato codice di rito penale si sono registrati vari interventi della Sezioni Unite che, dapprima, avevano individuato – nella suddetta omissione – una mera irregolarità³ evidenziando che l'esigenza della difesa dell'imputato fosse garantita anche dalla presenza di un solo difensore⁴ e, successivamente, avevano affermato che, laddove il diritto dell'imputato fosse stato

¹ In tema di invalidità degli atti processuali cfr., M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, BUP, 2012, p. 33 e ss.; P. DI GERONIMO, *La nullità degli atti nel processo penale*, Giappichelli, 2007, p. 45 e ss.; C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema procedimentale penale*, Cedam, 2008, p. 123; G. SANTALUCIA, *L'abnormità dell'atto processuale*, Cedam, 2003, p. 54 e ss.

² Principio di già statuito da Cass. pen., sez. un., 16.07.2009, Aprea, in *Cass. pen.*, 2010, p. 895, con nota di A. SCARCELLA, *Omesso avviso dell'udienza al secondo difensore, struttura della nullità a regime intermedio e onere comportamentale del difensore comparso*.

³ Recentemente, Cass. Sez. VI, 14.08.2018, Riina, in *C.E.D. n.* 273739.

⁴ In questi termini, Cass. pen., sez. un., 7.02.1981, Murdocce, in *C.E.D. n.* 149267 secondo cui il principio cardine del nostro ordinamento processuale, quale si evince dal combinato disposto degli artt. 125, 128 e 185 n. 3 c.p.p. diretto a garantire l'esigenza primaria di assicurare un difensore all'imputato nel processo, la cui presenza è essenziale ed imprescindibile, è fatto salvo quando la detta presenza sia resa possibile ed assicurata, mentre è funzionalmente indifferente, anche per la ulteriore validità del processo, che la difesa del singolo sia costituita da uno o più difensori.

esercitato con la nomina di due difensori, ciascuno di questi doveva essere posto in condizione di adempiere al suo mandato⁵.

Infine, con un ulteriore intervento interpretativo è stato stabilito che la mancata notifica dell'avviso ad uno dei due difensori costituiva una nullità di ordine generale a regime intermedio⁶.

Con l'entrata in vigore del codice del 1988 la giurisprudenza delle Sezioni Unite ha proseguito sulla strada tracciata dall'ultimo arresto affermando una serie di principi che, ormai, possono ritenersi consolidati e che trovano collocazione trasversale in tutte le fasi processuali e per varie tipologie procedurali (udienze camerale e dibattimentali)⁷.

Infatti, qualora l'imputato sia assistito da due difensori l'avviso della data dell'udienza deve essere notificato ad entrambi: pertanto, l'omesso adempimento ad uno di essi determina una nullità di ordine generale a regime intermedio⁸.

L'affermazione di tale principio parte dalla constatazione che l'art. 96 c.p.p. contempla il diritto dell'imputato (e, per estensione delle garanzie, all'indagato⁹) a nominare due difensori, sicché non vi è dubbio che il rispetto del diritto di difesa si realizza con la notifica dell'avviso ad entrambi i difensori¹⁰.

La nomina di due difensori, invero, recepisce, trasformandola in regola positiva, l'aspirazione dell'imputato ad assicurarsi un'attenta ed articolata difesa: dunque, la "pluralità" può rappresentare anche quella condizione giuridica per cui i due difensori insieme possono espletare nel miglior modo il proprio compito nell'ambito, magari, delle rispettive specializzazioni o dei rispettivi segmenti di mandato¹¹.

Di qui si comprende l'arbitrarietà di un'interpretazione che deducesse a priori – da determinati comportamenti – l'intenzione dell'interessato di utilizzare un solo difensore¹².

Anzi, la presenza di due difensori di fiducia compone un unico soggetto processuale contrapposto dialetticamente al pubblico ministero nella proiezione unitaria di garantire appieno la realizzazione di un effettivo contraddittorio¹³: in questo senso i diritti spettanti al singolo non possono

⁵ In tal senso cfr. Cass. pen., sez. un., 13.10.1984, Meloni, in *C.E.D. n. 167056*.

⁶ Cass. pen., sez. un., 1.10.1991, De Lena, in *C.E.D. n. 188584*, ha messo in rilievo che l'omissione dell'avviso della data fissata per il dibattimento ad uno dei due difensori nominati dall'imputato è una violazione cosiddetta a regime intermedio che è causa di nullità, ove dedotta ai sensi dell'art. 185, comma terzo, c.p.p.

⁷ Cass. pen., sez. un., 25.5.1997 Gattellaro, in *Giur.it.*, 1998, p. 116 con nota di A. DE CARO, *Mancato avviso ad uno dei due difensori dell'imputato*.

⁸ Sulla natura della nullità di origine generale a regime intermedio, cfr., Cass. pen., sez. un., 1.06.2011, Scibè, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3729, con nota a cura di G. SANTALUCIA, *Il termine ultimo della deducibilità della nullità derivante dall'omessa notifica dell'avviso dell'udienza camerale di appello ad uno dei due difensori dell'imputato*.

⁹ G. BELLAVISTA, *Difesa giudiziaria penale*, in *EdD*, XII, Milano, 1964, p. 454; G. DALIA-D. CIMADOMO, *Difensore*, in (*dir. proc. pen.*), in *EdD*, III, Agg., Milano, 1999, p. 501; P. FERRUA, *La difesa nel processo penale*, Giappichelli, 1988, p. 26 e ss.; U. PALUMBO, *Il difensore nel nuovo processo penale*, Giuffrè, 1989, p. 12 e ss.

¹⁰ In argomento, G. CECANESE, *In tema di mancato avviso dell'udienza per il riesame ad uno dei due difensori*, in *Giur.it.*, 2002, p. 1456.

¹¹ Cfr., Cass. Sez. II, 21.02.1992, Viridis, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1992, p. 402.

¹² Cass. Sez. I, 11.01.2001, Campo, in *C.E.D. n. 218856*; Id. Sez. I, 15.11.2000, DE NARDO, in *C.E.D. n. 217239*; Id. Sez. I, 14.07.1999, Macri, in *C.E.D. n. 214009*; Id. Sez., I, 22.02.1998, Impegnato, in *C.E.D. n. 205027*.

¹³ Sui profili generali del contraddittorio cfr., per tutti, G. GIOSTRA, voce "Contraddittorio" (*principio del*), in *EGT*, I, Roma, 1990, p. 1; A. DE CARO, *Libertà personale e sistema processuale penale*, ESI, 2000, p. 234 e ss.; G. DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerale*, Giuffrè, 1994, p. 23 e ss.

essere conculcati da adempimenti inerenti l'altro difensore, così come l'esercizio dei poteri dell'uno non può essere surrogato dalla partecipazione dell'altro¹⁴.

Argomenti, questi ultimi, ben distinti da quelli presi in considerazione dalle Sezioni Unite nel 2011 le quali, nell'affrontare il problema relativo alle modalità e ai termini di deducibilità delle nullità generali di ordine intermedio, hanno rilevato che la partecipazione del difensore all'udienza camerale non è obbligatoria per cui il giudice non è tenuto a nominare un difensore d'ufficio che sarebbe gravato dell'onere di eccepire tempestivamente la nullità derivante dall'omesso avviso ad uno dei due difensori di fiducia nominati¹⁵.

Tra l'altro la Corte ha distinto i termini temporali di deducibilità delle nullità intermedie (art. 180 c.p.p.) da quelli relativi alla formulazione dell'eccezione (art. 182, comma 2, c.p.p.): nel primo caso, si individua uno spazio procedimentale nell'ambito del quale è possibile "eccepire" o "rilevare" la nullità in oggetto, invece, nel secondo caso, si stabilisce una correlazione temporale tra il compimento di un atto nullo e la relativa eccezione di parte.

Ciò significa non solo che in quest'ultimo caso la mancanza dell'eccezione consente al giudice di non rilevare la predetta nullità generale, perché essa deve intendersi sanata, ma anche che, pur non essendo ancora decorso lo spazio temporale indicato dall'art. 180 c.p.p., la nullità, essendo stata sanata, non può più essere "eccepita"¹⁶.

Quindi, la circostanza che il difensore abbia assistito all'atto, non legittima la possibilità di ritenere applicabile l'ultima parte dell'art. 180 c.p.p., ma deve concludersi che non si è verificata una sanatoria per omessa formulazione dell'eccezione, dovendosi soltanto verificare se per la deduzione siano stati rispettati i limiti temporali previsti dall'art. 180 c.p.p.¹⁷.

Nel 2015, però, il perimetro del ragionamento interpretativo ha portato le Sezioni Unite ad affermare che l'omessa notifica dell'avviso dell'udienza preliminare (a partecipazione necessaria) al difensore di fiducia determina, invece, una nullità di ordine generale (art. 178, lett. c), c.p.p.) idonea a tradursi nella violazione di una norma processuale riguardante l'assistenza dell'imputato, inquadrabile nella categoria delle nullità assolute poiché derivante dall'inosservanza di una disposizione che ha determinato l'assenza del difensore dell'imputato nei casi in cui ne è obbligatoria la presenza¹⁸.

In altre parole, secondo la Corte, l'omesso avviso dell'udienza al difensore di fiducia (ritualmente nominato), integra una nullità assoluta a prescindere dalla circostanza che la notifica sia

¹⁴ "Difensore" è colui che l'imputato ha nominato avvalendosi delle facoltà attribuitegli dalla legge, sicché se ha scelto due difensori, così come gli è consentito, entrambi sono il suo difensore. Così Cass. Sez. IV, 16.07.1994, Ezuriche, in *C.E.D. n. 205981*. In dottrina, cfr., per tutti, P. FERRUA, voce *Difesa (diritto di)*, in *Dig. Pen.*, III, Torino, 1992, p. 402; G. RICCIO-A. DE CARO-S. MAROTTA, *Principi costituzionali e riforma della procedura penale*, ESI, 1991, p. 117; G. P. VOENA, *Difesa (difesa e autodifesa)*, in *EGT*, X, Roma, 1998, p. 2.

¹⁵ Non è, nemmeno, necessaria la presenza dell'imputato se non legittimamente impedito. In tal senso Cass. Sez. II, Puzzo, in *C.E.D. n. 231254*.

¹⁶ Per un approfondimento in tema di nullità, cfr., G. FANULI, *Nullità nel processo penale*, Giuffrè, 2013, p. 290.

¹⁷ In questi termini, Cass. pen., sez. un., 1.06.2011, Scibè, cit..

¹⁸ Si tratta di Cass. pen., sez. un., 26.03.2015, Maritan, in *Dir. pen. cont.*, 2015, f. 2, p. 2, con nota a cura di M. JELOVICICH, *È assoluto il regime delle nullità conseguente all'omesso avviso dell'udienza camerale al difensore di fiducia tempestivamente nominato*.

stata effettuata al difensore d'ufficio e che in udienza sia stato presente un sostituto nominato *ex art.* 97, comma 4, c.p.p.¹⁹.

Ciò posto, la semplice presenza del difensore in udienza non può equivalere a “presenza” per determinare l'effetto sanante: tra l'altro, il principio di leale collaborazione – anche se potrebbe assumere valenza sotto il profilo deontologico – certamente non può essere inteso nel significato di “obbligare” il difensore a rendersi presente anche nell'interesse di un assistito per il quale non ha ricevuto alcuna notifica.

Ove così non fosse, si finirebbe per conculcare il diritto di difesa che non legittima l'Autorità giudiziaria a sostituirsi all'imputato nella scelta – peraltro da lui già compiuta – di un avvocato di fiducia²⁰.

Diritto, quest'ultimo, che si erge a valore assoluto e imprescindibile che, in quanto tale, non può ridursi a mero adempimento formale: esso, invero, rappresenta lo strumento per realizzare i principi del giusto processo e, in particolare, per rendere effettivo il contraddittorio a garantire la parità tra le parti, anche nell'ottica della tutela dell'interesse della collettività al corretto svolgimento del processo²¹.

3. Con la sentenza in commento la Corte assume una posizione differente da quella consolidatasi nel 2015 rimettendo in capo al difensore la necessità di eccepire eventuali nullità ontologicamente connesse all'omesso avviso al codifensore: nello specifico, la Corte ha, invero, rilevato che la regolare citazione al codifensore rappresenta un atto idoneo a garantire il pieno esercizio del diritto di eccepire, prima della sentenza, eventuali nullità intermedie.

Infatti, consentire a quest'ultimo la possibilità di eccepire o meno le nullità, significherebbe renderlo arbitro della possibilità di rendere o meno invalido il processo e la sentenza, anche a fronte di nullità di per sé inidonee a produrre un tale effetto²².

Tra l'altro, l'onere di eccepire la sussistenza di nullità verificatesi prima del giudizio non muta a seconda che questi compaia o meno in udienza.

La mancata comparizione del difensore regolarmente avvisato non è altro che espressione di una scelta difensiva le cui ragioni non rilevano ai fini del decorso del termine ultimo per la “deduzione”, cioè quello della deliberazione della sentenza del grado, anche tenendo presente che l'eccezione della nullità non richiede, necessariamente, la comparizione potendo essere formulata anche con atto scritto (art. 121 c.p.p.).

Secondo la Corte, inoltre, il termine “parte” – che deve sollevare l'eccezione – va riferito al collegio difensivo e non separatamente al singolo difensore il quale, anzi, è tenuto a tutelare l'intera posizione processuale da lui rappresentata e assistita nel superiore interesse del suo ministero: di

¹⁹ G. TUCCI, *Avviso di fissazione dell'udienza preliminare e notifica al difensore: una questione di nullità*, in *Giust. pen.*, 2015, p. 3.

²⁰ In tal senso Cass. Sez., I, 18.11.2010, Devcic, in *C.E.D. n.* 248465; Id., Sez. I, 11.06.2009, Spano, in *C.E.D. n.* 244031.

²¹ Al riguardo, in dottrina si segnalano i contributi di A. RICCI, *Il difensore*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. SPANGHER, vol. I, *Soggetti e atti*, a cura di G. DEAN, Ipsoa, 2009, p. 731; T. PROCACCIANTI, *sub art. 97 c.p.p.*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, diretto da G. CONSO e G. ILLUMINATI, Cedam, 2015, p. 308.

²² Si veda al riguardo S.U., 27.06.2001, Di Sarno, in *C.E.D. n.* 219230.

conseguenza, la regolare *vocatio* di uno dei due difensori di fiducia è condizione necessaria e sufficiente a garantire il pieno esercizio del diritto di dedurre prima della sentenza le eventuali nullità intermedie verificatesi in un momento anteriore al giudizio, non potendosi ravvisare ragioni giuridicamente valide per superare il termine decadenziale previsto dall'art. 180 c.p.p.²³.

In altri termini, la comunicazione dell'avviso di fissazione dell'udienza, quale che sia la natura di quest'ultima, se effettuata nei riguardi di uno solo dei difensori in modo rituale, consente di ritenere acquisita la formale conoscenza dell'udienza stessa ad opera della difesa e, di conseguenza, permette a quest'ultimo soggetto processuale di compiere una scelta in merito all'esercizio o meno della facoltà di comparire in udienza e di sollevare eventuali eccezioni al fine di far rilevare l'omessa comunicazione dell'avviso ad uno dei patrocinatori: ciò comporta, in caso di mancata proposizione di alcuna contestazione ovvero di rinuncia a comparire del difensore ritualmente avvisato, la sanatoria del vizio processuale (art. 184, comma 1, c.p.p.)²⁴.

4. Come si nota, per l'organo nomofilattico, la condotta dei difensori assume rilievo preminente nell'ottica di decidere le sorti del processo: pertanto, essa dovrebbe essere improntata alla leale collaborazione, così come specificatamente previsto anche dal codice deontologico che contempla la necessità di un reciproco obbligo di comunicazione – aspetto tipico e istituzionale della cooperazione nell'esercizio della difesa²⁵.

In sostanza, un effettivo collegamento informativo tra i legali è il presupposto della più efficace predisposizione della strategia processuale e, come tale, costituisce dovere deontologico inderogabile²⁶.

Secondo la dottrina l'invalidità originata dall'omesso avviso ad uno solo dei difensori degrada a vizio innocuo in ogni circostanza, in ragione di una massima di esperienza applicata

²³ La *ratio* della norma contenuta nell'art. 180 c.p.p. si ravvisa nella necessità di apprestare un rimedio alle nullità intermedie verificatesi prima del giudizio al fine di garantire il regolare svolgimento del giudizio stesso e di impedire il compimento di ulteriori attività processuali vietate (art. 185 c.p.p.). Quindi, un'interpretazione che consente alla difesa di riservare l'eccezione di nullità al grado successivo sarebbe, sicuramente, lesiva del principio della ragionevole durata del processo (art. 111, comma 2, Cost.). In dottrina si veda il contributo di R. ANGELETTI, *Le invalidità nell'udienza preliminare, nella fase predibattimentale e nel dibattimento*, Giappichelli, 2006, p. 24 e ss.; A. GALATI, *Nullità*, (*dir. proc. pen.*), in *EdD*, XVIII, Milano, 1978, p. 28; G. MARIABOTTO, *Nullità nel processo penale*, in *Dig. pen.*, VIII; P. TORINI, 1994, p. 268; A. PRESUTTI, *La declaratoria delle nullità nel regime delle impugnazioni penali*, Giuffrè, 1982, p. 143; S. RAMAJOLI, *Nullità (dir. proc. pen.)*, in *EdD*, II, Agg., Milano, 1998, p. 597.

²⁴ In tema v., R. ANGELETTI (a cura di), *Le invalidità in generale delle prove e dei mezzi di prova*, Giappichelli, 2005, p. 12 e ss.; A. DIDDI, *Davvero sanabile per "raggiungimento dello scopo" la nullità per irregolarità della notificazione della citazione?*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1150; P. PAULESU, *voce Invalidità degli atti*, in *EGS 24 ore*, VIII, Milano, 2008, p. 253; T. RAFARACI, *Nullità (dir. proc. pen.)*, in *EdD*, II, Agg., Milano, 1998, p. 597; A. RUGGIERI, *Le sanatorie della nullità nella dinamica del processo penale*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 979.

²⁵ M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, cit., p. 40.

²⁶ Del resto, lealtà e probità sono contemplati nell'art. 105, comma 4, c.p.p. In dottrina cfr. G. BOSCHENO, *L'avvocato nel nuovo processo penale*, in *Riv. pen.*, 1989, p. 127; L. P. COMOGGIO-G. ZAGREBELSKY, *Modello accusatorio e deontologia dei comportamenti processuali nella prospettiva comparatistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 435; A. D'AURIA, *Aspetti deontologici dell'attività di difesa*, in *Giust. pen.* 1996, III, p. 249.

all'accertamento di un fatto processuale²⁷: e ciò sulla base della leale collaborazione che deve caratterizzare le loro condotte²⁸.

In altre parole, è sufficiente che sia notificato correttamente un solo avviso perché tutti, anche quanti, pur avendone diritto, non l'abbiano ricevuto, ne siano, comunque, al corrente.

A questo punto vale la pena rilevare come il profilo interpretativo evocato dalla Corte possa prestare il fianco a facili critiche: rimarrebbe, invero, nella discrezionalità degli uffici decidere quali difensori avvisare, ove il collegio difensivo sia composto da due avvocati²⁹.

Addirittura, ci si potrebbe limitare a notificare tutti gli avvisi, anche quelli che dovrebbero essere rivolti all'imputato personalmente, nello studio di uno dei difensori, dal momento che, ricevuto l'atto, il professionista è deontologicamente obbligato ad avvertire il proprio assistito³⁰

Di queste situazioni, così come quella che si potrebbe verificare nel caso in cui il difensore non è al corrente della nomina di altro difensore, l'organo nomofilattico non si è mai occupato limitandosi, di volta in volta, ad indicare al difensore i comportamenti da seguire per evitare di invalidare il processo³¹ non considerando, però, che, in molti casi, essi si sostanziano nel limitare il diritto di difesa (sul versante della difesa tecnica) dell'imputato.

Per questo si condivide quanto posto in rilievo dalla critica che, permeata dall'idea di fondo della necessità di una riduzione delle ipotesi di nullità assolute da parte del legislatore, tende a trovare soluzioni alternative capaci di conciliare la ragionevole durata del processo con la tutela sostanziale delle garanzie dell'imputato e coniugare garanzie e speditezza³², essendo innegabile, che maggiori sono le garanzie offerte alle parti minori sono le *chance* di realizzare un processo di “*durata ragionevole*”, anche in considerazione del c.d. “*abuso del processo*”, termine con il quale si tende a stigmatizzare tattiche difensive speculari all'espansione della durata del processo al fine di condurre lo stesso verso la prescrizione³³.

²⁷ È chiaro che si tratta dell'applicazione di una massima di esperienza a fondamento della prova di un fatto processuale. In generale i difensori si parlano, prima di operare una scelta difensiva nel processo. Lo stesso avviene nel rapporto tra difensore e parte. Naturalmente, potrebbe ben essersi in concreto verificato il contrario: ma l'unione di un elemento di prova critica – l'avvenuta notificazione ad uno dei soggetti coinvolti – con la massima d'esperienza (tutti i codifensori si parlano e scelgono assieme le mosse: idem per il rapporto tra difensore e assistito), conduce a provare il fatto processuale. Il cerchio si chiude con l'opzione deontica: non solo, avvisato uno dei potenziali consorti aventi diritto, tutti sono al corrente della udienza cui l'avviso si riferiva (in base *all'id quod plerumque accidit*); ma, grazie al “dover essere” imposto dalle fonti normative richiamate, tutti dovrebbero esserlo, e, se non lo sono stati, *imputent sibi*. In giurisprudenza cfr., Cass. Sez. IV; 18.09.2009, Guardascione, in *C.E.D. n. 245502*.

²⁸ Sul tema della leale collaborazione tra i difensori quale causa di preclusione o sanatoria di una nullità non assoluta, si vedano, ad esempio, Cass. Sez. II, 26. 11.2010, D'Aria, in *C.E.D. n. 245502*; Id., Sez. IV, 9.07.2003, Massari, in *C.E.D. n. 226285*.

²⁹ In tal senso, M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, cit., p. 40.

³⁰ Soprattutto se l'interessato ha eletto domicilio presso lo studio del professionista. In tal senso, Cass. Sez. IV, 3.03.2020, Geneva, in *C.E.D. n. 278648*; Id., Sez. II, 10.09.2029, Hafid, in *C.E.D. n. 277100*; Id. Sez. IV, 7.05.2019, Bianchi, in *C.E.D. n. 276707*.

³¹ Da ultimo Cass. Sez. V, 27.07.2023, Sessa, in *C.E.D. n. 285009*; Id., Sez. II, 27.06.2023, Aielli, in *C.E.D. n. 284898*; Id., Sez. IV, 31.05.2022, in *C.E.D. n. 283316*.

³² Il tema è stato approfondito da F. GIUNCHEDI, *Modelli differenziati di accertamento delle garanzie e ragionevole durata del processo*, in *La giustizia penale differenziata. Gli accertamenti complementari*, diretto da G. SPANGHER-A. GAITO, Giappichelli, 2011, p. 91 e ss.

³³ A. COCOMELLO, *Le Sezioni Unite puntano i riflettori sul diritto dell'imputato “ad avere un difensore di sua scelta”*, in *Arch. pen.*, 2015, n. 2, p. 3.

**INDICATORE DELLE CONDIZIONI ECONOMICHE
PATRIMONIALI E DI VITA NEL DECRETO PENALE DI
CONDANNA RIFORMATO.
NOTA A CASS. PEN., SEZ. II, 27 GIUGNO 2023, N. 27892**

CHIARA NAIMOLI

ABSTRACT

The work comments on a ruling of the Supreme Court and has as its object the legislative change introduced with the Cartabia reform, in reference to the indicators of economic and financial conditions for the purposes of commensurating the financial penalty.

SOMMARIO: 1. La pronuncia. – 2. Il procedimento monitorio, vecchie e nuove massime dopo le modifiche introdotte con il d. lgs. n. 150/2022. – 2.1. Insufficienza della documentazione attestante le condizioni economico-patrimoniali.

1. All'interno di una innovata cornice normativa, il giudice, a fronte di una richiesta di emissione di decreto penale di condanna, ai sensi dell'art. 459, comma 1 *bis*, c.p.p., per determinare l'ammontare della pena pecuniaria in sostituzione della pena detentiva, individua il valore giornaliero al quale può essere assoggettato l'imputato e lo moltiplica per i giorni di pena detentiva; tale valore non può essere inferiore a 5 euro, e superiore a 250 euro e corrisponde alla quota di reddito giornaliero che può essere impiegata per il pagamento della pena pecuniaria, tenendo conto delle complessive condizioni economiche, patrimoniali e di vita dell'imputato e del suo nucleo familiare.

La sentenza in commento offre l'occasione per riflettere sulle interpolazioni legislative operate con la Riforma Cartabia: il caso di specie ha origine dall'emissione di un provvedimento con il quale giudice per le indagini preliminari restituisce gli atti al pubblico ministero, in ragione dell'omessa produzione della documentazione attestante gli indici innovati, sulla scorta dei quali commisurare l'ammontare della pena pecuniaria alla concreta situazione patrimoniale. Rispetto alla precedente formulazione, infatti (in cui si richiamava la sola "condizione economica dell'imputato e del suo nucleo familiare"), la nuova disposizione implica una valutazione più estesa individuando il valore giornaliero al quale può essere assoggettato l'imputato avuto riguardo, in termini complessivi, non solo alla situazione economica personale e familiare, ma anche delle condizioni patrimoniali e di vita dello stesso e del suo nucleo familiare, intesi quale ulteriore, personalizzante, parametro di valutazione.

Il pubblico ministero ricorrente lamenta l'abnormità del provvedimento, atteso che la pena indicata, su cui operare la conversione, si sia attestata su un parametro minimo (euro 20 per ogni giorno di pena detentiva, entro la forbice tra 5 e 250 euro al giorno), procedendo con un'ulteriore riduzione per la scelta del rito premiale; per tale ragione, il giudice se avesse ritenuto la somma non congrua, avrebbe potuto – a

parere della pubblica accusa – concedere la sospensione condizionale della pena o ammettere l'imputato al pagamento rateale, ma comunque non negargli la possibilità di accedere al rito. Richiamando precedenti giurisprudenziali¹ relativi all'abnormità del provvedimento con il quale si rigetta la richiesta di ammissione al decreto penale di condanna fondata unicamente su motivi di opportunità, il ricorrente lamenta che il giudizio prognostico negativo circa la possibilità di adempiere dell'imputato determinerebbe una situazione di stallo incidente sulla libertà del pubblico ministero di scegliere il rito in relazione alla formulata imputazione, e si porrebbe in contrasto con le esigenze deflative e di celerità imposte dalla nuova disciplina.

La Cassazione, nella decisione *de qua*, non ritiene, invece, che l'ordinanza abbia interferito con le attribuzioni istituzionali della pubblica accusa circa le modalità di esercizio dell'azione penale e di strutturazione dell'imputazione, posto che in essa non si è fatto riferimento alla prognosi negativa circa l'adempimento della pena pecuniaria, ma alla mancata indicazione da parte del pubblico ministero di elementi idonei a determinare le complessive condizioni economico-familiari dell'imputato, ai fini della valutazione a lui attribuita della congruità della pena.

2. Il procedimento per decreto è, indubbiamente, il rito speciale dalle origini più antiche², che riceve con il codice del 1988 e per il tramite di successivi interventi legislativi³, un rinnovato interesse, tradotto in una tendenziale espansione dell'ambito di operatività⁴, tanto sotto il profilo di ammissibilità del rito, quanto nell'ottica di una maggiore premialità.

L'ontologica celerità e la più ampia contrazione processuale rispetto agli altri riti rappresentano i tratti caratterizzanti di un procedimento che, per la semplicità dei profili probatori in ordine all'accertamento di fatti di lieve entità, conduce all'emissione di una pronuncia di condanna *inaudita altera parte*, con ampi e concreti vantaggi per l'imputato acquiescente⁵. Nell'ottica di tutelare la specificità del rito⁶, la Corte costituzionale in più occasioni ha precisato che il decreto di condanna

¹ Cass. pen., Sez. VI, n. 17702 del 2016. Nel caso in commento, il ricorrente rileva come la sentenza citata dal giudice per le indagini preliminari nel provvedimento impugnato (Cass. pen., Sez. IV, n. 29349 del 2018), attiene alla diversa ipotesi in cui il rigetto della richiesta del pubblico ministero sia fondata su ragioni attinenti alla valutazione della congruità della pena; mentre nel caso in esame la valutazione riguarda la capacità dell'imputato di adempiere al pagamento della pena pecuniaria alternativa che, in quanto determinata sui minimi di legge, con riduzione massima e con un basso tasso di ragguglio, avrebbe dato luogo ad una valutazione di opportunità, come tale da considerarsi abnorme.

² Sperimentato nel codice del 1930 e già presente nel progetto di codice Finocchiaro-Aprile del 1913. Cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 8ª ed., 2006, p. 82.

³ Il riferimento è alla L. 16 dicembre 1999, n. 479.

⁴ Si ricorda, peraltro, che a tale ampliamento ha contribuito la stessa giurisprudenza costituzionale chiamata a giudicare sulla legittimità dell'art. 459, co. 1, c.p.p. (come sostituito dalla legge n. 479/1999), per aver esteso il campo di applicazione del decreto ai reati perseguibili a querela; norma dichiarata incostituzionale in ragione del presupposto su cui tale estensione si reggeva, ossia la mancata opposizione al decreto manifestata dallo stesso querelante in sede di presentazione della querela (Corte cost. 28 gennaio 2015, n. 23).

⁵ L'elevata carica di premialità propria del rito si esplica in una formulazione letterale differenziata rispetto a quella per gli altri riti premiali non foriera di difficoltà e dubbi interpretativi: nell'individuare il limite massimo alla riduzione della pena irroganda, il dato normativo fa riferimento alla metà rispetto al *minimo edittale*, in tal modo raccordando la diminuzione di pena alla misura minima astrattamente prevista dalla norma incriminatrice, e non alla pena in concreto determinata.

⁶ Nella specificità del rito si coglie la potenziale tensione con i principi costituzionali. È, del resto, frequente l'affermazione giurisprudenziale che nel delineare il rito monitorio evidenzia sia l'«altissimo rischio di divergenza dai parametri convenzionali di effettività del contraddittorio e di giustizia del processo»: cfr. Cass. pen., Sez. I, 16 gennaio 2019, n. 7102; Cass. pen., Sez. I, 5 dicembre 2018, n. 2408; Cass. pen., Sez. I, 30 novembre 2018, n. 529.

costituisce una *decisione preliminare* in relazione alla quale l'esperimento dei mezzi di difesa si colloca nel giudizio conseguente all'opposizione: il decreto svolge la funzione di informazione dei motivi dell'accusa, ponendo l'imputato nelle condizioni di operare una scelta consapevole tra l'opposizione e l'acquiescenza⁷.

Tanto accennato consente di cogliere l'alta potenzialità deflattiva del rito, improntato com'è a criteri di economia processuale e di massima speditezza, in linea con le avvertite esigenze di funzionalità ed efficienza del sistema. Ragione, questa, per la quale, nel quadro di un riassetto normativo volto a garantire un recupero dell'effettività dell'amministrazione della giustizia, il legislatore attuale non perde l'occasione per potenziare l'appetibilità del rito in funzione di decongestionamento del processo.

Nella prospettiva di un generale riequilibrio dei ruoli processuali, verso una più effettiva «responsabilizzazione di tutti i soggetti al raggiungimento del comune obiettivo di un accertamento contenuto in tempi ragionevoli», si è inteso valorizzare quella concezione primigenia di premialità «ancorata al *self restraint* dell'imputato nel ricorso alle garanzie proprie del dibattimento, cui consegue un significativo vantaggio in termini di tempo e di energie impiegate nella definizione del procedimento»⁸.

Pertanto, confermando la tendenza normativa volta al potenziamento dell'istituto, la riforma Cartabia, si muove nella direzione per un verso, di incoraggiare il ricorso allo strumento alternativo di definizione del procedimento; per altro verso, di valorizzare l'effettivo recupero della sanzione pecuniaria; e per altro ancora, di promuovere un nuovo meccanismo di sostituzione della pena detentiva, nel contesto di una complessiva rivisitazione del sistema di concessione delle pene sostitutive.

Come si accennava, tra le novità introdotte, il d.lgs. n. 150/2022 modifica l'art. 459, comma 1-*bis*, c.p.p. in punto di individuazione dei criteri di ragguaglio della pena detentiva alla pena pecuniaria.

Confidando nel maggior spazio di accoglienza nella pratica, per il dichiarato intento di rendere più agevole e quindi effettivo il pagamento delle pene pecuniarie⁹, si abbassa notevolmente il limite minimo (da 75 euro a 5 euro) e si innalza di poco il limite massimo (da 225 euro a 250 euro); mantenendo il richiamo alla rateizzazione della pena pecuniaria irrogata in sostituzione della pena detentiva, ai sensi dell'art. 133-*ter* c.p. (come modificato dall'art. 1, comma 1, lett. *e*, d.lgs. n. 150/2022)¹⁰.

La determinazione del limite minimo giornaliero viene individuata in maniera indipendente dall'art. 135 c.p. ed in armonia con le previsioni contenute nell'art. 56-*quater*, legge 24 novembre

⁷ Corte cost. 27 marzo 2003, n. 132, in *Giur. cost.*, 2003, p. 985; Corte cost. 13 gennaio 2003, n. 8, in *Giur. cost.*, 2003, p. 28; Corte cost. 4 febbraio 2003, n. 32, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1888. In dottrina, si veda V. GREVI, *Alla ricerca di un processo giusto*, Milano, 2000, p. 271.

⁸ Commissione Lattanzi, *Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435*, 24 maggio 2021, in *Sist. pen.*, 25 maggio 2021, p. 26.

⁹ Cfr. *Relazione illustrativa al d.lgs. n. 150/2022*, in *Sist. pen.*, 20 ottobre 2022, p. 410.

¹⁰ Il giudice, con il decreto, può disporre, in relazione alle condizioni economiche e patrimoniali del condannato, che la pena pecuniaria sia pagata in rate mensili (da sei a sessanta, non inferiori ciascuna a 15 euro, senza che siano dovuti interessi per la rateizzazione). In ogni momento, comunque, il condannato può estinguere la pena mediante un unico pagamento.

1981, n. 689, in materia di pena pecuniaria sostitutiva, cui viene fatto espresso rinvio¹¹. La norma, infatti, regola la disciplina in modo funzionale a quanto affermato recentemente dalla Corte costituzionale nelle decisioni n. 28/2022 e n. 15/2020¹², nelle quali si è rilevato che la previgente quota giornaliera di conversione aveva determinato, nella prassi, una drastica riduzione del ricorso alla sostituzione della pena pecuniaria, sì da trasformarla in un privilegio per i soli condannati abbienti, in contrasto con l'art. 3 Cost.¹³. Il risultato è la costituzione di un complesso sistema volto ad incentivare l'acquiescenza dell'imputato al decreto.

Gli indici del ragguaglio tra pene pecuniarie e detentive erano già stati oggetto di un, relativamente recente, intervento legislativo ad opera della legge n. 103/2017¹⁴, al fine di introdurre un criterio più favorevole, e migliorare l'effettività e la funzionalità del rito monitorio, di fatto indebolite dall'innalzamento dei tassi di conversione operato con la riforma del 2009¹⁵.

Si è notata nella novella del 2017 la consacrazione del ruolo rilevante del giudice per le indagini preliminari nell'opera di ragguaglio dell'originaria pena detentiva nella corrispondente pena pecuniaria. A differenza della necessaria corrispondenza con il *petitum*¹⁶ del pubblico ministero qualora quest'ultimo ritenga di dover applicare *ab origine* la pena pecuniaria (situazione per cui, rilevata l'incongruità, e sempre che non ricorrano le condizioni del proscioglimento *ex art. 129 c.p.p.*, il giudice per le indagini preliminari può soltanto procedere alla restituzione degli atti); nel caso di irrogazione di una pena pecuniaria in sostituzione di una pena *ab origine* detentiva, il ruolo del giudice per le indagini preliminari si spinge alla rimodulazione dell'importo della pena giornaliera ragguagliata in rapporto alle condizioni economiche dell'imputato¹⁷.

¹¹ La Suprema Corte ha, di recente, avuto modo di evidenziare che la dedotta erronea qualificazione della pena pecuniaria sostitutiva di quella detentiva, mediante applicazione del valore minimo previsto dalla normativa dichiarata incostituzionale (ad oggi disciplinata dal nuovo art. 56-*quater*, legge 24 novembre 1981, n. 689) esplica «una tipica valutazione discrezionale che deve essere rimessa al giudice del rinvio, il quale provvederà ad operare la sostituzione sulla base della norma ritenuta più favorevole ai sensi dell'art. 2 c.p., comma 4» (Cass., sez. IV, 20 marzo 2023, n. 11513).

¹² In sentenza, si affermava che la quota giornaliera di conversione elevata «ha determinato, nella prassi, una drastica compressione del ricorso alla sostituzione della pena pecuniaria, che pure era stata concepita dal legislatore del 1981 – in piena sintonia con la logica dell'art. 27, comma 3, Cost. – come prezioso strumento destinato a evitare a chi sia stato ritenuto responsabile di reati di modesta gravità di scontare pene detentive troppo brevi perché possa essere impostato un reale percorso trattamentale, ma già sufficienti a produrre i gravi effetti di lacerazione del tessuto familiare, sociale e lavorativo, che il solo ingresso in carcere solitamente produce» (Corte cost. 16 gennaio 2020, n. 15).

¹³ In questi termini, v. Corte Suprema di cassazione, Ufficio del Massimario, *Relazione su novità normativa. La "riforma Cartabia"*, 5 gennaio 2023, in *Sist. pen.*, 10 gennaio 2023, p. 208. Nello specifico, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 53, comma 2, legge n. 689/1981, nella parte in cui prevede che «[i]l valore giornaliero non può essere inferiore alla somma indicata dall'art. 135 del Codice penale e non può superare di dieci volte tale ammontare», e che ai 250 euro debbano essere sostituiti i 75 euro previsti, per l'appunto, dalla normativa in materia di decreto penale di condanna, fermo restando il limite massimo giornaliero di 2.500 euro (Corte cost. 12 gennaio 2022, n. 28).

¹⁴ L'intervento normativo era volto a superare l'indice in precedenza indicato in maniera fissa in 250 euro, in favore del limite giornaliero di 75, aumentabile fino a tre volte tale ammontare.

¹⁵ Legge 15 luglio 2009, n. 94 (c.d. Pacchetto sicurezza) la quale aveva innalzato la somma per giorno di detenzione dagli iniziali euro 38 ai successivi 250.

¹⁶ Cfr. R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in *Compendio di procedura penale*, in CONSO-GREVI-BARGIS (a cura di), 10^a ed., Padova, 2008, p. 677; F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1076; E. SELVAGGI, sub *Art. 459 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Commento al nuovo Codice di Procedura penale*, IV, Torino, 1990, 863.

¹⁷ La dinamica descritta, del resto, non si crede possa generare particolari problemi di raccordo sistematico con l'art. 460, comma 2, c.p.p. (che vincola il giudice ad applicare la pena nella misura richiesta), perché ai sensi dell'art. 459, comma 1-*bis*, c.p.p., il giudice per le indagini preliminari opera il ragguaglio pur sempre nel rispetto del vincolo di pena detentiva indicato dalla pubblica accusa. Del resto, è la stessa la Corte costituzionale (Corte cost., 21 giugno 2019, n. 155) che, nel

Per quanto riguarda l'individuazione del tasso giornaliero di conversione, la norma fa esplicito riferimento alle *complessive* condizioni economiche dell'imputato, ampliando – si diceva – la precedente formulazione con una specifica valutazione della situazione *patrimoniale*, distinta dalla situazione *economica*¹⁸; accanto ad un giudizio sulle circostanze che riguardano in termini complessivi la situazione personale e familiare dell'imputato.

È evidente la volontà del legislatore di consentire al giudice di disporre del più ampio numero di elementi valutativi, al fine di determinare una pena effettiva ed efficacemente dissuasiva¹⁹.

Tuttavia, l'incremento degli indicatori delle condizioni di vita dell'imputato (coordinati dall'utilizzo della congiunzione “e”) potrebbe indurre a dubitare dell'opportunità di tale interpolazione, in ragione dell'estrema celerità e semplificazione processuale proprie del rito.

L'obiezione era già emersa tra le maglie della precedente formulazione dell'art. 459, comma 1-*bis*, c.p.p., che richiedeva di considerare, ai fini della determinazione del tasso giornaliero di conversione, semplicemente la «condizione economica complessiva dell'imputato e del suo nucleo familiare».

Al riguardo, si è sostenuto che tale valutazione non comporti necessariamente il compimento di accertamenti incompatibili con la speditezza del procedimento: il *contenuto* dispendio di attività istruttorie supplementari da parte del pubblico ministero risulta congruamente giustificato dall'evidente beneficio in termini di personalizzazione della risposta sanzionatoria. L'orientamento della Cassazione²⁰, autorevolmente avallato dalla Consulta²¹, poggia sulla non assoluta necessità, ai fini della quantificazione della pena sostitutiva, dell'espletamento di specifiche e mirate attività di verifica delle condizioni economiche, a maggior ragione quando il ragguaglio sia effettuato in misura corrispondente al minimo stabilito dalla legge, perché in tal evenienza un problema di incongruità della pena verrebbe a porsi solo se sussistano elementi indicativi di capacità economiche maggiori rispetto a quelle ritenute dal pubblico ministero richiedente.

Si è, quindi, pervenuti alla conclusione per cui, in assenza di un accertamento approfondito, la valutazione complessiva può esplicarsi in una motivazione non rigorosa qualora la pena irrogata sia contenuta in misura prossima al minimo, trovando piena applicazione i principi del *favor rei* e del *favor libertatis*²².

Occorre, allora, chiedersi se vi siano ragioni per ritenere che tale esegesi possa orientare anche la lettura dell'attuale dato normativo.

dare conto dell'orientamento del Giudice di legittimità (Cass. pen., Sez. III, 29 marzo 2018, n. 22458), precisa che il vincolo si pone sulla pena detentiva richiesta dal pubblico ministero e non su quella pecuniaria convertita, che, invece, il giudice può (ri)modulare nel tasso giornaliero (restando nella forbice tra 75 e 225 euro individuata dal legislatore), legittimando in tal modo il potere del giudice in funzione di individualizzazione della pena.

¹⁸ V. Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario, *Relazione su novità normativa*, cit., 117, secondo cui, a tale proposito appare ardua la distinzione da quella «economica».

¹⁹ Cfr. Cass. pen., Sez. III, 29 marzo 2018, n. 22458.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Corte cost., 21 giugno 2019, n. 155.

²² Così, Cass. pen., Sez. IV, 11 aprile 2006, n. 17046, Antoniucci, non massimata.

2.1. Come precisato dalla giurisprudenza²³, in capo al pubblico ministero incombe un onere di allegazione degli elementi da cui trarre il relativo giudizio; elementi che potrebbero ben trarsi da circostanze obiettivamente apprezzabili emerse dal fascicolo processuale.

Tuttavia, può risultare poco agevole – proprio per via della fisiologica speditezza del procedimento e della forte menomazione dell'attività (istruttoria) difensiva – la raccolta di specifiche risultanze in ordine alle condizioni economiche richieste dalla norma.

Questa la ragione per la quale si potrebbe prospettare in capo al giudice per le indagini preliminari l'estensione, in via analogica, del potere di ordinare all'organo dell'accusa, il compimento delle ulteriori attività di indagine necessarie per stabilire le condizioni economiche dell'indagato.

Ma una tale restituzione degli atti non troverebbe supporto nel dato normativo, che al contrario prevede, in caso di non accoglimento della richiesta, un'unica alternativa rappresentata dalla restituzione degli atti ai sensi dell'art. 459 c.p.p., comma 3, c.p.p. (se non deve essere pronunciata sentenza *ex art. 129 c.p.p.*)²⁴. Peraltro, prevedere un potere di ordinare indagini suppletive, si porrebbe in evidente frizione con la snellezza procedurale tipica del rito²⁵.

A rigore, se il dato normativo impone di prendere in considerazione quegli indicatori, in assenza di informazioni efficacemente dirimenti, l'organo giudicante dovrebbe restituire gli atti al pubblico ministero, rigettando la richiesta.

Ne conseguirebbe, tuttavia, che il dato normativo riformato, al fine di meglio definire i connotati attraverso i quali operare il ragguaglio, rischia di ridurre l'operatività del procedimento monitorio, per via dell'aumentare dei rigetti delle richieste causati dalla difficoltà di operare una individualizzata valutazione di congruità della misura della pena. La riforma, cioè, nell'ottica di incentivare il ricorso al rito, finirebbe per limitarne il relativo utilizzo²⁶.

Si potrebbe, allora, fare affidamento nell'orientamento su menzionato (come, del resto, sollecitava il pubblico ministero nel ricorso che ha dato origine alla sentenza in commento), e quindi ritenere che, tutte le volte in cui risulti arduo dosare congruamente la pena per via di un'indagine poco approfondita, il giudice possa ugualmente emettere il decreto penale di condanna se quest'ultimo si assesti su valori soglia minimi.

Tuttavia, la graduazione della sanzione pecuniaria rispetto alle complessive condizioni economiche dell'imputato e del suo nucleo familiare, realizza precipuamente il fine di evitare

²³ Cass. pen., Sez. III, 29 marzo 2018, n. 22458.

²⁴ *Ibidem*, circa l'impossibilità di imporre ulteriori accertamenti.

²⁵ Gli accertamenti approfonditi si porrebbero in contrasto con i principi di speditezza del rito cfr. Cass. pen., Sez. IV, 11 aprile 2006, n. 17046.

²⁶ Al riguardo, si segnala una recente sentenza della Suprema corte, su ricorso presentato dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Messina avverso un'ordinanza di restituzione degli atti motivata dall'assenza di una documentazione riguardante le condizioni economiche patrimoniali dell'imputato e del suo nucleo familiare, sulla cui scorta valutare la congruità della pena, ai fini della richiesta di conversione della pena detentiva in quella pecuniaria. Nello specifico il ricorrente ritiene che il «novellato art. 459 c.p.p., comma 1-bis riguarderebbe una valutazione di opportunità, sulla capacità di assolvere al pagamento della pena pecuniaria alternativa, inibita al gip ed incidente in maniera illegittima sulla libertà del pubblico ministero di scegliere il rito in relazione alla formulazione dell'imputazione». Invero, la Cassazione, nel dichiarare inammissibile il ricorso, sostiene la corretta applicabilità *in parte qua* della riforma, perché rientrante nella sfera riservata alla competenza del giudice per le indagini preliminari la relativa valutazione di congruità, e non interferente sulle scelte del pubblico ministero, attraverso valutazioni di opportunità concernenti la natura dell'istituto processuale e la sua efficacia (Cass., sez. II, 1° agosto 2023, n. 33602).

un'impropria parificazione di situazioni e condizioni tra loro diverse: costituisce il naturale riflesso del principio costituzionale di eguaglianza, dal momento che l'impatto "esistenziale" di sanzioni pecuniarie di identico importo può essere in concreto assai diverso, secondo le differenti condizioni dell'autore; di talché proprio tali differenti condizioni economiche giustificano la commisurazione di sanzioni di diversa entità, pur a fronte di illeciti di pari gravità²⁷.

Perciò, pur nella prospettiva realizzante il *favor rei* la vicinanza della pena alla soglia minima, implica comunque una disparità di trattamento perché la relativa dosimetria risulta scandita unicamente dal minor o maggior impegno istruttorio dell'organo inquirente nel comporre il fascicolo processuale (essendo l'attività della difesa in questa fase, in genere, completamente estromessa).

Peraltro, il superamento della tesi giurisprudenziale maturata tra le maglie della precedente formulazione, si imporrebbe con maggior evidenza all'interno dell'attuale cornice normativa che, nell'implementare i parametri di riferimento sulle condizioni di vita dell'imputato sotto il profilo economico e patrimoniale, si muove nella direzione di valorizzare, più che di ridimensionare, quel vaglio globale sulle condizioni economico-patrimoniali.

Tanto affermato trova conferma nella sentenza in commento, nella quale si segnala l'erroneità del ragionamento svolto dal pubblico ministero, nel ritenere di avere effettuato una richiesta di decreto penale di condanna a pena pecuniaria congrua, perché attestata sul tasso minimo, in tal modo giustificando il difetto di informazione relativo alla situazione patrimoniale dell'imputato sul presupposto implicito evocante il principio del *favor rei*. A parere della Corte il ricorrente trascura di considerare che il legislatore ha introdotto il procedimento monitorio prevedendo un criterio di ragguaglio fra pena detentiva e pena pecuniaria fissato in una forbice più favorevole rispetto alla precedente previsione, ribadendo la necessità dell'indagine delle condizioni economico patrimoniali dell'imputato da parte del pubblico ministero. Ritenere che la formulazione di una richiesta attestata sul *quantum* di ragguaglio prossimo al minimo, determini, in un certo qual modo, la superfluità del vaglio sulla misura della pena, così che la richiesta debba sempre ritenersi congrua ed il giudice obbligato ad accoglierla, porterebbe ad una sostanziale disapplicazione della forbice legale stabilita nell'art. 459, comma 1-*bis*, c.p.p.²⁸.

Questa la ragione per la quale la Corte conferma la sussistenza di un obbligo in capo al pubblico ministero richiedente il decreto penale di condanna, di allegare elementi indicativi degli ampliati indici presenti nella norma succitata, di talché il giudice possa operare una individualizzata valutazione sulla congruità della pena da irrogare sulla base della molteplicità dei parametri relativi alla capacità di reddito dell'imputato, e altresì alle condizioni di vita personale e familiare dello stesso²⁹.

In conclusione, non può che ritenersi che il provvedimento di restituzione degli atti al pubblico ministero sia espressione del legittimo esercizio del potere cognitivo conferito al giudice per le indagini preliminari che, al di fuori di qualsiasi automatismo decisorio ed in coerenza con il ruolo

²⁷ Così, Corte cost. 21 giugno 2019, n. 155.

²⁸ In questi termini la sentenza in commento, Cass. pen., Sez. II, 27 giugno 2023, n. 27892.

²⁹ «Non essendo ad esempio indifferente, pur a fronte di una buona capacità reddituale dell'imputato, conoscere da quante persone sia composto il nucleo familiare e quali siano le condizioni di vita dello stesso», così la sentenza in commento (Cass. pen., Sez. II, 27 giugno 2023, n. 27892).

funzionale che ricopre, gli riconosce la possibilità di un ampio sindacato sul merito dell'istanza³⁰.

Un condivisibile approdo che, al tempo stesso, segnala la difficoltà di armonizzare le indicazioni di nuovo conio con l'esigenza, sottesa alla riforma, di incentivare l'operatività della procedura monitoria, per natura ispirata alla massima celerità.

³⁰ Richiamando le parole di Cass. Pen., Sez. Un., 18 gennaio 2018, n. 20569, Rv. 272715.