CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
Ufficio del Massimario

RASSEGNA DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

Gli orientamenti delle Sezioni Penali

Anno 2024

IPZS
ISTITUTO POLIGRAFICO E ZECCA DELLO STATO

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
Ufficio del Massimario

Rassegna della giurisprudenza di legittimità

Gli orientamenti delle Sezioni Penali

Anno 2024

ISTITUTO POLIGRAFICO E ZECCA DELLO STATO

La giurisprudenza delle Sezioni Penali

Anno 2024

Direttore: *Alberto Giusti*
Vice-Direttore: *Angelo Caputo*
Coordinatore: *Gennaro Sessa*

hanno collaborato alla redazione:

Autori: *Francesco Agnino, Maria Cristina Amoroso, Valeria Bove, Caterina Brignone, Elena Carusillo, Fulvio Filocamo, Giovanni Gallo, Antonio Gatto, Bruno Giordano, Giuseppe Marra, Anna Mauro, Aldo Natalini, Maria Eugenia Oggero, Stefania Riccio, Claudia Terracina, Michele Toriello, Francesca Zavaglia.*

INDICE GENERALE

PRESENTAZIONE XVII

PARTE PRIMA
QUESTIONI DI DIRITTO SOSTANZIALE

SEZIONE I
LA LEGGE PENALE

CAPITOLO I

LA NON CONVERTIBILITÀ *IN EXECUTIVIS* DELLA PENA DETENTIVA INFLITTA PER UN REATO CHE, DOPO IL GIUDICATO, È STATO DEVOLUTO ALLA COMPETENZA DEL GIUDICE DI PACE
(di Michele Toriello) 2

1. La questione sottoposta all'esame della Corte. 2
2. Inquadramento sistematico. 3
3. L'inapplicabilità al caso di specie dell'art. 2, comma terzo, cod. pen. 4
4. Il dubbio della legittimità costituzionale dell'art. 2, comma terzo, cod. pen. Riflessioni in merito alla rilevanza della questione. 6
5. Riflessioni in merito alla non manifesta infondatezza della questione. Ragionevolezza. 8
   5.1. (Segue) La possibilità di ritenere "illegale" la pena comminata dal giudice della cognizione 10
6. La soluzione accolta dalla Corte. 20

Indice delle sentenze citate 23

SEZIONE II
LA PENA

CAPITOLO I

IL SINDACATO DELLA CORTE DI CASSAZIONE IN MATERIA DI TRATTAMENTO SANZIONATORIO
(di Valeria Bove) 25

1. Controllo della Corte di cassazione sul trattamento sanzionatorio 25
   1.1. La motivazione sul trattamento sanzionatorio 25
   1.2. La discrezionalità del giudice nel trattamento sanzionatorio. 27
   1.3. Controllo della motivazione sul trattamento sanzionatorio complessivo 28
      1.3.1. Il potere di rideterminazione della pena 31
      1.3.2. L'incidenza dei limiti al potere di impugnazione del pubblico ministero 32

1.4. Limiti edittali minimi e motivazione attenuata . . . 34
1.5. Pena superiore ai minimi edittali e obbligo di motivazione specifica . . . 36
1.6. Le circostanze attenuanti . . . 38
1.6.1. La comparazione tra opposte circostanze e il giudizio di bilanciamento . . . 41
1.6.2. Il riconoscimento (o no) delle circostanze attenuanti generiche . . . 44
1.7. La continuazione . . . 46
1.7.1. La determinazione della pena in caso di continuazione in *executivis* . . . 47
1.7.2. Gli aumenti per i reati satellite in caso di reato continuato . . . 47
2. Rispetto dei principi del diritto penale in tema di trattamento sanzionatorio . . . 51
2.1. Le finalità della pena . . . 51
2.2. Principio di legalità . . . 52
2.2.1. La pena illegale . . . 54
2.3. Principio di proporzionalità in rapporto al fatto . . . 56
2.3.1. La graduazione delle pene: la forbice edittale . . . 57
2.3.2. La graduazione della pena in rapporto all'offensività del fatto . . . 61
2.4. Principio di proporzionalità e individualizzazione . . . 61
2.4.1. Recidiva . . . 62
2.4.2. Sospensione condizionale della pena . . . 67
2.5. Misura della pena in rapporto alle condizioni economiche e patrimoniali . . . 71
3. Profili specifici di alcuni trattamenti sanzionatori . . . 73
3.1. Le pene accessorie . . . 73
3.2. Le pene pecuniarie . . . 75
3.3. I nuovi trattamenti sanzionatori . . . 79
3.4. Le pene sostitutive . . . 84

SEZIONE III
IL REATO

CAPITOLO I

IMPUTAZIONE SOGGETTIVA E *VERSARI IN RE ILLICITA*
(di Maria Eugenia Oggero) . . . 90
1. Premessa . . . 90
2. Il principio di colpevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la "storica" sentenza n. 364 del 1988 e le successive decisioni n. 1085 del 1988 e n. 322 del 2007 . . . 91
3. La fondamentale sentenza Sez. U, n. 22676 del 22/01/2009, Ronci . . . 93
4. Una premessa in ordine al criterio di imputazione dell'evento non voluto. L'interpretazione conforme a Costituzione . . . 96
5. La giurisprudenza di legittimità in tema di omicidio preterintenzionale. Una prima analisi . . . 97
5.1. La preterintenzione come dolo di lesioni/percosse e assorbimento, in tale dolo, della prevedibilità nella "intenzione di risultato" . . . 99
5.2. La preterintenzione come dolo misto a colpa . . . 101

5.3. Le più recenti decisioni afferenti all'omicidio preterintenzionale: dolo di lesioni o percosse e prevedibilità in relazione all'evento-morte . . . 105
6. La giurisprudenza sul concorso di persone cd. anomalo: cenni . . . 109
7. Il mutamento del titolo del reato voluto da taluno dei concorrenti . . . 112
8. I reati aggravati dall'evento: qualche osservazione sui delitti di maltrattamenti contro familiari o conviventi e di rissa aggravati . . . 114
Indice delle sentenze citate . . . 118

CAPITOLO II

LA DIVERSIFICAZIONE DEI TITOLI DI RESPONSABILITÀ DEI CORREI, TRA CONCORSO DI PERSONE NEL REATO E CONCORSO APPARENTE DI NORME: LA SENTENZA GAMBACURTA DELLE SEZIONI UNITE
(di Michele Toriello) . . . 120
1. La questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite . . . 120
2. I due orientamenti in contrasto . . . 120
3. La soluzione recepita dalle Sezioni Unite . . . 122
Indice delle sentenze citate . . . 128

CAPITOLO III

ESCLUSIONE DELLA PUNIBILITÀ PER PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO: IL PUNTO DELLA GIURISPRUDENZA
(di Elena Carusillo) . . . 129
1. Premessa . . . 129
2. L'operatività intertemporale della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto . . . 130
3. Il diritto al contraddittorio e l'onere di allegazione dell'imputato . . . 131
4. Il comportamento *post delictum* . . . 133
4.1. L'abitualità . . . 133
4.2. Il reato di pericolo . . . 134
4.3. Il reato a condotta plurima . . . 134
4.4. La condotta anticipatoria di effetti *ex lege* . . . 135
5. L'esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto nei procedimenti di competenza del giudice di pace . . . 135
Indice delle sentenze citate . . . 137

SEZIONE IV
REATI DEL CODICE PENALE

CAPITOLO I

IL REATO DI INDEBITA DESTINAZIONE DI DENARO O COSE MOBILI: STRUTTURA NORMATIVA E QUESTIONI DI DIRITTO INTERTEMPORALE
(di Stefania Riccio) . . . 138

1. Il reato di indebita destinazione di denaro o cose mobili di cui all'art. 314-*bis* cod. pen.: una fattispecie ibrida 138
2. L'evoluzione giurisprudenziale in tema di condotte distrattive, tra peculato e abuso di ufficio 139
3. La ricostruzione della sentenza *Felicita*. 140
4. Le questioni di diritto intertemporale. Una *abrogatio sine abolitione* parziale 142
Indice delle sentenze citate 143

CAPITOLO II

LE SEZIONI UNITE SULLA CONFIGURABILITÀ DEL DELITTO DI CUI ALL'ART. 316-*TER* COD. PEN. E SULLA NATURA UNITARIA O PLURALE DELLA FATTISPECIE IN CASO DI RICONOSCIMENTO DEL DIRITTO ALLE AGEVOLAZIONI PREVIDENZIALI E ALLA RIDUZIONE DEI CONTRIBUTI DOVUTI AI LAVORATORI IN MOBILITÀ PER EFFETTO DELL'OMESSA COMUNICAZIONE DELLA CONDIZIONE OSTATIVA DI CUI ALL'ART. 8, COMMA 4-*BIS,* LEGGE N. 223 DEL 1991
(di Caterina Brignone) 144
1. I principi affermati dalle Sezioni Unite 144
2. La prima questione: genesi ed esegesi dell'art. 316-*ter* cod. pen.; orientamenti giurisprudenziali e soluzione prescelta 145
3. La seconda questione: orientamenti giurisprudenziali e soluzione prescelta sulla natura unitaria a consumazione prolungata o plurale della fattispecie di indebita percezione di erogazioni pubbliche 150
Indice delle sentenze citate 153

CAPITOLO III

DISCONTINUITÀ NORMATIVA TRA L'ABROGATO MILLANTATO CREDITO CD. "CORRUTTIVO" E IL "NUOVO" TRAFFICO DI INFLUENZE ILLECITE COME MODIFICATO DALLA LEGGE "SPAZZACORROTTI"
(di Aldo Natalini) 155
1. La questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite 155
2. Gli argomenti posti a fondamento delle decisioni oggetto di contrasto 155
3. La soluzione recepita dalle Sezioni Unite 157
Indice delle sentenze citate 161

CAPITOLO IV

L'INDIVIDUAZIONE DEL LUOGO DI CONSUMAZIONE DELLE TRUFFE *ON LINE*
(di Antonio Gatto) 162
1. Il luogo di consumazione del delitto di truffa 162
2. Le truffe *on line* 163
3. Le iniziali oscillazioni giurisprudenziali e il successivo assestamento 163
4. Pagamenti ad effetto immediato e irreversibile 164
4.1. Ricarica di carta prepagata. 165
4.2. Bonifico istantaneo (con effetti immediati) 166
5. Pagamenti ad effetto differito e reversibile 167
5.1. Bonifico ordinario su conto corrente (con effetti differiti) 167
5.2. Bonifico ordinario su carta ricaricabile munita di IBAN. 170

6. Prospettive future 170
Indice delle sentenze citate 172

CAPITOLO V
LA PERDITA DI CHANCE QUALE DANNO PATRIMONIALE NEL DELITTO DI ESTORSIONE E IL CONCORSO FORMALE TRA IL REATO DI ESTORSIONE E DI TURBATA LIBERTÀ DEGLI INCARICHI
(di Fulvio Filocamo) 173
1. Le questioni rimesse all'esame delle Sezioni Unite. 173
2. Le soluzioni individuate dalle Sezioni Unite. 173
2.2. Il concorso formale tra i delitti di estorsione e di turbata libertà degli incanti. 175
Indice delle sentenze citate 178

SEZIONE V
LEGISLAZIONE SPECIALE

CAPITOLO I
"SALUTO ROMANO" E ILLICEITÀ PENALE
(di Maria Eugenia Oggero) 179
1. Premessa 179
2. I tratti salienti del contrasto 180
3. Il quadro normativo tra XII disp. trans. fin. Cost., legge n. 645 del 1952 (cd. legge Scelba) e il d.l. n. 122 del 1993, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 205 del 1993 (cd. legge Mancino) 181
4. I precedenti che ravvisano nel "saluto romano" il reato di cui all'art. 5 legge Scelba. 181
5. E quelli per cui il "saluto romano" integra il reato di cui all'art. 2 d.l. n. 122 del 1993. 181
6. Le due fattispecie criminose tra analogie e differenze 182
7. Pericolo di ricostituzione del partito fascista e principio di offensività 183
8. Il rapporto tra le due fattispecie di reato: specialità o concorso di reati? 184
9. Contrasti giurisprudenziali ed ignoranza inevitabile *ex* art. 5 cod. pen 185
Indice delle sentenze citate 187

CAPITOLO II
L'ORDINE DI DEMOLIZIONE DEGLI IMMOBILI ABUSIVI
(di Francesco Agnino) 188
1. Premessa 188
2. Natura dell'ordine di demolizione 188
3. Destinatari dell'ordine di demolizione 189
4. L'interesse ad impugnare da parte di chi non è più proprietario 195
5. Ordine di demolizione e principio di proporzionalità 197
5.1. Ordine di demolizione, principio di proporzionalità e tutela dei terzi estranei 199
6. Ordine di demolizione e permesso in sanatoria conseguito da un terzo 201

7. Ordine di demolizione relativo ad opere completamento di un abuso dichiarato prescritto ed esecuzione sull'intero immobile . . . 202
8. Ordine di demolizione e sospensione condizionale della pena . . . 205
9. Omessa statuizione dell'ordine di demolizione e rimedi esperibili . . . 205
10. Ordine di demolizione e controllo in via incidentale della legittimità del permesso a costruire in sanatoria . . . 206
Indice delle sentenze citate . . . 208

CAPITOLO III

LA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ IN TEMA DOLO NEI REATI TRIBUTARI *(di Maria Cristina Amoroso)* . . . 211

1. Premessa . . . 211
2. Il dolo nel delitto di emissione di fatture per operazioni inesistenti . . . 211
3. Il dolo nel delitto di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti . . . 212
4. Il dolo nel delitto di indebita compensazione . . . 213
5. Il dolo nel delitto di dichiarazione infedele . . . 214
Indice delle sentenze citate . . . 215

CAPITOLO IV

QUESTIONI IN MATERIA DI "DASPO" *(di Aldo Natalini)* . . . 216

1. Il DASPO nel quadro delle garanzie costituzionali . . . 216
2. DASPO sportivo: presupposti soggettivi e ambito di applicazione . . . 218
3. DASPO urbano: presupposti soggettivi e ambito di applicazione . . . 219
4. Questioni in tema di controllo di legalità: l'onere di motivazione della decisione di convalida . . . 221
5. Questioni in tema di contraddittorio cartolare: il termine dilatorio per il deposito di memorie difensive . . . 224
5.1. Il regime di deducibilità della nullità di ordine intermedio . . . 225
5.2. L'incertezza sulla tempestività della convalida giudiziale . . . 226
Indice delle sentenze citate . . . 227

SEZIONE VI

LE CONFISCHE

CAPITOLO I

LE SEZIONI UNITE SULLA CONFISCA PER EQUIVALENTE NEL CONCORSO DI PERSONE NEL REATO *(di Francesca Zavaglia)* . . . 229

1. I principi affermati dalle Sezioni Unite . . . 229

2. La questione devoluta: la confisca per equivalente nel reato concorsuale. L'ordinanza di rimessione e gli orientamenti giurisprudenziali 230
3. I principali passaggi motivazionali della sentenza delle Sezioni Unite: il prezzo e il profitto del reato 231
3.1. La confisca diretta e la confisca per equivalente. 232
3.1.1. La confisca per equivalente quale misura di carattere afflittivo ma non punitivo 233
3.2. La confisca di somme di denaro nella giurisprudenza pregressa 235
3.2.1. Il *revirement* delle Sezioni Unite 236
3.3. La *quaestio iuris* devoluta: la tesi dominante dell'irrilevanza del concreto vantaggio conseguito dal correo e la critica dei suoi argomenti. 237
3.3.1. Segue: le tensioni con il principio di proporzionalità 239
3.4. L'accertamento del vantaggio del concorrente: un tema di prova processuale 240
3.5. L'estensione dei principi alla fase cautelare 240

PARTE SECONDA
QUESTIONI DI DIRITTO PROCESSUALE

SEZIONE I
SOGGETTI

CAPITOLO I
LESIONI PERSONALI (DIVENUTE) PROCEDIBILI A QUERELA DI PARTE E (INDIRETTE) RICADUTE SULLA COMPETENZA DEL GIUDICE DI PACE *(di Aldo Natalini)* 244
1. La questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite 244
2. Gli argomenti posti a fondamento delle decisioni oggetto di contrasto 244
3. La soluzione recepita dalle Sezioni Unite 246
Indice delle sentenze citate 248

SEZIONE II
ATTI

CAPITOLO I
LA TRADUZIONE DELL'ORDINANZA DI CUSTODIA CAUTELARE NEI CONFRONTI DELL'INDAGATO ALLOGLOTTO *(di Giuseppe Marra)* 249

1. Premessa 249
2. I diversi orientamenti sulla questione devoluta 250
3. La decisione delle Sezioni Unite. 251
4. Altre questioni affermate dalle Sezioni Unite 253
5. Alcune decisioni successive 254
Elenco delle sentenze citate 255

SEZIONE III
PROVE

CAPITOLO I

NOZIONE DI "PROCEDIMENTI ISCRITTI SUCCESSIVAMENTE AL 31 AGOSTO 2020" AI FINI DELL'APPLICABILITÀ DEL "NUOVO" ART. 270 COD. PROC. PEN., NEL TESTO INTRODOTTO DAL D.L. 30 DICEMBRE 2019, N. 161

(di Claudia Terracina) 256
1. L'ordinanza di rimessione 256
2. La vicenda oggetto del ricorso 256
3. Gli orientamenti in contrasto 258
4. La soluzione delle Sezioni Unite 259
Indice delle sentenze citate 262

CAPITOLO II

L'ACQUISIZIONE ALL'ESTERO TRAMITE L'ORDINE EUROPEO DI INDAGINE DEI RISULTATI DELLE INTERCETTAZIONI DISPOSTE DALL'AUTORITÀ GIUDIZIARIA STRANIERA SU PIATTAFORMA INFORMATICA CRIPTATA E CRIPTOFONINI

(di Giuseppe Marra e Valeria Bove) 263
1. Premessa 263
1.1. L'ordinanza di rimessione n. 47798 del 3/11/2023, Gjuzi 263
1.2. L'ordinanza di rimessione n. 2329 del 15/01/2024, Giorgi 264
2. I principi massimati delle due sentenze "gemelle" Sez. U, Gjuzi e Sez. U, Giorgi 265
2.1 La disciplina applicabile 265
2.2. L'acquisizione con o.e.i. da parte del pubblico ministero 266
2.3. Sulla autorizzazione da parte del giudice italiano alla emissione dell'o.e.i 266
2.4. Sulla utilizzabilità del contenuto delle comunicazioni acquisite con o.e.i 266
2.5. Il diritto della difesa di accedere all'algoritmo. 267
2.6. Sulla disciplina di cui all'art. 132 d.lgs. n. 196 del 2003 267
3. Il contenuto delle due decisioni 267
4. Conclusioni. 276
Indice delle sentenze citate 278

SEZIONE IV
MISURE CAUTELARI

CAPITOLO I

LE SEZIONI UNITE SUI POTERI COGNITIVI E ISTRUTTORI DEL GIUDICE DELL'APPELLO CAUTELARE
(di Anna Mauro) 279

1. Premessa 279
2. Le Sezioni Unite Donelli 280
3. Il successivo contrasto giurisprudenziale 282
4. La soluzione offerta dalle Sezioni Unite Galati 283
Indice delle sentenze citate 288

CAPITOLO II

IL RIMEDIO IMPUGNATORIO AVVERSO L'ORDINANZA EMESSA AI SENSI DELL'ART. 300, COMMA 5, COD. PROC. PEN.
(di Giovanni Gallo) 290

1. La questione controversa. 290
2. I contrapposti orientamenti 290
3. Le considerazioni della Suprema Corte. 292
4. La risoluzione del contrasto 294
5. L'elaborazione di un principio generale 294
Indice delle sentenze citate 295

SEZIONE V
INDAGINI PRELIMINARI E UDIENZA PRELIMINARE

CAPITOLO I

LE SEZIONI UNITE IN TEMA DI ABNORMITÀ DELL'ORDINANZA DI RIGETTO DELLA RICHIESTA DI INCIDENTE PROBATORIO PER LA TESTIMONIANZA DELLA PERSONA OFFESA "VULNERABILE"
(di Elena Carusillo) 296

1. Premessa 296
2. Il caso, la questione controversa e l'ordinanza di rimessione. 296
3. Gli orientamenti giurisprudenziali sulla questione. 296
4. La decisione delle Sezioni Unite. 297
Indice delle sentenze citate 300

SEZIONE VI

GIUDIZIO

CAPITOLO I

LA LEGITTIMAZIONE DELLA PARTE CIVILE DOPO L'ACCORDO *EX* ART. 444 COD. PROC. PEN. E LA CONDANNA ALLE SPESE DELL'IMPUTATO PATTEGGIANTE *(di Bruno Giordano)* 301

1. La legittimazione della parte civile nel patteggiamento dopo la conclusione dell'accordo 301

2. L'orientamento contrario alla legittimazione della parte civile a costituirsi **302**

3. Osservazioni critiche sul primo orientamento 303

4. Il secondo orientamento a favore della legittimazione a costituirsi parte civile e del diritto alla rifusione delle spese 303

5. La sentenza della Corte costituzionale n. 443 del 1990 306

6. Il terzo orientamento: la condanna alla rifusione delle spese e la conoscenza dell'accordo sulla pena per la parte civile. 307

7. Conclusioni riassuntive 309

Indice delle sentenze citate 311

SEZIONE VII

IMPUGNAZIONI

CAPITOLO I

RICORRIBILITÀ PER CASSAZIONE DELLA SENTENZA DI NON DOVERSI PROCEDERE *EX* ART. 420-*QUATER* COD. PROC. PEN. PRIMA DEL DECORSO DEL TERMINE DI "IRREVOCABILITÀ" DELLA PRONUNCIA *(di Claudia Terracina)* 312

1. Il quesito sottoposto alle Sezioni Unite 312

2. La sentenza di non doversi procedere per mancata conoscenza della pendenza del processo da parte dell'imputato 312

3. Gli orientamenti in contrasto 313

4. La soluzione delle Sezioni Unite 315

5. L'interesse ad impugnare 316

Indice delle sentenze citate 318

CAPITOLO II

LE SEZIONI UNITE SUL TERMINE A COMPARIRE NEL GIUDIZIO DI APPELLO *(di Caterina Brignone)* 319

1. Il principio affermato dalle Sezioni Unite . . . 319
2. Gli orientamenti in contrasto . . . 319
3. La soluzione prescelta . . . 321
Indice delle sentenze citate . . . 325

CAPITOLO III

IMPUTATO PRESENTE E ONERE DI DEPOSITO, CON L'ATTO DI IMPUGNAZIONE, DELLA DICHIARAZIONE O ELEZIONE DI DOMICILIO. LE SEZIONI UNITE "DE FELICE" SCIOLGONO I DUBBI INTERPRETATIVI
(di Anna Mauro e Bruno Giordano) . . . 326

1. Premessa . . . 326
2. Quadro normativo di riferimento . . . 326
2.1. I lavori preparatori alla legge delega . . . 327
2.2. La legge delega. . . . 327
2.3. La legge delegata . . . 328
2.4. La legge 9 agosto 2024, n. 114 . . . 329
3. Il contrasto di giurisprudenza . . . 330
4. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite De Felice . . . 333
Indice delle sentenze citate . . . 336

CAPITOLO IV

REGOLA DI GIUDIZIO DA APPLICARE AL GIUDIZIO SUGLI INTERESSI CIVILI ALL'ESITO DELLA PRONUNCIA DI PRESCRIZIONE DEL REATO IN APPELLO ALLA LUCE DELLA INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALMENTE CONFORME DELL'ART. 578 COD. PROC. PEN. FORNITA DALLA SENTENZA COSTITUZIONALE N. 182 DEL 2021
(di Claudia Terracina) . . . 338

1. La questione controversa . . . 338
2. La sentenza a Sezioni Unite *Tettamanti* . . . 339
3. La sentenza interpretativa di rigetto n. 182 del 2021 . . . 340
4. La soluzione delle Sezioni Unite . . . 341
Indice delle sentenze citate . . . 344

CAPITOLO V

RESCISSIONE DEL GIUDICATO E MANDATO DI ARRESTO EUROPEO ESECUTIVO: LA GARANZIA DELLA CONSEGNA PER IL DETENUTO ALL'ESTERO
(di Stefania Riccio) . . . 345

1. L'ordinanza di rimessione: un potenziale contrasto interpretativo . . . 345
1.1. L'indirizzo dominante: la decorrenza del termine dalla conoscenza del procedimento. . . . 345
1.2 La tesi del Collegio rimettente: il superamento dell'antinomia con la decisione quadro 2009/299/GAI . . . 346
2. Le modifiche normative della rescissione del giudicato e le questioni di diritto intertemporale 347
3. Le soluzioni delle Sezioni Unite conforme al diritto dell'Unione: la decorrenza del termine dalla consegna del detenuto . . . 348
Indice delle sentenze citate . . . 351

SEZIONE VIII
ESECUZIONE

CAPITOLO I
LA REVOCA DELLA SOSPENSIONE CONDIZIONALE DELLA PENA IN SEDE ESECUTIVA
(di Antonio Gatto) . . . 353
1. Premessa . . . 353
2. La questione controversa . . . 356
3. Il primo indirizzo interpretativo . . . 356
4. Il secondo orientamento esegetico . . . 360
5. La diversa soluzione adottata dalle Sezioni Unite . . . 362
Indice delle sentenze citate . . . 367

PARTE TERZA
QUESTIONI RECENTI IN TEMA DI VIOLENZA DI GENERE E DI VIOLENZA DOMESTICA

(di Valeria Bove e Francesca Zavaglia)
1. Premessa . . . 370
2. La giurisprudenza della Corte sui delitti introdotti dalle normative speciali più recenti . . . 371
2.1. La violazione dei provvedimenti di allontanamento e del divieto di avvicinamento (art. 387-*bis* cod. pen.) . . . 371
2.1.1. La modifica dell'art. 388 cod. pen. . . . 372
2.2. La deformazione dell'aspetto a seguito di lesioni permanenti al viso (art. 583-*quinquies* cod. pen.) . . . 372
2.3. L'illecita diffusione di immagini e video sessualmente espliciti (art. 612-*ter* cod. pen.) . . . 373
3. La giurisprudenza sulle ultime modifiche legislative riguardanti i delitti di violenza di genere e domestica . . . 374
3.1. Maltrattamenti contro familiari o conviventi e delitto di atti persecutori . . . 374
3.2. Reati contro la libertà sessuale . . . 376
4. La subordinazione della sospensione condizionale della pena ai percorsi di recupero . . . 377
5. Le misure di protezione della vittima . . . 379
5.1. L'obbligo di allontanamento dalla casa familiare . . . 379
5.2. Il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa . . . 379
5.3. Le misure precautelari . . . 381
6. Le misure contro il rischio di vittimizzazione secondaria . . . 383
6.1. L'audizione della persona offesa . . . 383
6.2. La valutazione delle dichiarazioni rese . . . 385
7. Il patrocinio a spese dello Stato . . . 386
Indice delle sentenze citate . . . 387

PRESENTAZIONE

La rassegna della giurisprudenza della Corte di cassazione relativa alle decisioni intervenute nel 2024 presenta un nucleo, per così dire, tradizionale, rappresentato dalla grande attenzione dedicata alle decisioni delle Sezioni unite, un'attenzione tanto più doverosa dopo l'introduzione dell'art. 618, comma 1-bis, cod. proc. pen. con il regime di "vincolatività affievolita" da esso stabilito.

Alcuni interventi, poi, hanno analizzato (come, del reato, varie pronunce delle Sezioni unite) l'"assestarsi" delle modifiche introdotte dalla c.d. legge Cartabia.

Una particolare attenzione è stata inoltre riservata ad alcuni temi al centro del dibattito anche dottrinale: è il caso del trattamento sanzionatorio, nei suoi plurimi profili, e della normativa in tema di violenza di genere e di violenza domestica.

La rassegna della giurisprudenza dell'anno 2024 è stata coordinata da Gennaro Sessa con l'ausilio di Michele Toriello; i singoli contributi sono stati curati da Francesco Agnino, Maria Cristina Amoroso, Valeria Bove, Caterina Brignone, Elena Carusillo, Fulvio Filocamo, Giovanni Gallo, Antonio Gatto, Bruno Giordano, Anna Mauro, Giuseppe Marra, Aldo Natalini, Maria Eugenia Oggero, Stefania Riccio, Claudia Terracina, Michele Toriello e Francesca Zavaglia. La rifinitura dell'editing si deve, invece, al personale addetto alla Segreteria dell'Ufficio.

*****

La rassegna delle pronunce intervenute nel 2024 è dedicata al ricordo del collega e amico Andrea Nocera, scomparso lo scorso 2 dicembre. Non sono parole di circostanza ricordare il grande contributo che Andrea ha dato all'Ufficio del Massimario: un contributo di intelligenza e di profonda cultura tecnico-giuridica, che si manifestava prima di tutto (ma non solo) nelle relazioni per le Sezioni unite, l'ultima delle quali – redatta l'anno scorso – lascia una traccia del suo lavoro anche in questa rassegna; un contributo di rigore e di puntualità, che emergeva, ad esempio, nel suo ruolo di revisore; una straordinaria umanità ed empatia, che lo rendeva un punto di riferimento sicuro e affidabile per tutti i colleghi, specialmente i più giovani.

Roma, 15/07/2025

Il Vice Direttore
Angelo Caputo

PARTE PRIMA

QUESTIONI DI DIRITTO SOSTANZIALE

SEZIONE I

LA LEGGE PENALE

CAPITOLO I

LA NON CONVERTIBILITÀ *IN EXECUTIVIS* DELLA PENA DETENTIVA INFLITTA PER UN REATO CHE, DOPO IL GIUDICATO, È STATO DEVOLUTO ALLA COMPETENZA DEL GIUDICE DI PACE

(di Michele Toriello)

SOMMARIO: 1. La questione sottoposta all'esame della Corte. – 2. Inquadramento sistematico. – 3. L'inapplicabilità al caso di specie dell'art. 2, comma terzo, cod. pen. – 4. Il dubbio della legittimità costituzionale dell'art. 2, comma terzo, cod. pen. Riflessioni in merito alla rilevanza della questione. – 5. Riflessioni in merito alla non manifesta infondatezza della questione. Ragionevolezza. – 5.1 (Segue) La possibilità di ritenere "illegale" la pena inflitta dal giudice della cognizione. – 6. La soluzione accolta dalla Corte.

1. La questione sottoposta all'esame della Corte.

La **Prima Sezione**, con **sentenza n. 36890 del 13 giugno 2024, Ungureanu, Rv. 287007-01 e Rv. 287007-02**, ha statuito che «In sede di esecuzione, la pena detentiva legittimamente inflitta *ratione temporis* per il delitto di lesioni volontarie, transitato posteriormente al giudicato nell'astratta competenza del giudice di pace per effetto delle modifiche apportate dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, non può essere convertita in una delle sanzioni previste dall'art. 52 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, poiché, non avendo queste ultime natura esclusivamente pecuniaria, non può trovare applicazione l'art. 2, comma terzo, cod. pen.», ed altresì che «È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost., dell'art. 2, comma terzo, cod. pen., nella parte in cui, consentendo la conversione della pena detentiva solo quando la legge posteriore al giudicato preveda una pena "esclusivamente" pecuniaria, esclude dal suo ambito applicativo il caso in cui detta legge preveda un ventaglio di pene diverse da quella detentiva, tra cui anche quella pecuniaria».

Il caso di specie riguardava due soggetti condannati con sentenza irrevocabile alla pena condizionalmente sospesa di mesi quattro di reclusione per il delitto di lesioni personali semplici, la cui durata era stata inferiore a quaranta giorni.

Il delitto in questione, per effetto della procedibilità a querela introdotta dalla cd. "riforma Cartabia", è transitato nella competenza del giudice di pace, come recentemente confermato da **Sez. U, n. 12759 del 14/12/2023, dep. 2024, L. Rv. 286153-01**.

I condannati si erano, pertanto, rivolti al giudice dell'esecuzione, chiedendo, ai sensi dell'art. 2, comma terzo, cod. pen., di sostituire la pena inflitta, divenuta a loro avviso «illegale», con una delle sanzioni previste dall'art. 52, comma 2, lett. b), d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274; avverso il provvedimento di rigetto reso dal giudice dell'esecuzione presentavano ricorso per cassazione, denunciando l'erronea applicazione della legge penale, ritenendo che il caso di specie rientrasse nell'ambito operativo dell'art. 2, comma terzo, cod. pen.; in subordine, chiedevano sollevarsi questione di legittimità costituzionale dell'appena indicata

disposizione, nella parte in cui non prevede che la pena detentiva inflitta dal giudice della cognizione debba essere convertita *in executivis* in tutte le ipotesi in cui la legge posteriore punisca il reato (non solo con la pena pecuniaria, ma anche) con una delle sanzioni previste dagli artt. 52 ss. del d.lgs. n. 274 del 2000.

2. Inquadramento sistematico.

L'art. 2, comma 1, lett. b), d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 ha riscritto l'art. 582 cod. pen., operando, quanto al regime di procedibilità, un capovolgimento del precedente rapporto regola/eccezione: nell'attuale testo della norma incriminatrice, invero, la punibilità a querela del delitto di lesioni personali è la regola (primo comma), mentre la perseguibilità d'ufficio è diventata l'eccezione (secondo comma, prima parte), con una "eccezione dell'eccezione", e dunque con un ritorno alla procedibilità a querela, nei casi di cui all'art. 577, comma primo, n. 1), e comma secondo, cod. pen.

Il d.lgs. n. 150 del 2022 non ha, invece, modificato l'art. 4, comma 1, lett. a), d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, a mente del quale il giudice di pace è competente per il delitto, consumato o tentato, di cui all'art. 582 cod. pen., «limitatamente alle fattispecie di cui al secondo comma perseguibili a querela di parte, ad esclusione dei fatti commessi contro uno dei soggetti elencati dall'articolo 577, secondo comma, ovvero contro il convivente».

Chiamate a chiarire in quali termini il mutato regime di procedibilità abbia inciso sulla ripartizione di competenza tra tribunale ordinario e giudice di pace – posto che il capoverso dell'art. 582 cod. pen., al quale fa riferimento la norma attributiva della competenza al giudice di pace, non contiene più il pregresso riferimento ai casi nei quali «la malattia ha una durata non superiore ai venti giorni», ma si limita ad elencare i casi nei quali il reato è procedibile di ufficio, e le scarne eccezioni alla regola -, le Sezioni Unite hanno statuito che «Appartiene al giudice di pace, dopo l'entrata in vigore delle modifiche introdotte dall'art. 2, comma 1, lett. b), d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, la competenza per materia *ex* art. 4, comma 1, lett. a), d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 in ordine al delitto di lesione personale di cui all'art. 582 cod. pen., nei casi procedibili a querela, anche quando comporti una malattia di durata superiore a venti giorni e fino a quaranta giorni, fatte salve le ipotesi espressamente escluse dall'ordinamento. (In motivazione la Corte ha precisato che, relativamente ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2022, l'applicazione delle pene previste dal d.lgs. n. 274 non è automatica, potendo risultare in concreto più favorevole il trattamento sanzionatorio comminato per i reati di competenza del tribunale in caso di concedibilità della sospensione condizionale della pena e secondo una valutazione da compiere di volta in volta alla luce della singola vicenda processuale)» (**Sez. U, n. 12759 del 14/12/2023, dep. 2024, L., Rv. 286153**).

In ossequio al *dictum* delle Sezioni Unite deve, dunque, concludersi nel senso che, a decorrere dal 30 dicembre 2022, data di entrata in vigore della cd. "riforma Cartabia", il delitto di lesioni personali che abbia cagionato una malattia della durata compresa tra 21 e 40 giorni, già di competenza del giudice ordinario, rientra tra gli affari attribuiti alla competenza del giudice di pace, salve le eccezioni previste dalla legge

Da ciò consegue che, per effetto dell'art. 52, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 274 del 2000, il delitto in oggetto, già punito con la pena della reclusione da sei mesi a tre anni, è oggi sanzionato con «la pena pecuniaria della specie corrispondente da lire un milione a cinque milioni o la pena della permanenza domiciliare da quindici giorni a quarantacinque giorni ovvero la pena del lavoro di pubblica utilità da venti giorni a sei mesi».

Il nuovo regime sanzionatorio è certamente applicabile ai procedimenti che erano in corso di svolgimento al 30 dicembre 2022: cfr., *ex plurimis*, **Sez. 5, n. 12517 del 10/01/2023,**

Cinquina, Rv. 284375-01, che ha annullato con rinvio, limitatamente al trattamento sanzionatorio, la sentenza che ha condannato alla pena di mesi sei di reclusione l'imputato tratto a giudizio per rispondere del delitto di lesioni personali.

Ci si chiede se la più mite cornice edittale sopravvenuta possa trovare applicazione, ai sensi dell'art. 2, comma terzo, cod. pen., anche nei procedimenti che, come quello di specie, sono stati definiti prima del 30 dicembre 2022; in subordine, ci si chiede se vi siano margini per sollevare questione di legittimità costituzionale del medesimo art. 2, comma terzo, cod. pen., nella parte in cui non prevede che il giudice dell'esecuzione debba convertire la pena detentiva inflitta dal giudice della cognizione non solo quando la legge sopravvenuta abbia introdotto una sanzione pecuniaria, ma anche in tutte le ipotesi in cui la legge posteriore l'abbia sostituita con una delle sanzioni previste dagli artt. 52 ss. del d.lgs. n. 274 del 2000.

Esula, dunque, dall'oggetto della presente riflessione il caso in cui il procedimento sia stato definito in data successiva al 30 dicembre 2022, senza che, tuttavia, siano state applicate le sanzioni previste dagli artt. 52 ss. del d.lgs. n. 274 del 2000: ci si può, in proposito, limitare a rammentare che, quando l'applicazione del più mite trattamento sanzionatorio avrebbe potuto e dovuto formare oggetto di una questione da sottoporre al giudice della cognizione, l'emendabilità *in executivis* della pena potrebbe trovare un ostacolo nel tradizionale orientamento secondo cui la disciplina di cui agli artt. 671, 630, comma 1, lett. c) e 625 *bis* cod. proc. pen. preclude un intervento sul giudicato nelle ipotesi in cui l'aspetto che si vorrebbe devolvere al giudice dell'esecuzione non sia stato devoluto al giudice della cognizione (cfr., *ex plurimis*, Corte cost., sent. n. 57 del 27 gennaio 2016: «[..] questa Corte ha chiaramente escluso che siano proponibili in sede di esecuzione questioni ormai precluse, perché avrebbero dovuto essere proposte nel giudizio di cognizione»); le Sezioni Unite hanno, tuttavia, puntualizzato che «la condanna a pena illegittima, contenuta in una sentenza non ritualmente impugnata, non può essere rettificata in sede esecutiva, salvo che sia configurabile un'ipotesi di assoluta abnormità della sanzione; la pena sia frutto di un errore macroscopico non giustificabile e non di una argomentata, pur discutibile, valutazione; la sanzione sia oggetto di palese errore di calcolo, in grado di comportarne la sostanziale illegalità» (così Sez. U, n. 47766 del 26/06/2015, Butera, Rv. 265108-01, dalla quale è stata tratta la seguente massima: «L'illegalità della pena, derivante da palese errore giuridico o materiale da parte del giudice della cognizione, privo di argomentata valutazione, ove non sia rilevabile d'ufficio in sede di legittimità per tardività del ricorso, è deducibile davanti al giudice dell'esecuzione, adito ai sensi dell'art. 666 cod. proc. pen.»).

3. L'inapplicabilità al caso di specie dell'art. 2, comma terzo, cod. pen.

L'art. 14 legge 24 febbraio 2006, n. 85, ha, com'è noto, inserito un nuovo terzo comma nell'art. 2 cod. pen., del seguente tenore: «Se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell'articolo 135».

La disposizione si occupa di un particolare caso di successione di norme modificative, introducendo una deroga al principio dell'intangibilità del giudicato previsto in via generale dal successivo quarto comma («Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile»); essa accompagnò le modifiche che la stessa legge n. 85 del 2006 apportò, mitigandolo, al trattamento sanzionatorio di alcune fattispecie di reato contro la personalità dello Stato (artt. 290, 291, 292 e 299 cod. pen.), contro la pubblica amministrazione (art. 342 cod. pen.) e contro il sentimento religioso (artt. 403 e 404 cod. pen.), precludendo l'esecuzione di una pena detentiva irrogata in relazione a

reati che la rinnovata valutazione del legislatore aveva portato a punire con una pena solo pecuniaria.

La novella ha senz'altro restituito ragionevolezza al sistema, imponendo che la valutazione di minor disvalore compiuta dall'ordinamento venga rispettata anche nella fase esecutiva: ed invero, ove venisse eseguita la condanna a pena detentiva inflitta per un fatto che, pur continuando a rimanere penalmente illecito, è stato investito da una così rilevante modifica della cornice edittale, sarebbe fondato dubitare della conformità ai principi costituzionali del trattamento penale di quel condannato, soprattutto se confrontato a quello del soggetto condannato solo ad una pena pecuniaria per aver commesso quel medesimo fatto dopo l'entrata in vigore della *lex mitior*.

La formulazione letterale dell'art. 2, comma terzo, cod. pen. induce ad escludere che detta norma possa disciplinare un caso del tipo di quello di specie: pur potendosi senz'altro ritenere che la disposizione in commento operi anche nei casi nei quali una legge posteriore abbia solo indirettamente comportato l'assoggettamento di un reato a pena solo pecuniaria, incidendo direttamente su un aspetto – di natura sostanziale o di natura processuale – diverso da quello sanzionatorio (ad esempio, la competenza), appare decisiva la circostanza secondo cui il trasferimento al giudice di pace della competenza per il delitto di lesioni personali dal quale sia derivata una malattia della durata compresa tra 21 e 40 giorni ha comportato la sostituzione della già prevista pena detentiva (reclusione da sei mesi a tre anni) non con una pena «esclusivamente» pecuniaria, ma con un ventaglio di possibili soluzioni: pena pecuniaria, ovvero lavoro di pubblica utilità, ovvero ancora permanenza domiciliare.

Il contenuto della permanenza domiciliare, che, tra le sanzioni irrogabili dal giudice di pace, è quella che possiede il più elevato tasso di afflittività, è descritto dall'art. 53 del d.lgs. n. 274 del 2000: essa «comporta l'obbligo di rimanere presso la propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in un luogo di cura, assistenza o accoglienza nei giorni di sabato e domenica» (ovvero negli altri giorni, anche continuativi, individuati dal giudice in ragione delle «esigenze familiari, di lavoro, di studio o di salute del condannato»); ha una durata non inferiore a 6 giorni e non superiore a 45 giorni; può essere accompagnata, ove il giudice lo ritenga necessario, dal «divieto di accedere a specifici luoghi» nei giorni in cui il reo non è obbligato alla permanenza domiciliare.

Pur prescrivendo il capoverso dell'art. 53 cit. che il condannato costretto alla permanenza domiciliare «non è considerato in stato di detenzione», l'art. 58, comma 1, del d.lgs. n. 274 del 2000 dispone espressamente che «Per ogni effetto giuridico la pena dell'obbligo di permanenza domiciliare e il lavoro di pubblica utilità si considerano come pena detentiva della specie corrispondente a quella della pena originaria»; come ha osservato Corte cost., sent. n. 2 del 14 gennaio 2008, «si tratta di una norma di natura speciale, cioè appositamente dettata per i reati di competenza del giudice di pace, sorretta da una ratio unitaria e mirata ad omologare i reati in questione, quando siano per essi previste anche le pene "para-detentive", alla generalità dei reati puniti con pene detentive».

Fin dalle prime applicazioni della norma, la giurisprudenza di legittimità ha ribadito la natura di pena para-detentiva tanto della permanenza domiciliare quanto del lavoro di pubblica utilità, poiché esse comportano una privazione, sia pure attenuata, della libertà personale, e sono dalla legge parificate, ad ogni effetto giuridico, alle pene detentive.

Sez. 4, n. 25946 del 29/04/2003, Mayr, Rv. 225853-01, trattando il ricorso dell'imputato del reato di guida in stato di ebbrezza al quale il giudice di appello – riformando la sentenza di primo grado che l'aveva condannato alla pena di giorni 20 di arresto e £ 1.000.00 di ammenda, convertita la pena detentiva in quella sostitutiva di £ 1.500.000 di

ammenda – aveva irrogato la pena di giorni 40 di permanenza domiciliare, ravvisò una palese violazione del divieto di *reformatio in peius*, annullando senza rinvio la sentenza di appello, rilevando che «Non vi è dubbio che, stante la conversione della pena detentiva in pecuniaria, ai sensi dell'art. 53 legge n. 689/81, riconosciuta dal giudice di primo grado, con riferimento all'epoca del commesso reato, la pena della permanenza domiciliare di cui all'art. 53 d.lgs. n. 274/2000, determinata dal giudice di appello, va ritenuta come maggiormente affittiva, comportando una privazione della libertà personale, non raffigurabile nella pena sostitutiva [..] Esaminando le conseguenze concrete ed immediate, la pena della permanenza domiciliare comporta inevitabilmente una privazione, ancorché attenuata, della libertà personale, ed è più gravosa rispetto ad altra sanzione che, invece, incide sulla sfera patrimoniale dell'imputato. La maggiore afflittività della pena è dimostrata anche dal contenuto dell'art. 62 d. lgs. 28.8.2000 n. 274, che non ne consente la conversione con le sanzioni sostitutive previste dall'art. 53 legge n. 689/1981, ritenute, pertanto, dal legislatore più favorevoli per il reo».

Analoghi principi possono trarsi dalle pronunce che hanno ritenuto applicabile ai reati attribuiti alla competenza del giudice di pace l'oblazione facoltativa di cui all'art. 162 bis cod. pen. (cfr., *ex plurimis*, Sez. 4, n. 17610 del 04/02/2004, Seghezzi, Rv. 228179-01: «Nelle contravvenzioni attribuite alla competenza del giudice di pace sanzionate con l'ammenda ovvero, in via alternativa, con la permanenza domiciliare o con il lavoro di pubblica utilità è applicabile l'oblazione speciale prevista dall'art. 162-bis cod. pen. e non l'oblazione di cui all'art. 162 stesso codice, in quanto, trattandosi di sanzioni che l'art. 58 comma primo del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, parifica ad ogni effetto giuridico alle pene detentive, il reato stesso deve ritenersi punito con pena alternativa, detentiva o pecuniaria»), e da quelle che, in tema di prescrizione, hanno statuito che «Ai fini della determinazione del tempo necessario per la prescrizione delle contravvenzioni attribuite alla cognizione del giudice di pace, punite con la pena pecuniaria o, in alternativa, con le sanzioni cosiddette paradetentive, deve farsi riferimento all'art. 157, comma primo, n. 5 cod. pen., che per le contravvenzioni punite con la pena dell'arresto determina il termine prescrizionale in tre anni e ciò in forza della disposizione contenuta nell'art. 58, comma secondo, d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, secondo cui per ogni effetto giuridico la pena dell'obbligo di permanenza domiciliare e il lavoro di pubblica utilità si considerano come pena detentiva della specie corrispondente a quella della pena originaria» (**Sez. 4, n. 11493 del 18/11/2003, dep. 2004, Cecconi, Rv. 228028-01**).

Queste considerazioni inducono, dunque, a ritenere che il caso di specie esuli dal campo di applicazione dell'art. 2, comma terzo, cod. pen., che consente di travolgere il giudicato nel solo caso in cui la cornice edittale sopravvenuta, introdotta per un reato già punito con sanzione detentiva, «prevede esclusivamente la pena pecuniaria»: situazione che, nel caso di specie, non ricorre, potendo il giudice di pace irrogare sanzioni diverse ed ulteriori rispetto alle pene pecuniarie, sanzioni che, per un verso, privano il condannato (sia pure in maniera più blanda) della libertà personale, e, per altro verso, si considerano «per ogni effetto giuridico» «come pena detentiva della specie corrispondente a quella della pena originaria», come prescritto dall'art. 58 del d.lgs. n. 274 del 2000.

4. Il dubbio della legittimità costituzionale dell'art. 2, comma terzo, cod. pen. Riflessioni in merito alla rilevanza della questione.

I ricorrenti hanno, come si è detto, sollecitato la Corte a sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma terzo, cod. pen., evidenziando che «il ventaglio di opzioni sanzionatorie applicabili dal giudice di pace è comunque impostato sulla assenza di pene

detentive in senso stretto (anche per quanto riguarda la permanenza domiciliare e il lavoro di pubblica utilità), il che potrebbe determinare la violazione di principi costituzionali in punto di ragionevolezza e di modalità della punizione, con compromissione del finalismo rieducativo di cui all'art. 27 Cost».

Ebbene, in punto di rilevanza della questione, si deve rilevare che, ove si identifichi il presupposto ricavabile dall'art. 23, comma secondo, legge 11 marzo 1953, n. 87, con la semplice potenziale influenza della questione sulla sorte del giudizio *a quo* (cfr. Corte cost., ord. n. 282 del 20 maggio 1998: «La corretta instaurazione del giudizio costituzionale postula l'esistenza di un effettivo e concreto rapporto di strumentalità fra la risoluzione della questione di legittimità costituzionale e la definizione del giudizio principale», sicché, come tra le altre chiarito da Corte cost., sent. n. 48 del 23 febbraio 2021, «il presupposto della rilevanza non si identifica necessariamente con l'utilità concreta di cui le parti in causa potrebbero beneficiare a seguito della decisione di accoglimento»), esso dovrebbe certamente essere riconosciuto sussistente nel caso di specie.

Ove, invece, seguendo un orientamento che pare comunque oramai abbandonato dalla giurisprudenza costituzionale, volesse intendersi la rilevanza quale interesse sostanziale della parte a sollevare l'incidente di costituzionalità (cfr., ad esempio, Corte cost., ord. n. 66 del 21 febbraio 2011: «La questione di legittimità costituzionale sollevata è inammissibile per difetto di rilevanza, atteso che l'accoglimento della stessa [..] non potrebbe comunque soddisfare la pretesa del soggetto ricorrente nel giudizio principale [..]»; cfr. anche Corte cost., sent. n. 184 del 20 aprile 2006, che ha ritenuto che la questione difetti di rilevanza laddove il rimettente non possa avvalersi nel processo *a quo* del pronunciamento della Corte), si potrebbe dubitare della concreta rilevabilità di questo requisito, essendo stato ad entrambi gli imputati concesso dal giudice della cognizione il beneficio della sospensione condizionale della pena: potrebbe, invero, sostenersi che la posizione giuridica dei ricorrenti non potrebbe essere avvantaggiata dall'eventuale accoglimento della questione di legittimità costituzionale, poiché, a fronte di una pena di natura detentiva la cui esecuzione è stata tuttavia sospesa, l'invocata rideterminazione *in executivis* potrebbe comportare l'applicazione di una pena para-detentiva, quale quella della permanenza domiciliare, insuscettibile – ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. n. 274 del 2000 – di essere condizionalmente sospesa.

Vale evidenziare che, proprio per questo motivo, la stessa recentissima pronuncia del massimo collegio della nomofilachia innanzi citata ha escluso che il nuovo assetto, che prevede la competenza del giudice di pace per il reato di lesioni personali che abbia cagionato una malattia della durata compresa tra 21 e 40 giorni, possa ritenersi sempre e comunque più favorevole al reo: nelle motivazioni della sentenza n. 12759/2024 può, invero, leggersi che «Il principio di diritto appena enunciato richiede una precisazione ai fini della sua applicazione relativamente ai fatti commessi prima della data di entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2022, ossia prima del 30 dicembre 2022. In forza dell'indicato principio, infatti, deve ritenersi che l'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2022 abbia determinato un mutamento della competenza per i fatti di lesione personale procedibili a querela comportanti una malattia di durata superiore a venti giorni e fino a quaranta giorni, salvo le ipotesi espressamente escluse: per questi fatti, fino a quel momento, era competente il tribunale e non il giudice di pace. Ora, in ordine ai fatti commessi fino al 29 dicembre 2022, se l'azione penale è stata esercitata entro il medesimo 29 dicembre 2022, permane la competenza del tribunale in applicazione del criterio della *perpetuatio iurisdictionis*, da tempo affermato dalla giurisprudenza di legittimità (Sez. 4, n. 49304 del 17/09/2004. Della Vista, Rv. 230377-01; Sez. 5, n. 2117 del 04/02/1997, Celani, Rv. 207002-01; Sez. 1, n. 681 del 02/02/1994, Dalla Guardia, Rv. 196866-01), e ribadito dalle Sezioni Unite anche in materia di rapporti tra tribunale e giudice di pace (cfr. Sez. U,

n. 28908 del 27/09/2018, dep. 2019, Balais, Rv. 275869-01, e Sez. U, n. 28909 del 27/09/2018, dep. 2019, Treskine, Rv. 275870-01). Occorre tuttavia precisare [..] che la modifica della competenza incide sull'individuazione del trattamento sanzionatorio da applicare. La soluzione non sarà, però, automaticamente quella dell'applicazione delle sanzioni previste per i reati di competenza del giudice di pace, potendo risultare in concreto più favorevole anche il regime "ordinario", in caso di concedibilità della sospensione condizionale della pena, e secondo una valutazione da compiere di volta in volta, alla luce della singola vicenda processuale. Alle medesime conclusioni, peraltro, deve giungersi anche relativamente ai fatti di identica tipologia commessi entro il 29 dicembre 2022, e per i quali, però, l'azione penale sia stata esercitata in data successiva. A prescindere da ogni altra considerazione, la competenza del tribunale per tali fatti discende dal divieto di retroattività di disposizioni penali sfavorevoli. Invero, i fatti di lesione personale perseguibili a querela e comportanti una malattia tra i ventuno ed i quaranta giorni commessi prima del 30 dicembre 2022, al momento della loro consumazione, erano soggetti al trattamento sanzionatorio previsto per i reati di competenza del tribunale. Di conseguenza, in caso di concedibilità della sospensione condizionale della pena, occorre valutare se, per gli stessi, il trattamento sanzionatorio più favorevole in concreto sia quello ordinario con il beneficio di cui all'art. 163 cod. pen., o quello previsto per i reati di competenza del giudice di pace. E questa valutazione può essere compiuta solo dal tribunale. Occorre ricordare, infatti, che, mentre il tribunale può applicare anche le sanzioni previste per i reati di competenza del giudice di pace, a norma dell'art. 63 d.lgs. n. 274 del 2000, il giudice di pace non può disporre quelle irrogabili dal tribunale».

5. Riflessioni in merito alla non manifesta infondatezza della questione. Ragionevolezza.

Il giudizio relativo alla non manifesta infondatezza della questione può essere sviluppato principalmente intorno a tre aspetti: la ragionevolezza della limitazione dell'ambito operativo dell'art. 2, comma terzo, cod. pen. ai soli casi nei quali la pena sopravvenuta sia esclusivamente pecuniaria; la possibilità di ritenere "illegale" la pena della cui esecuzione si tratta, o comunque di rimuovere in sede esecutiva l'irragionevole disparità di trattamento tra chi sia stato definitivamente giudicato prima e chi sia stato giudicato dopo l'entrata in vigore della cd. riforma Cartabia; infine, le possibili frizioni dell'attuale sistema con la finalità rieducativa della pena.

Quanto al primo aspetto, secondo il risalente ma ancora attuale insegnamento del Giudice delle leggi, «il giudizio di ragionevolezza, lungi dal comportare il ricorso a criteri di valutazione assoluti e astrattamente prefissati, si svolge attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti» (Corte cost., sent. n. 1130 del 14 dicembre 1988).

Ciò posto, potrebbe osservarsi che, poiché con l'art. 2, comma terzo, cod. pen. il legislatore si è prefisso lo scopo di impedire l'esecuzione della pena detentiva irrogata per un reato che, alla luce di una rinnovata valutazione della sua effettiva gravità, non è più punito con la reclusione o con l'arresto, parrebbe ragionevole consentire il travolgimento del giudicato in tutti i casi nei quali la nuova cornice edittale non consenta l'irrogazione di sanzioni di natura detentiva: si restituirebbe, così, maggiore coerenza al sistema, allargando l'ambito operativo della norma in oggetto fino a ricomprendere ogni ipotesi che non contempli più l'esecuzione della pena in ambiente carcerario.

Potrebbe, altresì, cogliersi un indizio della ragionevolezza e della coerenza sistematica di questo diverso assetto dalla lettura dell'art. 58, commi 2 e 3, del d.lgs. n. 274 del

2000, che già prevedono un meccanismo di sostituzione della pena detentiva in una delle pene irrogabili dal giudice di pace: ed invero, nell'assetto che verrebbe a delinearsi per effetto dell'accoglimento della questione, il giudice dell'esecuzione prima rideterminerebbe la pena – in ossequio al generale principio che lo vuole libero di procedere alla nuova commisurazione della pena in relazione al mutato parametro legale di riferimento: cfr., da ultimo, Sez. 1, n. 22215 del 10/01/2022, Valeriani, Rv. 283122-01 – individuando quella più adeguata al caso di specie tra le sanzioni previste dagli artt. 52 ss. del d.lgs. n. 274 del 2000 (multa, permanenza domiciliare o lavoro di pubblica utilità), e poi procederebbe alla conversione della pena detentiva inflitta in sede di cognizione, utilizzando i parametri indicati dal successivo art. 58 («2. Quando per qualsiasi effetto giuridico si deve eseguire un ragguaglio tra la pena detentiva e le pene di cui agli articoli 53 e 54, un giorno di pena detentiva equivale a due giorni di permanenza domiciliare o tre giorni di lavoro di pubblica utilità. 3. Un giorno di pena detentiva equivale a lire settantacinquemila di pena pecuniaria irrogata in luogo della pena detentiva a norma dell'articolo 52»).

Deve, però, rilevarsi che, all'epoca dell'entrata in vigore della legge n. 85 del 2006 (che, come detto, introdusse nell'art. 2 cod. pen. la disposizione della cui legittimità costituzionale si dubita), l'ordinamento penale non prevedeva unicamente pene detentive e pene pecuniarie, poiché – superando l'impostazione del codice Rocco, imperniata sull'efficacia general preventiva della sola pena detentiva – il legislatore aveva già introdotto tanto le sanzioni sostitutive alla detenzione irrogabili dal giudice ordinario nella fase processuale della cognizione (cfr., in particolare, l'art. 53, comma 1, legge 24 novembre 1981, n. 689: «Il giudice, nel pronunciare sentenza di condanna, quando ritiene di dover determinare la durata della pena detentiva entro il limite di sei mesi può sostituire tale pena con la semidetenzione; quando ritiene di doverla determinare entro il limite di tre mesi può sostituirla anche con la libertà controllata; quando ritiene di doverla determinare entro il limite di un mese può sostituirla altresì con la pena pecuniaria della specie corrispondente»), quanto le illustrate sanzioni para-detentive irrogabili dal giudice di pace (la permanenza domiciliare ed il lavoro di pubblica utilità di cui agli artt. 53 e 54 del d.lgs. n. 274 del 2000): pare, allora, corretto ritenere non solo certamente consapevole, ma anche non manifestamente irragionevole, e dunque insindacabile, la scelta del legislatore del 2006 che, in un contesto caratterizzato dalla progressiva attenuazione del primato della pena detentiva, ha deciso, nel legittimo esercizio della propria discrezionalità, di limitare la flessibilità del giudicato ai soli casi nei quali la rinnovata valutazione di minore gravità del reato abbia portato a sanzionarlo con una pena «esclusivamente pecuniaria», non prevedendo la possibilità di un intervento emendativo *in executivis* nei casi nei quali – consentendo la nuova cornice edittale l'irrogazione (anche) di pene para-detentive – la pena pecuniaria costituisca solo uno dei possibili epiloghi sanzionatori.

La ragionevolezza del sistema delineato dal legislatore del 2006, che esclude dall'ambito di applicazione dell'art. 2, comma terzo, cod. pen. le pene comminabili dal giudice di pace, può altresì essere argomentata dando continuità alle riflessioni sviluppate da Sez. U, n. 47766 del 26/06/2015, Butera, Rv. 265109-01, secondo cui «L'illegalità della pena, derivante dall'omessa erronea applicazione da parte del tribunale delle sanzioni previste per i reati attribuiti alla cognizione del giudice di pace, non è deducibile innanzi al giudice dell'esecuzione, giacché la richiesta rimodulazione della pena comporta una valutazione complessiva di tutti i parametri di commisurazione del trattamento sanzionatorio, del tutto eccentrica rispetto all'ambito di intervento del giudice dell'esecuzione. (Nella fattispecie il Tribunale, incompetente funzionalmente, aveva applicato per il delitto di lesioni la pena della reclusione in luogo della sanzione prevista dall'art. 52 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274

per i reati attribuiti al giudice di pace)»: la ragionevolezza della contestata scelta legislativa discenderebbe dall'eccessiva ampiezza dei poteri che dovrebbero essere riconosciuti al giudice dell'esecuzione chiamato a rideterminare la pena detentiva sostituendola con una delle pene irrogabili dal giudice di pace, dovendosi ritenere – come affermato in quella occasione dalle Sezioni Unite, alle quali si chiedeva di rimuovere *in executivis* l'illegalità della pena derivante dal non avere il tribunale applicato, così come avrebbe dovuto fare, le sanzioni previste per un reato attribuito alla cognizione del giudice di pace – che in un caso del genere è «l'intero modello sanzionatorio a dover essere rielaborato, con scelte che attengono alle attribuzioni tipiche del giudice del merito. L'art. 52, comma 2, lettera b), d.lgs. n. 274 del 2000, prevede, infatti, che, quando il reato – come nel caso di specie – è punito con la sola pena della reclusione o dell'arresto, si applica la pena pecuniaria della specie corrispondente da euro 516 a euro 2.582 o la pena della permanenza domiciliare da quindici giorni a quarantacinque giorni ovvero la pena del lavoro di pubblica utilità da venti giorni a sei mesi. Dunque, il giudice che applica quel modello sanzionatorio e gli istituti processuali correlati di cui innanzi si è detto, è chiamato ad effettuare una valutazione contenutistica di tutti i parametri di commisurazione del trattamento sanzionatorio alla luce delle risultanze processuali, operando le conseguenti determinazioni, non soltanto sulla quantità del trattamento, ma anche sulla specie della sanzione da applicare, tenendo anche conto delle richieste dello stesso imputato, dal momento che il lavoro di pubblica utilità può essere applicato solo su richiesta dell'imputato, a norma dell'art. 54, comma 1, del d. lgs. n. 274 del 2000. Ne deriva, pertanto, che una simile rimodulazione della pena, lungi dal porsi come mera opera di nuova commisurazione o sostituzione matematicamente scontata, rispetto a quello che costituisce oggetto del trattamento illegale applicato dal giudice della cognizione, si pone quale complessivo nuovo giudizio, del tutto eccentrico rispetto al pur accresciuto ambito entro il quale può trovare spazio l'intervento del giudice della esecuzione».

5.1. (Segue) La possibilità di ritenere "illegale" la pena comminata dal giudice della cognizione.

Quanto alla possibilità di ritenere "illegale" la pena comminata dal giudice della cognizione, ed alla conseguente inevitabile tensione con il principio costituzionale della finalità rieducativa della pena, valgano le seguenti considerazioni.

Il principio di retroattività della norma penale più favorevole, pur avendo rango diverso dal principio d'irretroattività della norma incriminatrice o comunque in concreto peggiorativa della situazione giuridica dell'imputato (espressamente sancito da norme ineludibili: cfr. l'art. 25 Cost. e gli artt. 2 e 200 cod. pen.), non è privo di un fondamento costituzionale, tradizionalmente individuato per un verso nel principio di uguaglianza, in ossequio al quale l'*abolitio criminis* e la modifica mitigatrice della legge penale, disposte dal legislatore a seguito di una mutata valutazione del disvalore del fatto tipico, devono riverberarsi anche a vantaggio di coloro che hanno posto in essere la condotta in un momento anteriore alla novella, salvo che, in senso opposto, ricorra una sufficiente ragione giustificativa (sicché la retroattività della *lex mitior* è «suscettibile di limitazioni e deroghe», che, tuttavia, «devono giustificarsi in relazione alla necessità di preservare interessi contrapposti di analogo rilievo»: così, *ex plurimis*, Corte cost., sent. n. 215 del 18 giugno 2008), e, per altro verso, nell'art. 117, comma primo, Cost., in riferimento all'art. 7 Cedu, parametro che, comunque, non attribuisce al principio di retroattività *in mitius* carattere assoluto e inderogabile, potendo esso, anche sotto questo profilo, subire «deroghe o limitazioni» (Corte cost., sent. n. 236 del 19 luglio 2011).

La forza retroattiva della legge penale favorevole non è, dunque, assoluta: tuttavia, in ragione della peculiare rilevanza dell'interesse tutelato, dimostrata dal grado di protezione accordatogli dal diritto interno, come pure dalla sua appartenenza alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri dell'Unione europea (Corte di giustizia, sentenza 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02) e al diritto internazionale (art. 15, comma primo, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici adottato a New York il 16 dicembre 1966, ratificato e reso esecutivo con legge 25 ottobre 1977, n. 881), le possibili limitazioni e deroghe previste dalla legge ordinaria devono trovare adeguata e ragionevole giustificazione – come può leggersi nelle motivazioni di Corte cost., sent. n. 393 del 23 ottobre 2006 – nell'esigenza di tutelare «interessi di analogo rilievo (quali – a titolo esemplificativo – quelli dell'efficienza del processo, della salvaguardia dei diritti dei soggetti che, in vario modo, sono destinatari della funzione giurisdizionale, e quelli che coinvolgono interessi o esigenze dell'intera collettività nazionale connessi a valori costituzionali di primario rilievo; cfr. sentenze n. 24 del 2004; n. 10 del 1997, n. 353 e n. 171 del 1996; n. 218 e n. 54 del 1993)».

È alla luce di questi generali principi che deve essere vagliata la potenziale illegalità sopravvenuta della pena della reclusione definitivamente irrogata prima dell'entrata in vigore delle disposizioni che hanno assoggettato il delitto a sanzioni diverse da quella detentiva.

Come è noto, nel nostro ordinamento è stato di recente inserito un espresso riferimento alla «pena illegale» (cfr. l'art. 448, comma 2-*bis*, cod. proc. pen.), senza che, tuttavia, siano state fornite indicazioni idonee a riempire il sintagma di contenuti concreti.

Occorre, dunque, volgere lo sguardo alla incessante elaborazione della giurisprudenza, che da decenni si confronta con l'istituto, ritenendolo diretta promanazione del principio di legalità, cardine dell'ordinamento convenzionale e del nostro sistema penale.

L'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la cui rubrica recita «*Nulla poena sine lege*», dopo aver sancito che «Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale», prescrive, al secondo periodo del primo comma, che «Non può essere inflitta una pena più grave di quella che sarebbe stata applicata al tempo in cui il reato è stato consumato».

La Corte EDU ha più volte ribadito la «posizione preminente» nel sistema delle garanzie convenzionali del principio di legalità, e la conseguente necessità di garantirne una «protezione effettiva contro le azioni penali, le condanne e le sanzioni arbitrarie» (Grande Camera, 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna), chiarendo altresì che la norma in questione «non si limita a proibire l'applicazione retroattiva del diritto penale a detrimento dell'imputato», ma consacra in via generale «il principio di legalità in ordine ai diritti e alle pene, e quello che impone la non applicazione estensiva o analogica della legge penale a detrimento dell'imputato: ne deriva che un illecito deve essere definito dalla legge in modo chiaro» (25 maggio 1993, Kokkinakis c. Grecia; 7 febbraio 2002, E.K. c. Turchia; 29 marzo 2006, Achour c. Francia): ha, pertanto, in plurime occasioni, posto l'accento sulla necessità di rispettare – non solo in relazione al precetto penale, ma anche in relazione alla sanzione ricollegata alla sua violazione – gli indispensabili presidi della irretroattività, della accessibilità e della prevedibilità, ritenendo violato il principio di legalità della pena tutte le volte in cui la normativa nazionale non consenta al destinatario di conoscere, al momento della commissione del reato, la reale ampiezza della cornice edittale all'interno della quale verrà determinata la pena, e, dunque, di calcolare le conseguenze del proprio agire (22 gennaio 2013, Camilleri c. Malta; 8 luglio 1999, Baskaya e Oçkuoglu c. Turchia; Grande Camera, 12 febbraio 2008, Kafkaris c. Cipro).

In una declinazione più ampia, il principio di legalità della pena si rinviene nel citato art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, il quale, oltre a prevedere espressamente il canone del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, impone anche l'obbligatoria applicazione al colpevole della pena sopravvenuta più favorevole («se, posteriormente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, il colpevole deve beneficiarne»); non è irrilevante evidenziare che il Giudice delle leggi ha più volte riconosciuto forza giuridica alle norme internazionali relative ai diritti fondamentali della persona (cfr., ad es., Corte cost., sent. n. 270 del 24 marzo 1999), affermando, proprio in relazione al Patto di New York, che le sue norme non possono essere assunte «in quanto tali come parametri nel giudizio di costituzionalità delle leggi» (cosicché «una loro eventuale contraddizione da parte di norme legislative interne non determinerebbe di per sé – cioè indipendentemente dalla mediazione di una norma della Costituzione – un vizio d'incostituzionalità»), ma che ciò «non impedisce di attribuire a quelle norme grande importanza nella stessa interpretazione delle corrispondenti, ma non sempre coincidenti, norme contenute nella Costituzione» (Corte cost., sent. n. 15 del 22 gennaio 1996).

Nel nostro ordinamento, i pilastri sui quali poggia il principio di legalità della pena sono gli articoli 25, comma secondo, e 27, comma terzo, della Costituzione: la pena può essere irrogata solo in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso, e deve tendere alla rieducazione del reo, non potendo consistere in trattamenti contrari al senso di umanità.

La garanzia del *nullum crimen sine lege*, come declinata nella Carta costituzionale, contiene in sé – in un rapporto di necessaria implicazione – il principio del *nulla poena sine lege*, benché alla pena la disposizione faccia sintetico riferimento solo attraverso l'uso del verbo «punire», evocativo sia della affermazione di responsabilità, che delle conseguenze che ne derivano. Si tratta, all'evidenza, di principi intimamente connessi, perché la pena esprime il disvalore del fatto e, ancor prima, ne connota la rilevanza penale.

La Corte costituzionale si è più volte occupata della valenza del principio di legalità della pena e dei suoi ambiti di operatività, statuendo che «l'art. 25, secondo comma, della Costituzione […] affermando che nessuno può essere punito se non in forza di legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso, non soltanto proclama il principio della irretroattività della norma penale, ma dà fondamento legale alla potestà punitiva del giudice. E poiché questa potestà si esplica mediante l'applicazione di una pena adeguata al fatto ritenuto antigiuridico, non si può contestare che pure la individuazione della sanzione da comminare risulta legata al comando della legge», senza che rilevi la soppressione, in sede di formulazione definitiva della norma, della frase «e con le pene da essa stabilite» compiuta, per altri fini, dal Costituente (Corte Cost., sent. n. 15 del 7 marzo 1962).

Il descritto rapporto di interdipendenza e di stretta derivazione tra il principio convenzionale e costituzionale di legalità e l'istituto della pena illegale ha consentito alla giurisprudenza, nel silenzio del legislatore, di individuare plurimi casi nei quali una sanzione, ponendosi al di fuori del sistema delineato dall'ordinamento, può, ed anzi deve, essere rimossa dal giudice della cognizione, ovvero rideterminata o dichiarata non eseguibile dal giudice dell'esecuzione.

La nozione di pena illegale è stata inizialmente ricostruita dalla giurisprudenza di legittimità nella prospettiva di riconoscere al giudice dell'impugnazione – indipendentemente dal *devolutum* – un potere decisorio *in bonam partem*, idoneo ad impedire compressioni dei principi della legalità e della funzione rieducativa della pena: sotto il previgente codice di rito, attraverso l'applicazione analogica dell'art. 152 cod. proc. pen. 1930, si è, così, ritenuto possibile, anche in mancanza di uno specifico motivo di impugnazione, l'annullamento – o

comunque la riforma – della sentenza che avesse inflitto una pena illegale in ordine alla sua quantità o alla sua specie (cfr., ad esempio, Sez. 1, n. 3048 del 15/10/1973, dep. 1974, Zulini, Rv. 126760-01, relativa a sentenza di condanna per il reato di percosse che aveva erroneamente applicato congiuntamente le pene alternative della reclusione e della multa).

La medesima prospettiva, incentrata principalmente sull'applicazione analogica dell'art. 129 cod. proc. pen., è stata confermata con l'avvento del nuovo codice di rito; si è, dunque, ribadito che, nell'ipotesi in cui il giudice abbia irrogato una sanzione superiore ai limiti edittali, ovvero più grave per genere o specie di quella prevista in astratto, la Corte di cassazione deve – anche di ufficio – annullare la sentenza impugnata, qualora non possa direttamente provvedere a rideterminare la pena (cfr. Sez. 3, n. 3877 del 14/11/1995, Prati, Rv. 203205-01, nonché Sez. 4, n. 39631 del 24/09/2002, Gambini, Rv. 225693-01; Sez. 5, n. 24128 del 27/04/2012, Di Cristo, Rv. 253763-01; Sez. 5, n. 46122 del 13/06/2014, Oguekemma, Rv. 262108-01): potere officioso attivabile solo *in bonam partem*, e, dunque, limitato ai soli casi nei quali l'errore sia avvenuto in danno dell'imputato, posto che la pena favorevole al reo può essere corretta dalla Corte di cassazione solo in presenza di impugnazione del pubblico ministero (Sez. 2, n. 22494 del 25/05/2021, Karis, Rv. 281453-01).

Allo stesso modo, fin da Sez. 3, 24 giugno 1980, Sanseverino, non massimata, è stata riconosciuta l'ammissibilità, in sede esecutiva, dell'accertamento dell'illegittimità intrinseca e quindi dell'ineseguibilità della pena inflitta con la sentenza irrevocabile di condanna, allorché la pena stessa non sia prevista dalla legge o ecceda per specie e quantità il limite legale, poiché il principio di legalità della pena informa tutto l'ordinamento giuridico penale e non può ritenersi operante solo in fase di cognizione: una pena che non trova fondamento nella norma di legge, anche se inflitta con sentenza non più soggetta ad impugnazione ordinaria, è avulsa dalla legittima pretesa punitiva dello Stato e, in quanto tale, non è suscettibile di esecuzione. Pertanto, come sarebbe giuridicamente inesistente una sentenza che irrogasse una pena corporale o, comunque, una pena non riconducibile alle categorie fissate negli artt. 17 e ss. cod. pen., così deve ritenersi totalmente o parzialmente inesistente, ove non ne sia possibile la correzione ai sensi dell'art. 149 cod. proc. pen., la sentenza che infligga una pena non prevista dalla legge per il reato contestato e ritenuto (ad es. l'ergastolo per un furto; la pena detentiva e quella pecuniaria congiuntamente, allorché la legge prevede o l'una o l'altra soltanto) ovvero una pena che ecceda il limite quantitativo massimo stabilito dalla legge.

Il perimetro applicativo della pena illegale si è progressivamente ampliato nel corso degli anni, seguendo un percorso evolutivo ancora in divenire: inizialmente limitato ai casi di illegalità cd. "originaria", e, dunque, di pena diversa rispetto a quella prevista dalla norma incriminatrice, a seguito di ripetuti interventi nomofilattici esso ricomprende oggi numerosi casi di illegalità cd. "sopravvenuta", come nell'oramai classico esempio della pena determinata dal giudice attraverso un procedimento di commisurazione basato su una norma successivamente dichiarata incostituzionale.

Ed invero, in coincidenza con il moltiplicarsi degli interventi demolitori della Corte costituzionale nel settore penale, plurimi arresti delle Sezioni unite hanno delineato i caratteri della illegalità sopravvenuta, vizio della pena inflitta sulla base di una norma incidente sul trattamento sanzionatorio successivamente dichiarata incostituzionale, con conseguente reviviscenza, o comunque con conseguente applicabilità, di una cornice edittale più favorevole per il reo.

La declaratoria di illegittimità costituzionale, anche se intervenuta dopo il giudicato, impone la rimozione o quanto meno la rimodulazione della pena – indipendentemente dal fatto che, al momento dell'irrogazione, quest'ultima non fosse affatto *contra legem* –, onde

evitare frizioni con i principi di cui agli articoli 13, comma secondo, 25, comma secondo, e 27, comma terzo, Cost., non potendo ammettersi – e non potendo assolvere alla necessaria funzione rieducativa – la restrizione della libertà personale che trovi il suo fondamento in una pena comminata sulla base di una legge confliggente con i principi ed i valori della Costituzione.

È con Sez. U, n. 18821 del 24/10/2013, dep. 2014, Ercolano, Rv. 258649-01 e 258651-01, che l'illegalità sopravvenuta viene, per la prima volta, valorizzata a detrimento del dogma della intangibilità del giudicato formale, riconoscendosi al giudice dell'esecuzione il potere di rideterminare la pena inflitta sulla base di una norma caducata dal Giudice delle leggi successivamente all'irrevocabilità della sentenza.

Pochi mesi dopo, Sez. U, n. 42858 del 29/05/2014, Gatto, Rv. 260695/260700, ha ribadito la necessità di rimodulare *in executivis* la pena illegale non interamente eseguita, poiché l'esecuzione di una condanna fondata, anche solo in parte, su una norma contraria alla Costituzione – sia essa la norma incriminatrice, o, come nel caso oggetto della sentenza *Gatto*, una norma comunque incidente sul trattamento sanzionatorio, quale l'art. 69, comma quarto, cod. pen., nella parte in cui, prima della declaratoria di illegittimità costituzionale da parte di Corte cost., sent. n. 251 del 15 novembre 2012, vincolava il giudizio di comparazione tra la recidiva qualificata e la circostanza attenuante del fatto di lieve entità di cui all'art. 73, comma 5, d. P. R. 9 ottobre 1990, n. 309 -, e, perciò, espunta dall'ordinamento, integra un'inammissibile violazione del principio di legalità: «la conformità della pena a legalità in fase esecutiva deve ritenersi costantemente *sub iudice* [..] non potendosi tollerare che uno Stato democratico di diritto assista inerte all'esecuzione di pene non conformi alla CEDU e, quindi, alla Carta fondamentale. Nel bilanciamento tra il valore costituzionale della intangibilità del giudicato e il diritto fondamentale e inviolabile alla libertà personale, va data prevalenza a quest'ultimo, giacché il divieto di dare esecuzione ad una pena prevista da una norma dichiarata illegittima dal Giudice delle leggi è esso stesso un principio di rango sovraordinato – sotto il profilo della gerarchia delle fonti – rispetto agli interessi sottesi all'intangibilità del giudicato»; gli ampi poteri di accertamento e di valutazione che l'ordinamento riconosce al giudice dell'esecuzione, vero e proprio «garante della legalità della pena in fase esecutiva», rendono possibile la rideterminazione anche quando il provvedimento correttivo da adottare non abbia contenuto rigidamente predefinito.

La nozione di illegalità sopravvenuta della pena è stata ulteriormente ampliata dalle sentenze *Jazouli* e *Sebbar*, essendo stata ammessa la rideterminazione, anche di ufficio, da parte del giudice dell'impugnazione, della pena inflitta sulla base di una norma relativa al trattamento sanzionatorio successivamente dichiarata incostituzionale, anche quando la sanzione irrogata sia compatibile con i nuovi e più favorevoli limiti edittali venuti a rivivere per effetto della pronuncia del Giudice delle leggi: «in un sistema penale orientato al principio di colpevolezza – può leggersi nelle motivazioni di Sez. U, n. 33040 del 26/02/2015, Jazouli, Rv. 264205/264207 -, la sproporzione tra la pena inflitta in relazione ad una cornice edittale prevista da una norma incostituzionale [..] e quella che, pur rientrando nella cornice edittale ripristinata, è comunque espressione di una diversa valutazione del rapporto tra pena e offesa [..], rivela uno squilibrio della sanzione rispetto al *quantum* di colpevolezza accertato nel caso concreto e, quindi, compromette la stessa funzione che la pena dovrebbe costituzionalmente assolvere. In tale prospettiva, il venir meno per contrarietà alla Costituzione – con efficacia *ex tunc* – della cornice edittale che ha guidato il giudicante nella delicata attività di "misurazione della responsabilità" finisce con il travolgere la stessa pena in concreto inflitta, vale a dire il "risultato finale" di detta misurazione, perché, non essendo più attuale il giudizio astratto di disvalore del fatto (essendosi modificata la forbice sanzio-

natoria edittale), la misurazione compiuta non traduce più – per effetto del mutamento dei parametri di riferimento – né coerentemente né correttamente il giudizio di responsabilità».

La pena non ancora interamente espiata, inflitta sulla base di una dosimetria che mai avrebbe dovuto essere presa in considerazione dal giudice, quand'anche si tratti solo – come nel caso di Sez. U, n. 22471 del 26/02/2015, Sebbar, Rv. 263714/263717 – della porzione di pena irrogata per un reato satellite, in aumento sulla pena base, *ex* art. 81 cod. pen., deve essere rimossa, in quanto contraria alla Costituzione, anche di ufficio, ed anche in caso di inammissibilità del ricorso per cause diverse dalla tardività.

Allo stesso modo, e per gli stessi motivi, non può essere mantenuta – ma deve essere rideterminata *in executivis*, con le modalità di cui al procedimento previsto dall'art. 188 disp. att. cod. proc. pen., ovvero, nel caso di accordo non raggiunto o ritenuto incongruo dal giudice, provvedendo autonomamente in applicazione dei parametri cui agli artt. 132 e 133 cod. pen. – la pena affetta da illegalità sopravvenuta che sia stata applicata su richiesta dell'imputato con sentenza irrevocabile, pur se compatibile con i nuovi e più favorevoli limiti edittali, come statuito da Sez. U, n. 37107 del 26/02/2015, Marcon, Rv. 264857/264859.

Dunque, in plurime occasioni la Corte, nella sua più autorevole composizione, valorizzando il rapporto simbiotico ed insopprimibile tra legalità e pena, ha ritenuto che la valutazione commisurativa individualizzante basata su una cornice edittale prevista da una norma in seguito dichiarata incostituzionale e, quindi, inesistente *ex tunc*, non possa essere conservata, a meno di non voler compromettere la funzione retributiva e rieducativa cui la pena deve assolvere, secondo il paradigma dell'art. 27 Cost.; il principio deve trovare applicazione anche nel caso in cui la sentenza che ha definito il procedimento sia divenuta irrevocabile, poiché, mentre la dimensione del giudicato penale relativa all'accertamento del fatto è realmente intangibile (non essendo consentita, al di fuori delle speciali ipotesi rescissorie, una rivalutazione della *res iudicata*), quella relativa alla determinazione della pena, che realizza l'interesse collettivo alla certezza dei rapporti giuridici esauriti, è priva di copertura costituzionale, ed è certamente soccombente rispetto ai principi costituzionali e convenzionali della libertà personale, della legalità e della finalità rieducativa della pena; dunque, l'illegalità sopravvenuta deve essere disinnescata dal giudice della cognizione (anche di ufficio, salvo il caso di tardività del ricorso), ovvero, nel caso in cui la sentenza sia già divenuta irrevocabile, deve essere rimossa dal giudice dell'esecuzione (salvo il caso della pena già interamente espiata).

Un ulteriore, rilevantissimo, contributo alla esatta perimetrazione della categoria della pena illegale, è stato fornito da Sez. U, n. 46653 del 26/06/2015, Della Fazia, Rv. 265110/265111, che si sono occupate del caso in cui, con ricorso per cassazione da dichiararsi inammissibile, venga censurata la pena determinata in base a norme (non caducate a seguito di declaratoria di illegittimità costituzionale, ma) *medio tempore* sostituite – per effetto di un ordinario fenomeno di successione di leggi penali – da altre più favorevoli al reo.

La sentenza *Della Fazia*, ricostruiti origine e caratteri del principio di legalità della pena, ha evidenziato come non se ne possa invocare sempre e comunque la violazione nel caso oggetto del suo scrutinio: «se il giudice deve adeguare la sanzione alla gravità del reato e se il legislatore ha ritenuto di connotare il fatto sanzionato di una valutazione di minor gravità sembra evidente che, in linea di massima, si verifichi una sfasatura tra la pena irrogata e quella che dovrebbe essere inflitta in esito al nuovo trattamento sanzionatorio entrato in vigore successivamente. Ritengono peraltro le Sezioni Unite che questa situazione non comporti automaticamente che la pena debba essere ritenuta illegale. È vero che la categoria della illegalità della pena è da ritenere più ampia di quella tradizionalmente accolta – che si rifà esclusivamente alla circostanza che la pena determinata in concreto superi o sia inferiore ai limiti stabiliti dalla legge o che sia stata applicata una pena che non poteva

essere inflitta – ma per poter escludere questa conseguenza e dare una risposta al quesito va verificata l'esistenza di diverse condizioni. In particolare l'illegalità della pena dovrà essere esclusa quando, pur in esito all'esame della modifica normativa più favorevole, ci si trovi in presenza di una pena che, rimanendo nei margini edittali sopravvenuti, sia stata irrogata con riferimento alla gravità di un fatto criminoso il cui disvalore sociale non sia mutato significativamente; di una pena inflitta entro limiti ragionevolmente commisurabili, in astratto, anche alla diversa gravità del fatto come previsto dalla nuova normativa; di una pena che sia stata determinata in concreto con riferimento ad una gravità non significativamente diversa rispetto a quella del successivo e più favorevole trattamento e chiaramente commisurata ai criteri indicati dall'art. 133 c. p. In presenza di tutte queste condizioni ci troviamo in presenza di una pena che potrebbe essere ritenuta ingiusta ma non illegale».

Dunque, ad avviso della sentenza *Della Fazia*, nel caso di *lex mitior* sopravvenuta può reputarsi non solo ingiusta, ma anche illegale, esclusivamente la pena «che, pur rimanendo nei margini edittali di tale più favorevole disciplina, ne stravolga i parametri di riferimento – in particolare il principio di proporzionalità – e sia applicata in modo incompatibile con la disciplina normativa successiva».

In relazione ad una pena che abbia queste caratteristiche, si giustifica un intervento anche officioso del giudice di legittimità, poiché la violazione di un diritto fondamentale dell'imputato – quello, appunto, ad essere condannato ad una pena proporzionale alla gravità del fatto commesso, calibrata sulla più favorevole delle cornici edittali succedutesi nel tempo – impone al giudice del gravame, in base alla giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte Europea dei diritti dell'uomo, di eliminarne le conseguenze: «una pena irrogata in base a criteri non più corrispondenti al giudizio di disvalore della condotta espresso dal legislatore è una pena che – anche se è da ritenere "legale" nel senso già indicato – è idonea, in particolare, a violare il criterio di proporzionalità che sempre deve assistere l'esercizio del potere punitivo attribuito all'autorità giudiziaria».

La imprescindibile necessità di una giustizia sostanziale della sanzione porta, così, ad un nuovo ridimensionamento del principio devolutivo. La pena irrogata dal giudice di merito si collocava in un ben preciso punto del delta punitivo: l'intervenuta riscrittura delle cornici edittali può avere comportato un significativo spostamento di quel punto, tale da fare – oggi – apparire quella pena notevolmente più grave rispetto alla misura ritenuta adeguata dal giudice che l'aveva determinata: il sopravvenuto difetto di proporzionalità offende il principio costituzionale di legalità della pena, ed impone un intervento, anche officioso, nel giudizio di cognizione; l'inammissibilità del ricorso per motivi diversi dalla sua tardività non impedisce, dunque, di rilevare d'ufficio, alla luce dei nuovi limiti sanzionatori edittali, il sopravvenuto difetto di proporzionalità della pena: l'intervento officioso non radica, tuttavia, alcun diritto dell'imputato di ottenere sempre e comunque l'affievolimento della pena, ma, semplicemente, impone che un nuovo procedimento di determinazione della pena sia effettuato sulla base dei nuovi parametri edittali.

Gli appena scrutinati approdi del massimo consesso nomofilattico, pur non consentendo di addivenire ad una definizione omnicomprensiva di pena illegale – categoria nella quale rientrano ipotesi ontologicamente non omogenee, elaborate secondo prospettive ed a fini profondamente diversi (illegalità originaria per l'applicazione di una sanzione diversa da quella prevista dall'ordinamento; illegalità sopravvenuta per *abolitio criminis*, per sopravvenienza di una *lex mitior*, per declaratoria di incostituzionalità di una norma che ha inciso sulla determinazione della pena) –, ne mettono in luce i tratti essenziali.

Ed invero, riprendendo l'argomentare della sentenza *Della Fazia*, il principio costituzionale di legalità della pena riguarda non solo l'*an*, ma investe necessariamente anche

il *quomodo* ed in particolare il *quantum* di pena inflitta: così come non sarebbe rispettosa dei già illustrati principi di cui agli articoli 13, comma secondo, 25, comma secondo, e 27, comma terzo, della Costituzione, una pena determinata dal legislatore in misura fissa, tale da impedire al giudice di commisurarla tenendo conto degli aspetti soggettivi che hanno caratterizzato la condotta criminosa, dell'intensità del dolo o della colpa e della gravità della lesione inflitta dall'agente al bene giuridico protetto, allo stesso modo deve ritenersi illegale una pena che «stravolga i parametri di riferimento» delineati dall'ordinamento, ed «in particolare il principio di proporzionalità»: affermando il principio in relazione al caso di *lex mitior* sopravvenuta, le Sezioni unite hanno rimarcato che «la pena deve adempiere alla funzione rieducativa costituzionalmente garantita, ma se viene inflitta con riferimento ad un apparato sanzionatorio che lo stesso legislatore, riformandolo in senso favorevole all'imputato, ha ritenuto non più adeguato per una condotta – pur oggetto ancora di un giudizio che giustifica la previsione di una sanzione penale – è evidente che questa funzione non può essere stata, in astratto, correttamente svolta. Inoltre, in questi casi, non si può affermare che sia stato garantito il rispetto del principio di proporzionalità, posto che la pena è stata stabilita in concreto in base a criteri che, in linea di massima, appaiono di maggior gravità rispetto a quelli che il condannato avrebbe avuto diritto di vedersi applicare, sia pure con una valutazione compiuta a posteriori. E inoltre non è provato che sia stato rispettato il principio della natura individualizzante che deve caratterizzare la sanzione inflitta il cui principale riferimento deve essere costituito – lo si è già chiarito – dalla gravità del reato commesso; gravità che lo stesso legislatore ha ritenuto di dover mutare con la astratta previsione di un trattamento sanzionatorio più attenuato».

Allo stesso modo, nelle motivazioni della sentenza *Jazouli* si è sottolineato che «se i limiti edittali di pena astrattamente previsti rappresentano la valutazione di disvalore del fatto incriminato compiuta dal legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità – seppure ancorata al limite della ragionevolezza – la pena concretamente inflitta esprime e, al contempo, "misura" il giudizio di responsabilità per un determinato fatto illecito», con la conseguenza che «nel valutare l'ambito entro cui può parlarsi di illegalità della pena, […] non può farsi a meno di riferirsi al principio di proporzione tra illecito e sanzione». Dunque, poiché «la pena è costruita sulla gravità del fatto e giustificata da essa, nelle sue componenti oggettive (importanza del bene, modalità di aggressione, grado di anticipazione della tutela) e soggettive (grado di compenetrazione fatto-autore), come sua variabile dipendente», deve necessariamente ricavarsene che «una distonia nel rapporto o addirittura uno iato tra i due fattori sarebbero costituzionalmente intollerabili».

Anche la Corte costituzionale ha, in più occasioni, osservato che il principio di uguaglianza «esige che la pena sia proporzionata al disvalore del fatto illecito commesso, in modo che il sistema sanzionatorio adempia nel contempo alla funzione della difesa sociale ed a quella di tutela delle posizioni individuali» (Corte cost., sent. n. 409 del 18 luglio 1989), riferendosi espressamente al principio di proporzionalità, ad esempio, nella sentenza che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del minimo edittale previsto per la fattispecie di oltraggio (Corte cost., sent. n. 341 del 25 luglio 1994), ribadendo che la finalità rieducativa della pena non è limitata alla sola fase dell'esecuzione, ma costituisce «una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue», ed implica la presenza costante del «principio di proporzione» tra qualità e quantità della sanzione, da una parte, e offesa, dall'altra (Corte cost., sent. n. 313 del 2 luglio 1990 e, da ultimo, sent. n. 105 del 18 aprile 2014).

Alla luce delle coordinate che si sono fin qui tracciate, possono trarsi le conclusioni che seguono.

La questione di legittimità costituzionale potrebbe fondarsi sulla considerazione che limitare i poteri del giudice dell'esecuzione, individuando nell'avvenuto esaurimento del giudizio di cognizione l'elemento ostativo alla mancata applicazione della legge successiva più favorevole, determinerebbe una significativa compromissione della libertà personale del reo: portare in esecuzione la pena irrogata per un fatto che il legislatore – rinnovando la valutazione in ordine al suo disvalore – ha inteso punire meno gravemente significa, in sostanza, limitare la libertà di quel condannato per un *quantum* superiore a quello che attualmente è considerato necessario, sicché potrebbe ritenersi ingiustificabile conculcare un interesse così significativo nella gerarchia dei valori dell'ordinamento in favore di un istituto processuale la cui valenza dogmatica è sempre più ridimensionata, poiché, come si è ampiamente illustrato, la pretesa intangibilità tradizionalmente riconosciuta al giudicato è stata ripetutamente e incisivamente scalfita dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità degli ultimi decenni.

In questa prospettiva, a fronte della doverosa recessività del giudicato in presenza di condanne che, a seguito di fenomeni patologici quali la declaratoria di illegittimità costituzionale, non sono più conformi al disvalore che l'ordinamento assegna a quella condotta, potrebbe non essere ragionevole disconoscere analoga recessività nei casi in cui quel difetto di conformità derivi da modifiche normative che, usando le parole della citata sentenza *Della Fazia*, hanno stravolto i parametri di riferimento già delineati dall'ordinamento, a detrimento del principio di proporzionalità.

D'altra parte, nell'ottica di un giudizio di bilanciamento tra interessi contrapposti, sarebbe discutibile ritenere predominanti le esigenze di stabilità e certezza giuridica ove si individui il fondamento della retroattività favorevole non tanto e non solo nella necessità di assicurare il rispetto del principio di uguaglianza tra soggetti che hanno commesso lo stesso fatto in momenti diversi, ma anche nel finalismo rieducativo della pena e nei principi di offensività e di proporzione.

Ed invero, affinché l'intervento punitivo non perda di significato, il finalismo rieducativo della pena richiede che il reo non percepisca come ingiusto il trattamento inflitto, dato il rischio – altrimenti – che lo stesso sia avvertito come un'irragionevole vendetta dello Stato, suscitando ulteriori istinti antisociali: l'evenienza di una sproporzione sanzionatoria rispetto al disvalore del reato dovrebbe portare a non ritenere più quella pena come un'equa reazione dell'ordinamento all'illecito commesso; in caso di successione di leggi, se la pena applicata al reo è incomparabilmente più gravosa rispetto a quella che gli sarebbe stata irrogata in base alla normativa attualmente vigente, viene a determinarsi una sproporzione tra quello che il legislatore ritiene essere il disvalore del fatto e la sofferenza legale inflitta attraverso la sanzione: ne deriva per il condannato la percezione di un'ingiustizia rispetto al sacrificio della propria libertà personale, che rischia di inficiare il processo di recupero della sua capacità di apprezzare i valori tutelati dall'ordinamento.

Se, dunque, il fenomeno modificativo esprime la perdita di disvalore, o di un certo tasso di disvalore, di un fatto, sulla scorta di una rinnovata valutazione circa l'effettiva necessità di intervenire attraverso una sanzione penale, o comunque attraverso una sanzione penale particolarmente afflittiva, l'applicazione della *lex mitior* sopravvenuta – quand'anche si sia già formato il giudicato – si impone non tanto per ragioni "umanitarie", ispirate a un generale *favor* nei confronti del reo, ma perché è quest'ultima la legge più rispondente all'attuale quadro di valori sociali e culturali e alle correnti valutazioni politico-criminali, dal momento che la congruità del trattamento sanzionatorio rispetto al disvalore del fatto deve caratterizzare non solo

il momento della previsione normativa della fattispecie, non solo il momento della concreta commisurazione della pena, ma anche e soprattutto il momento dell'esecuzione della pena, a meno di non volerne vanificare la finalità rieducativa: una pena più afflittiva, che l'ordinamento ha successivamente considerato non più necessaria, perde la sua legittimazione e la capacità di svolgere gli scopi che le sono propri, sicché il rispetto dei principi ricavabili dagli artt. 25 e 27 Cost. dovrebbe consentire di intervenire sul giudicato, rendendolo permeabile alla rinnovata valutazione circa l'offensività del fatto di reato compiuta dal legislatore.

In senso contrario, pur non dubitandosi della deducibilità innanzi al giudice dell'esecuzione dell'illegalità sopravvenuta della pena, si deve osservare che, nel caso di specie, il limite alla forza retroattiva della *lex mitior* trova un argine ragionevole, e dunque insindacabile, nell'esigenza di certezza e stabilità dei rapporti giuridici e di efficienza del processo che è sottesa al principio dell'intangibilità del giudicato; in un caso del genere – relativo al fisiologico succedersi delle leggi penali: ben diverso, dunque, da quelli che, come l'*abolitio criminis* e la declaratoria di illegittimità costituzionale, esprimono un radicale mutamento della valutazione politica e sociale rispetto all'offensività del fatto – l'irrevocabilità della *res iudicata* costituisce il ragionevole limite estremo alla possibilità di interventi correttivi, non essendovi spazio per una valutazione in termini di "illegalità" di una pena comminata nel rispetto delle disposizioni sostanziali e processuali vigenti al momento della commissione del fatto e della celebrazione del processo, e non potendosi ritenere di per sé sufficiente a ritenere illegale la pena detentiva inflitta sotto il vigore della pregressa normativa la circostanza che la legge posteriore abbia deciso di punire quel fatto con pene sì più blande, ma comunque dotate di una non insignificante carica afflittiva, considerate la loro natura para-detentiva, la loro parificazione ad ogni effetto penale alle pene detentive e l'impossibilità di disporne la sospensione condizionale.

A proposito della equiparazione tra le pene irrogabili dal giudice di pace e le pene detentive, deve valorizzarsi quell'arresto giurisprudenziale che, proprio fondandosi su quanto è espressamente prescritto dall'art. 58 del d.lgs. n. 274 del 2000, ha statuito che «Non viola il principio di legalità della pena l'aumento a titolo di continuazione della pena detentiva – prevista per il reato base – in presenza di reati satellite di competenza del giudice di pace sanzionati in via alternativa con pena equiparata a quella detentiva ai sensi dell'art. 58, d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto immune da censure la decisione con cui il giudice di merito aveva aumentato, avuto riguardo al reato base di atti persecutori, la pena di un mese di reclusione a titolo di continuazione per tre episodi di lesioni lievi)», così ritenendo che l'aumento per continuazione della pena detentiva, pur se effettuato in relazione a reato devoluto alla competenza del giudice di pace, non sia né illegale, né illegittimo (Sez. 5, n. 49865 del 14/09/2018, G., Rv. 274375-01).

A proposito di quanto prescritto dall'art. 60 del d.lgs. n. 274 del 2000 deve, altresì, decisivamente osservarsi che non è *tout court* possibile ritenere che l'assetto ridisegnato dalla cd. "riforma Cartabia" contenga disposizioni più favorevoli rispetto a quello previgente: il che preclude in radice la qualificazione in termini di illegalità sopravvenuta della pena comminata sulla base del pregresso quadro normativo, non potendosi qualificare quella posteriore come una *lex mitior*.

Come è noto, «L'individuazione, tra una pluralità di disposizioni succedutesi nel tempo, di quella più favorevole al reo, va eseguita non in astratto, sulla base della loro mera comparazione, bensì in concreto, mediante il confronto dei risultati che deriverebbero dall'effettiva applicazione di ciascuna di esse alla fattispecie sottoposta all'esame del giudice» (Sez. 1, n. 40915 del 02/10/2003, Fittipaldi, Rv. 226475-01; in senso conforme, tra le più recenti, Sez. 4, n. 44119 del 26/09/2014, Calogero, Rv. 260642-01).

È altresì pacifico il principio in base al quale «In tema di successione di leggi penali, ai fini dell'individuazione della normativa di favore per il reo, non si può procedere a una combinazione delle disposizioni più favorevoli della nuova legge con quelle più favorevoli della vecchia, in quanto ciò comporterebbe la creazione di una terza legge, diversa sia da quella abrogata, sia da quella in vigore, ma occorre applicare integralmente quella delle due che, nel suo complesso, risulti, in relazione alla vicenda concreta oggetto di giudizio, più vantaggiosa» (Sez. 7, n. 6545 del 04/11/2016, dep. 2017, Adamo, Rv. 269059-01).

Ebbene, come si è già più volte ricordato il sistema sanzionatorio previsto per il procedimento penale che si svolge innanzi al giudice di pace non prevede che possa essere concesso all'imputato il beneficio della sospensione condizionale della pena, sicché non ha una soluzione scontata né agevole il quesito se sia in astratto più favorevole il sistema che preveda l'irrogazione di una pena detentiva che, però, potrebbe non essere portata mai in esecuzione, ovvero quello che preveda l'irrogazione di una pena para-detentiva o pecuniaria che, tuttavia, deve in ogni caso essere eseguita.

Il beneficio della sospensione condizionale della pena, costituendo causa di estinzione del reato, rende la disciplina che lo prevede più favorevole, ove si accolga la tesi della necessità di una valutazione complessiva da parte del giudice non solo della specie e dell'entità della pena, ma anche – ad esempio – degli elementi dell'imputabilità, dell'antigiuridicità e della colpevolezza e dell'esistenza di fatti determinanti l'estinzione del reato o della pena.

Infine, pare ostativa ad una valutazione in termini di illegalità sopravvenuta della pena detentiva inflitta per reati che, dopo l'irrevocabilità della sentenza, sono stati attribuiti alla competenza del giudice di pace, la circostanza che, trattandosi di reati di scarso allarme sociale, gli stessi erano comunque puniti con pene contenute, sicché, proprio come nel caso di specie, l'esecuzione delle stesse non può comunque comportare l'ingresso del condannato in una struttura penitenziaria: il naturale sbocco di una condanna del genere è la sospensione dell'esecuzione e la concessione di una misura alternativa alla detenzione, sicché è difficile sostenere che il condannato *ante* riforma Cartabia si trovi in una situazione deteriore rispetto al condannato giudicato dopo il 30 dicembre 2022, nei cui confronti può essere irrogata una pena paradetentiva non condizionalmente sospendibile, il cui contenuto afflittivo non si discosta in maniera significativa da quello delle misure alternative alla detenzione.

6. La soluzione accolta dalla Corte.

Quanto alla invocata conversione della pena detentiva, la Corte, dopo aver ricordato che la novella introdotta con la legge n. 85 del 2006 ha trasformato in pecuniarie le sanzioni detentive già previste per una serie di reati di opinione, ed ha introdotto il già commentato terzo comma dell'art. 2 cod. pen., ha ritenuto necessario «realizzare una approfondita riflessione sulla portata generale di detta disposizione che, ovviamente, si sgancia dalla mera *occasio legis* e vive nell'ordinamento. La individuazione dei margini applicativi è tuttavia correlata, inevitabilmente, al senso comune delle espressioni utilizzate dal legislatore, limite inderogabile posto alla interpretazione giurisdizionale ai sensi dell'art. 12 disp. prel. cod. civ. Ed è evidente che per ritenere applicabile l'articolo 2, comma 3, cod. pen. deve essere stata realizzata una modifica di assetto legislativo – anche a seguito di una variazione di competenza giurisdizionale – che renda quella specifica condotta oggetto del giudizio di merito punita non più con una pena detentiva ma con una pena "esclusivamente" pecuniaria. È il legislatore ad adottare un rigido criterio selettivo: il travolgimento del giudicato non può essere ricollegato genericamente ad un minor disvalore del fatto (per come percepito dalla collettività, attraverso una variazione di impatto

sanzionatorio) ma esclusivamente al "transito" da pena detentiva (incidente in via diretta sulla libertà personale) a pena pecuniaria (incidente sulla consistenza patrimoniale). A dimostrazione di ciò, il legislatore compie riferimento ad una mera presa d'atto – da parte del giudice della esecuzione – trattandosi di realizzare una mera operazione algebrica di conversione sulla base di parametri predeterminati. La vicenda del reato di lesioni non aggravate, transitato nella competenza del giudice di pace nei modi prima descritti, non è in alcun modo assimilabile ad una traslazione tra pena detentiva e pena pecuniaria, per l'assorbente ragione della esistenza di un "ventaglio" di sanzioni applicabili – in astratto – dal giudice di pace ai sensi del citato articolo 52, tra cui la pena pecuniaria. Non vi è pertanto una successione "esclusiva" tra pena detentiva e pena pecuniaria e le sanzioni della permanenza domiciliare (possibile sino a quarantacinque giorni) e del lavoro di pubblica utilità (possibile sino a sei mesi) hanno una portata afflittiva più marcata, pur non essendo sanzioni detentive in senso proprio (definite 'para-detentive' da Corte Cost. n. 2 del 2008). Peraltro si tratta di sanzioni che sono espressamente parificate, per ogni effetto giuridico, alla pena detentiva della specie corrispondente a quella della pena originaria, ai sensi dell'art. 58 d.lgs. n.274 del 2000. Può dunque concludersi nel senso della non applicabilità al caso qui in esame della disposizione di legge di cui all'articolo 2 comma 3 cod. pen.»

Da questo ineccepibile argomentare è stata tratta la seguente massima: «In sede di esecuzione, la pena detentiva legittimamente inflitta *ratione temporis* per il delitto di lesioni volontarie, transitato posteriormente al giudicato nell'astratta competenza del giudice di pace per effetto delle modifiche apportate dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, non può essere convertita in una delle sanzioni previste dall'art. 52 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, poiché, non avendo queste ultime natura esclusivamente pecuniaria, non può trovare applicazione l'art. 2, comma terzo, cod. pen.».

La questione di legittimità costituzionale agitata dai ricorrenti è stata dichiarata manifestamente infondata: «al di là del profilo inerente la ragionevolezza della discrezionalità legislativa espressa con la scelta di restringere le ipotesi di superamento del giudicato al caso descritto nel testo dell'art. 2, comma 3, cod. pen., la situazione concreta oggetto del giudizio esecutivo non presenta – in tutta evidenza – caratteri di potenziale conflitto con i principi costituzionali di possibile riferimento (art. 3 e art. 27 Cost.). Ed invero, come le stesse Sezioni Unite del 15 dicembre 2023 (dep. 2024) hanno avuto modo di evidenziare, il transito dalla competenza del Tribunale a quella del Giudice di Pace del reato di lesioni volontarie (nei limiti prima descritti), proprio in ragione della peculiarità del sistema sanzionatorio applicabile dal Giudice di Pace potrebbe risolversi in una variazione meno favorevole per l'imputato, posto che nei reati di competenza del Giudice di Pace non è previsto il beneficio della sospensione condizionale della pena; da ciò la necessità, per i fatti oggetto di giudizio e commessi prima della entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2022, di una valutazione da operarsi in concreto, caso per caso, in punto di concedibilità o meno della pena sospesa (ritenuto esito più favorevole rispetto all'applicazione di una delle sanzioni del giudizio di pace). Ora, a fronte di tale complessità e articolazione del quadro comparativo tra i due modelli sanzionatori è da ritenersi che la questione di legittimità costituzionale proposta dai ricorrenti sia manifestamente infondata, trattandosi – quanto alla particolare situazione derivante dalla estensione dell'area di procedibilità a querela di parte del reato di lesioni – di un fenomeno di successione di leggi penali nel tempo che trova adeguata soluzione nella disciplina legislativa di cui all'art. 2, comma, 4 cod. pen. con esclusione della rivedibilità del giudicato formatosi prima del 30 dicembre 2022».

Questa, dunque, la seconda massima tratta dalla sentenza in commento: «È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost., dell'art. 2, comma terzo, cod. pen., nella parte in cui, consentendo la conversione della pena detentiva solo quando la legge posteriore al giudicato preveda una pena "esclusivamente" pecuniaria, esclude dal suo ambito applicativo il caso in cui detta legge preveda un ventaglio di pene diverse da quella detentiva, tra cui anche quella pecuniaria».

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte EDU:
Corte Edu, Grande Camera, 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna;
Corte Edu, Grande Camera, 12 febbraio 2008, Kafkaris c. Cipro);
Corte Edu, 22 gennaio 2013, Camilleri c. Malta;
Corte Edu, 29 marzo 2006, Achour c. Francia;
Corte Edu, 7 febbraio 2002, E.K. c. Turchia;
Corte Edu, 8 luglio 1999, Baskaya e Oçkuoglu c. Turchia;
Corte Edu, 25 maggio 1993, Kokkinakis c. Grecia.

Sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione europea:
Corte di giustizia, sentenza 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02.

Sentenze della Corte costituzionale:
Corte cost., sent. n. 48 del 2021;
Corte cost., sent. n. 57 del 2016;
Corte cost., sent. n. 105 del 2014;
Corte cost., sent. n. 251 del 2012;
Corte cost., sent. n. 236 del 2011;
Corte cost., ord. n. 66 del 2011;
Corte cost., sent. n. 215 del 2008;
Corte cost., sent. n. 2 del 2008;
Corte cost., sent. n. 393 del 2006;
Corte cost., sent. n. 184 del 2006;
Corte cost., sent. n. 270 del 1999;
Corte cost., ord. n. 282 del 1998;
Corte cost., sent. n. 341 del 1994;
Corte cost., sent. n. 313 del 1990;
Corte cost., sent. n. 409 del 1989;
Corte cost., sent. n. 1130 del 1988;
Corte Cost., sent. n. 15 del 1962.

Sentenze della Corte di cassazione:
Sez. U, n. 12759 del 14/12/2023, dep. 2024, L. Rv. 286153-01;
Sez. U, n. 47766 del 26/06/2015, Butera, Rv. 265106/265109;
Sez. U, n. 46653 del 26/06/2015, Della Fazia, Rv. 265110/265111;
Sez. U, n. 37107 del 26/02/2015, Marcon, Rv. 264857/264859;
Sez. U, n. 33040 del 26/02/2015, Jazouli, Rv. 264205/264207;
Sez. U, n. 22471 del 26/02/2015, Sebbar, Rv. 263714/263717;
Sez. U, n. 42858 del 29/05/2014, Gatto, Rv. 260695/260700;
Sez. U, n. 18821 del 24/10/2013, dep. 2014, Ercolano, Rv. 258649/258651;

Sez. 5, n. 12517 del 10/01/2023, Cinquina, Rv. 284375-01;
Sez. 1, n. 22215 del 10/01/2022, Valeriani, Rv. 283122-01;
Sez. 2, n. 22494 del 25/05/2021, Karis, Rv. 281453-01;
Sez. 5, n. 49865 del 14/09/2018, G., Rv. 274375-01;
Sez. 7, n. 6545 del 04/11/2016, dep. 2017, Adamo, Rv. 269059-01;
Sez. 5, n. 46122 del 13/06/2014, Oguekemma, Rv. 262108-01;
Sez. 4, n. 44119 del 26/09/2014, Calogero, Rv. 260642-01;
Sez. 5, n. 24128 del 27/04/2012, Di Cristo, Rv. 253763-01;
Sez. 4, n. 17610 del 04/02/2004, Seghezzi, Rv. 228179-01;
Sez. 4, n. 11493 del 18/11/2003, dep. 2004, Cecconi, Rv. 228028-01;
Sez. 1, n. 40915 del 02/10/2003, Fittipaldi, Rv. 226475-01;
Sez. 4, n. 25946 del 29/04/2003, Mayr, Rv. 225853-01;
Sez. 4, n. 39631 del 24/09/2002, Gambini, Rv. 225693-01;
Sez. 3, n. 3877 del 14/11/1995, Prati, Rv. 203205-01;
Sez. 3, 24 giugno 1980, Sanseverino, non massimata;
Sez. 1, n. 3048 del 15/10/1973, dep. 1974, Zulini, Rv. 126760-01.

SEZIONE II

LA PENA

CAPITOLO I

IL SINDACATO DELLA CORTE DI CASSAZIONE IN MATERIA DI TRATTAMENTO SANZIONATORIO

(di Valeria Bove)

SOMMARIO: 1. Controllo della Corte di cassazione sul trattamento sanzionatorio. – 1.1. La motivazione sul trattamento sanzionatorio. – 1.2. La discrezionalità del giudice nel trattamento sanzionatorio. – 1.3. Controllo della motivazione sul trattamento sanzionatorio complessivo. – 1.3.1. Il potere di rideterminazione della pena. – 1.3.2. L'incidenza dei limiti al potere di impugnazione del pubblico ministero. – 1.4. Limiti edittali minimi e motivazione attenuata. – 1.5. Pena superiore ai minimi edittali e obbligo di motivazione specifica. – 1.6. Le circostanze attenuanti. – 1.6.1. La comparazione tra opposte circostanze e il giudizio di bilanciamento. – 1.6.2. Il riconoscimento (o no) delle circostanze attenuanti generiche. – 1.7. La continuazione. 1.7.1. La determinazione della pena in caso di continuazione *in executivis*. – 1.7.2. Gli aumenti per i reati satellite in caso di reato continuato. – 2. Rispetto dei principi del diritto penale in tema di trattamento sanzionatorio. – 2.1 Le finalità della pena. – 2.2. Principio di legalità. – 2.2.1. La pena illegale. – 2.3. Principio di proporzionalità in rapporto al fatto. – 2.3.1. La graduazione delle pene: la forbice edittale. – 2.3.2. La graduazione della pena in rapporto all'offensività del fatto. – 2.4. Principio di proporzionalità e individualizzazione. – 2.4.1. Recidiva. – 2.4.2. Sospensione condizionale della pena. – 2.5. Misura della pena in rapporto alle condizioni economiche e patrimoniali. – 3. Profili specifici di alcuni trattamenti sanzionatori. – 3.1. Le pene accessorie. – 3.2. Le pene pecuniarie. – 3.3. I nuovi trattamenti sanzionatori. – 3.4 Le pene sostitutive.

1. Controllo della Corte di cassazione sul trattamento sanzionatorio.

1.1. La motivazione sul trattamento sanzionatorio.

«Nei limiti fissati dalla legge, il giudice applica la pena discrezionalmente: esso deve indicare i motivi che giustificano l'uso di tale potere discrezionale»: esordisce così l'art. 132 cod. pen., non a caso rubricato «Potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena».

Il discorso sulla applicazione (*rectius* irrogazione) della pena deve necessariamente partire da due punti fermi, tra loro strettamente correlati, a formare un tutt'uno che permea il tema del trattamento sanzionatorio, intendendosi con esso qualcosa di più articolato e complesso della pena "classica", prevista dall'art. 17 cod. pen., oggi arricchito con trattamenti sanzionatori "nuovi" o comunque rivisitati: da un lato, la discrezionalità del giudice nella irrogazione della pena (a sua volta discrezionalmente comminata dal legislatore); dall'altro, la motivazione della decisione in punto di pena.

L'una è espressione di un potere riconosciuto al giudice direttamente dal legislatore, da esercitare con rigore, rifuggendo da ogni possibile abuso; l'altra, è lo strumento attraverso il quale il giudice indica gli elementi a sostegno del trattamento sanzionatorio ed il percorso commisurativo seguito, così consentendo al condannato, che ne è destinatario, di cono-

scere le ragioni a sostegno e di contestarne la portata davanti al giudice dell'impugnazione, che in tal modo esercita il dovuto controllo sul trattamento sanzionatorio applicato.

L'uso "rigoroso" e scevro da arbitri del potere discrezionale attribuito al giudice si manifesta, rendendosi ostensibile, attraverso la motivazione adottata sul punto nella decisione assunta: la commisurazione della pena e la disciplina fondamentale dettata dagli artt. 132 e 133 cod. pen. rappresentano il nucleo centrale del tema della discrezionalità penale riconosciuta al giudice, in rapporto alla peculiarità del caso concreto e alla personalità dell'autore, in modo che possa essere irrogato, come si vedrà, un trattamento sanzionatorio che sia proporzionato ed individualizzante, in un assetto che, al tempo stesso, sia compatibile con le finalità proprie della pena, in particolar modo con la finalità volta alla rieducazione, funzione, quest'ultima, che costituisce «patrimonio della cultura giuridica europea, particolarmente per il suo collegamento con il "principio di proporzione" fra qualità e quantità della sanzione, da una parte, ed offesa, dall'altra» (Corte cost., sent. n. 313 del 1990), la cui centralità è stata rimarcata nelle più recenti pronunce della Consulta, tanto da affermare il «principio della non sacrificabilità» di tale funzione «sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena» (Corte cost., sent. n. 149 del 2018).

Il discorso in ordine alla motivazione sulla pena e al sindacato in sede di legittimità costituirà il fulcro centrale dell'analisi che si proverà a fare nelle pagine seguenti, nella consapevolezza che esso tocca un aspetto peculiare, che "a monte" sconta un retaggio, cui negli ultimi anni si è cercato di fare fronte e di superare.

Quando infatti si parla di motivazione della decisione, il pensiero, quasi in automatico, va alla motivazione sulla responsabilità e dunque al giudizio cognitivo, e non, nell'immediato, al giudizio sulla irrogazione della pena, che resta, anche fisicamente, relegato nella "parte finale" di ogni decisione, cui si arriva dopo aver analizzato tutti gli aspetti inerenti la responsabilità per il fatto di reato, alla luce degli elementi di prova acquisiti.

Eppure, è indubbio che la fase della irrogazione della pena è quella che incide sull'imputato ed è quella in cui il giudizio di cognizione svolto spiega i suoi effetti. Queste considerazioni e la necessità di assicurare un trattamento sanzionatorio efficace ed effettivo, e soprattutto proporzionato ed individualizzante, hanno spinto e spingono ad un'inversione di rotta: quella di non considerare la fase della cognizione e quella della esecuzione come due compartimenti stagni, ma di fare in modo che interagiscano tra loro e si intersechino, con un giudice della cognizione che sia anche giudice della esecuzione della pena.

Sono nati così nuovi trattamenti sanzionatori, comminati secondo schemi che sono spesso tratteggiati nelle linee essenziali, quasi "a maglie larghe", nel cui ambito va irrogata dal giudice – spesso con l'intervento di altre parti, quali per esempio gli uffici di esecuzione penale esterna, che di fatto lo riempiono di contenuto – una sanzione che sia sempre più individualizzante e proporzionale (si pensi al programma di trattamento della messa alla prova, al lavoro di pubblica utilità e a tutte le differenti tipologie dello stesso, alle nuove pene sostitutive di pene detentive brevi, ma anche alle condotte ripristinatorie, a quelle riparatorie); ha preso corpo, attraverso la nuova udienza di *sentencing*, il "processo bifasico", che già sul finire degli anni '90 del secondo scorso era stato ipotizzato in sede di commissione legislativa; si delinea, in definitiva, una nuova figura di giudice della cognizione che si occupa, sempre più direttamente, della pena, assumendo un ruolo nuovo e diverso.

In un nuovo contesto, quale quello attuale, soffermarsi sui criteri di commisurazione della pena e sugli orientamenti giurisprudenziali in tema, anche in ordine alle modalità di esplicazione del percorso argomentativo seguito nella sua irrogazione, diventa ancor più una necessità, a garanzia dell'imputato, che ne è il primo destinatario, e anche dello stesso giudice e della discrezionalità "rigorosa" e comunque vincolata che gli è riconosciuta e che va preservata.

1.2. La discrezionalità del giudice nel trattamento sanzionatorio.

Come più volte affermato dalla Corte costituzionale lo «strumento per una determinazione della pena quanto più possibile "finalizzata", nella prospettiva dell'art. 27, comma terzo, Cost.» (Corte cost., sent. n. 50 del 1980) è la discrezionalità del giudice, il cui uso va svolto nell'ambito e secondo i criteri fissati dalla legge.

Se, da un lato, quindi, il legislatore non può trascurare, nella individuazione della pena, nessuna delle funzioni cui essa e, più generale, il trattamento sanzionatorio devono tendere, dall'altro, spetta al giudice valutare tutte le specifiche circostanze della fattispecie concreta, facendo buon uso (rigoroso, n.d.a.) del proprio potere discrezionale, di cui il medesimo dà conto attraverso l'indicazione dei motivi, ai sensi dell'art. 132 cod. pen. (in questo senso, Sez. 2, n. 5247 del 15/10/2020, dep. 2021, P, Rv 280639-01).

Come il legislatore commina, nella discrezionalità che gli è riconosciuta, la pena, rapportandola alle ipotesi di reato astrattamente previste, così il giudice irroga un trattamento sanzionatorio – non più, e non solo, semplicemente una pena, ma qualcosa di molto più articolato e complesso, come si avrà modo di analizzare – adattandolo al caso specifico, e dunque adeguandolo tanto al fatto concreto, quanto alla persona, il tutto facendo applicazione rigorosa della discrezionalità in punto di commisurazione della pena, che gli è riconosciuta e che gli va garantita.

Riprendendo, sul punto, Sez. U, n. 47182 del 31/03/2022, Savini, in motivazione, «il tema della pena è il tema della coesistenza di due domini, quello del legislatore e quello del giudice, tra loro interrelati e tuttavia non confondibili. L'uno è espressione del potere di determinare il disvalore del tipo (ed eventualmente del sottotipo) astratto; l'altro del potere di determinare il disvalore del fatto concreto. Nel commisurare la pena il giudice si confronta, quindi, con due vincoli legali: quelli del primo tipo tendono a preservare le fondamentali opzioni legislative in ordine al disvalore del fatto reato astrattamente inteso; gli altri indirizzano e regolano la discrezionalità giudiziale nell'apprezzamento del disvalore del fatto reato storicamente concretizzatosi ai fini della individualizzazione della pena».

Il potere discrezionale del giudice nella determinazione della pena, come più volte affermato dalla Corte costituzionale, forma oggetto, nell'ambito del sistema penale, di un principio di livello costituzionale, non limitato solo alla fase di esecuzione della pena ma esistente già prima di essa, all'atto dell'irrogazione della sanzione (Corte cost., sent. n. 313 del 1990; n. 128 del 2008, n. 257 del 2006, n. 183 del 2011), che non può essere frutto di scelte immotivate o arbitrarie (e nemmeno "esasperatamente analitiche", cfr. Sez. 3, n. 6877 del 26/10/2016, dep. 2017, S, Rv. 269196-01) ma deve essere espressione di quella discrezionalità "rigorosa" riconosciuta al giudice e del quale il medesimo deve dar conto, al destinatario, prima di tutto, e anche a chi effettua un controllo in sede di impugnazione, esplicando le ragioni e gli elementi che giustificano e sorreggono le scelte adottate, ai sensi dell'art. 132 cod. pen.

Gli indici di commisurazione della pena previsti dall'art. 133 cod. pen. forniscono al giudice "l'armamentario per forgiare" la condanna sulla persona dell'imputato, in considerazione della finalità rieducativa della pena e se è pur vero, come si vedrà, che la giurisprudenza della Corte è consolidata nel ritenere che sia sufficiente, ma solo quando il giudice non si discosti dai minimi edittali (*ex multis* Sez. 2, n. 36104 del 27/04/2017, Mastro, Rv. 271243-01) o quando irroghi, in caso di pena alternativa, quella pecuniaria (tra le varie, Sez. 3, n. 37867 del 18/06/2015, Di Santo, Rv. 264726-01), che dalla motivazione sul punto risulti la considerazione conclusiva e determinante in base a cui è stata adottata la decisione, anche con il ricorso a formule di stile ("pena congrua", "pena adeguata", "pena equa" e simili), è altret-

tanto indubbio che occorra, al di fuori di questi casi (in cui l'imputato beneficia comunque di un trattamento a lui più favorevole) che la determinazione della pena, soprattutto quando la forbice edittale tra il mimino ed il massimo è ampia, non venga lasciata alle intuizioni personali del giudice, o addirittura al suo arbitrio, ma venga affidata ad un uso rigoroso della discrezionalità che il sistema gli riconosce e che si esprime, anche, nel rifuggire da clausole di stile e nel motivare, per converso, sulle ragioni determinanti la commisurazione della pena (in questo senso, anche Sez. 3, n. 6877 del 26/10/2016, dep. 2017, S, cit.), così da garantire all'imputato una pena effettivamente congrua, adeguata e proporzionale e assicurare la possibilità di un controllo rigoroso sulla motivazione, in sede di impugnazione.

L'ampiezza degli indici di commisurazione della pena prevista dall'art. 133 cod. pen. e le regole fissate dalle disposizioni di legge e ricavabili dalle norme, frutto dell'interpretazione giurisprudenziale di quelle stesse disposizioni, segnano il tracciato lungo il quale si muove il giudice nella commisurazione della pena e nella irrogazione del trattamento sanzionatorio, in uno sforzo, costante, di adeguamento delle norme astrattamente previste al caso specifico, che si manifesta nell'applicare un trattamento sanzionatorio personalizzato ed individualizzante e si estrinseca attraverso la motivazione delle ragioni che hanno portato alla decisione in punto di pena.

Il discorso relativo alla discrezionalità del giudice nel trattamento sanzionatorio è, infatti, strettamente correlato alla adeguatezza della pena – nel quale sono impliciti gli elementi di cui all'art. 133 cod. pen. -, alla sua ragionevolezza (citando Sez, U, Pizzone, «Di una pena non si può affermare o negare l'esattezza; ma si può riconoscere o criticare la ragionevolezza, intesa come relazione di coerenza tra la specie ([...]) e la misura della sanzione individuate e gli elementi che devono essere presi in considerazione per la determinazione della pena») e, soprattutto in epoca più recente, al principio di proporzionalità, sia in rapporto alla gravità del fatto di reato, che in rapporto alla capacità a delinquere dell'autore, con riflessi immediati sulla personalizzazione ed individualizzazione del trattamento sanzionatorio: è questo un principio al quale la Corte di cassazione si riporta, nel giudizio di controllo sulla motivazione relativa alla pena, soprattutto nelle pronunce che valutano la tenuta costituzionale delle norme che disciplinano il trattamento sanzionatorio, ma è anche il principio che, letto nell'ottica della finalità rieducativa cui ogni pena deve tendere, guida il sindacato della Corte in punto di pena.

1.3. Controllo della motivazione sul trattamento sanzionatorio complessivo.

Strettamente correlato alla discrezionalità del giudice nel trattamento sanzionatorio è l'obbligo di motivazione, il cui esercizio deve essere giustificato in ogni passaggio in ragione dell'art. 132, primo comma, cod. pen., pur se resta insuperato, e continua ad essere ampiamente condiviso, anche nelle pronunce più recenti della Corte, il principio espresso da una risalente Sezioni Unite, secondo cui è da ritenersi adempiuto l'obbligo della motivazione in ordine alla misura della pena allorché sia indicato l'elemento, tra quelli di cui all'art. 133 cod. pen., ritenuto prevalente e di dominante rilievo (Sez. U, n. 5519 del 21/04/1979, Pelosi, Rv. 142252-01) non essendo tenuto il giudice ad una analitica valutazione di tutti gli elementi, favorevoli o sfavorevoli, dedotti dalle parti in quanto, in una visione globale di ogni particolarità del caso, è sufficiente che dia l'indicazione di quelli ritenuti rilevanti e decisivi (così, in motivazione, anche Sez. 3, n. 19639 del 27/01/2012, Gallo e, recentemente, *ex plurimis* Sez. 2, n. 49728 del 09/11/2023, Gutierrez; Sez. 6, n. 29142 del 28/04/2023, Greco; Sez. 3, n. 26804 del 16/03/2023, Pitta).

Il controllo che la Corte di cassazione compie sul trattamento sanzionatorio è dunque un controllo sulla motivazione adottata dal giudice di merito nella irrogazione della san-

zione: la motivazione è lo strumento, fondamentale, attraverso il quale la pena, comminata dal legislatore, viene applicata all'autore del fatto di reato e così come la motivazione "spiega" il ragionamento seguito dal giudice, dando conto degli elementi da questi valutati come determinanti nel trattamento sanzionatorio, allo stesso modo essa consente al giudice dell'impugnazione di controllare quel ragionamento, qualora e nei limiti in cui le parti lamentino eventuali vizi.

Tutto il discorso sul controllo da parte dei giudici di legittimità del trattamento sanzionatorio è, inevitabilmente, un controllo sulla motivazione nella parte in cui, soprattutto nella irrogazione della pena "classica", ossia, per intenderci, nella individuazione della misura della pena contemplata dall'art. 17 cod. pen., tocca il profilo della congruità, della adeguatezza e della proporzionalità della pena inflitta in concreto, sulla quale incidono le diminuzioni per il tentativo, gli aumenti e le diminuzioni previste per le circostanze aggravanti ed attenuanti, l'aumento per la continuazione, l'aumento per la recidiva, per dirne alcuni tra i più rilevanti.

In questi casi, quanto al controllo della motivazione, è principio assolutamente consolidato quello secondo cui è inammissibile la censura che miri ad una nuova valutazione della congruità della pena, la cui determinazione non sia frutto di arbitrio o di ragionamento illogico, e ciò in quanto la graduazione del trattamento sanzionatorio, anche in relazione agli aumenti e alle diminuzioni previsti per le circostanze aggravanti ed attenuanti e a titolo di continuazione, rientra pur sempre nel potere discrezionale del giudice di merito, che lo esercita, in aderenza ai principi enunciati negli artt. 132 e 133 cod. pen. (Sez. 3, n. 29968 del 22/02/2019, Del Papa, Rv. 276288-01; in termini conformi anche Sez. 4, n. 46412 del 05/11/2015, Scaramozzino, Rv. 265283-01 e Sez. 5, n. 5582 del 30/09/2013, dep. 2014, Ferrario, Rv. 259142-01).

Insuperato è anche un ulteriore principio espresso in ordine al controllo esercitato ed esercitabile dalla Corte di cassazione sulla determinazione della pena, da una pronuncia relativamente non recente, che non conosce voci contrarie: il riferimento è a Sez. 6, n. 11564 del 12/03/2009, Masti, Rv. 242932-01, secondo cui la possibilità, riconosciuta alla Corte di cassazione dall'art. 620, lett. l), cod. proc. pen., di procedere direttamente alla determinazione della pena, deve ritenersi circoscritta alle ipotesi in cui alla situazione da correggere possa porsi rimedio senza accertamenti e valutazioni discrezionali su circostanze e punti controversi, suscettibili di diversi apprezzamenti di fatto, che rimangono in quanto tali operazioni incompatibili con le attribuzioni del giudice di legittimità (in termini, Sez. 4, n. 41569 del 27/10/2010, Negro, Rv. 248458-01; Sez. 6, n. 15157 del 20/03/2014, La Rosa, Rv. 259253-01; Sez. 5, n. 6782 del 06/12/2016, dep. 2017, Laconi, Rv. 269450-01; Sez. 6, n. 44874 del 11/09/2017, Dessi, Rv. 271484-01; Sez. 2, n. 4594 del 17/01/2018, Cantile, Rv. 272019-01).

È questo un principio che non conosce voci contrarie, se non limitate, non senza contrasto, al caso specifico della sospensione condizionale della pena (cfr. Sez. 2, n. 17010 del 17/03/2022, Rosafio, Rv. 283114-01 secondo cui, ove nella sentenza di appello il giudizio prognostico di ricaduta nel reato non sia espresso in modo esplicito, ma dal percorso argomentativo emerga con chiarezza la prognosi effettuata dal giudice, la Corte di cassazione può fare ricorso ai poteri conferiti dall'art. 620, lett. l), cod. proc. pen., mentre si impone l'annullamento della sentenza con rinvio al giudice di merito quando nella motivazione non vi siano elementi utili per la concessione del beneficio in sede di legittimità).

In definitiva il giudizio sul trattamento sanzionatorio continua ad essere inteso come un giudizio sul fatto, che, il più delle volte, si sottrae al sindacato della Corte, anche se la recente valorizzazione del principio della proporzionalità e della individualizzazione della

pena, letto nell'ottica finalistica della rieducazione, nel restituire una maggiore discrezionalità al giudice, permette alla Corte un sindacato in parte più esteso, perché svolto dando diretta applicazione ai nuovi canoni della pena.

E se ciò permea, in parte, i trattamenti sanzionatori "classici", deve anche registrarsi che quanto più articolato è il trattamento sanzionatorio irrogato (si pensi alla pena la cui sospensione condizionale sia stata subordinata ad un *facere;* alle condotte riparatorie, alle pene accessorie, al risarcimento del danno, al programma di trattamento nella messa alla prova, alle nuove pene sostitutive delle pene detentive brevi, alle diverse tipologie che assume il lavoro di pubblica utilità), tanto più l'obbligo della motivazione, richiede, per potersi ritenere adempiuto, che vengano chiarite le ragioni di quel trattamento sanzionatorio, per consentire, così, un controllo alle parti interessati e in sede di impugnazione al giudice dell'impugnazione, ancorato ai parametri seguiti.

Come si avrà modo di analizzare, è proprio con riferimento alla più complesse e nuove forme di trattamento sanzionatorio – la cui comminazione è spesso delineata dal legislatore "a maglie larghe", tratteggiando gli aspetti essenziali, la struttura portante, ma lasciando che siano le parti interessate a dare contenuto a quel trattamento – che il principio della proporzionalità individualizzante della pena è, nella giurisprudenza della Corte, il principale parametro cui riferirsi, sia nella individuazione del trattamento sanzionatorio irrogabile, sia nel controllo sull'*iter* motivazionale seguito.

In conclusione, e rinviando alla trattazione che segue, si possono tuttavia già anticipare alcune riflessioni che emergono dall'analisi degli orientamenti giurisprudenziali sul tema del controllo della Corte in punto di pena.

In primo luogo, il controllo che la Corte effettua continua ad avere come "faro" l'individuazione, in particolare, della finalità rieducativa della pena, cui deve tendere il giudice nella commisurazione in concreto della pena e negli ultimi anni si assiste sempre di più alla valorizzazione, in linea con i principi espressi dalla Consulta, della funzione rieducativa, nell'ottica della quale vengono "letti" e laddove possibile "corretti", attraverso una serie di principi di diritto, le modalità di irrogazione sia dei trattamenti sanzionatori "tradizionali", sia quelli più nuovi, che sono spesso tratteggiati dal legislatore solo nelle linee essenziali e che lasciano quindi un più ampio margine di valutazione discrezionale al giudice.

In secondo luogo, persiste tuttora un ambito che finisce con il restare marginale nell'intervento della Corte, quello, come si vedrà, della pena vicina ai limiti edittali minimi, dove il mero richiamo a formule, che spesso sono di stile, viene tuttora ritenuto sufficiente a motivare il trattamento sanzionatorio, di fatto "svuotando" di effettività il controllo sulla motivazione da parte del giudice di legittimità, sol perché l'imputato ha comunque beneficiato di un trattamento di maggiore favore, che tuttavia, quale espressione di discrezionalità, presuppone comunque una adeguata motivazione.

Non può, inoltre, sottacersi che sul controllo della Corte incidono anche fattori di natura processuale – *in primis* il principio devolutivo che permea le impugnazioni, anche quelle in sede di legittimità, con tutte le conseguenze rispetto ai motivi dedotti, deducibili e non dedotti, in uno ai limiti che incontrano le parti, specie il pubblico ministero, nella proposizione dei ricorsi – che di fatto rendono circoscritta la possibile rivisitazione del percorso commisurativo seguito dai giudici di merito, soprattutto da quello di primo grado, posto che anche la Corte di appello incontra il medesimo limite, e che, più in generale, possono finire con l'inibire il sindacato della Corte, salvi i casi di pena illegale, la cui nozione, forse anche non a caso, è costantemente all'attenzione della Corte, anche nel suo Supremo Consesso.

Infine, pur essendo riconosciuta alla Corte la possibilità di intervenire direttamente sulla pena (attraverso l'art. 620, lett. l, cod. proc. pen.), si registrano tuttora pochi annullamenti

senza rinvio in punto di pena, e quasi tutti hanno ad oggetto rideterminazioni della pena o nei limiti edittali minimi, o con riconoscimenti di benefici, e sono quindi espressione di interventi realizzati essenzialmente in *bonam partem*.

1.3.1. Il potere di rideterminazione della pena.

Il controllo che la Corte compie è dunque, come detto, un controllo sulla motivazione del trattamento sanzionatorio, anche se, con la riforma c.d. Orlando, e con il nuovo art. 620, lett. l), cod. proc. pen., così sostituito dall'art. 1 comma 67, legge 23 giugno 2017, n. 103, la Corte di cassazione può annullare senza rinvio la decisione impugnata se ritiene «di poter decidere, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, o di rideterminare la pena sulla base delle statuizioni del giudice di merito o di adottare i provvedimenti necessari, e in ogni altro caso in cui ritiene superfluo il rinvio».

La disposizione in esame ha segnato una svolta importante, ma ha tuttavia richiesto l'intervento delle Sezioni Unite, in ben due occasioni, nel 2017, con le Sez. U, Matrone, e nel 2022, con le Sez. U, PG c/ Galdini.

Con le Sez. U, n. 3464 del 30/11/2017, dep. 2018, Matrone, Rv. 271831-01, che erano state chiamate a chiarire se la nuova norma potesse essere interpretata nel senso di consentire la riformulazione del trattamento sanzionatorio in sede di legittimità, le Sezioni Unite hanno affermato che la Corte di cassazione pronuncia sentenza di annullamento senza rinvio se ritiene superfluo il rinvio e se, anche all'esito di valutazioni discrezionali, può decidere la causa alla stregua degli elementi di fatto già accertati o sulla base delle statuizioni adottate dal giudice di merito, non risultando necessari ulteriori accertamenti.

In tema di pene accessorie, si è poi affermato che la Corte di cassazione, ove rilevi l'illegittima omessa applicazione di pena accessoria predeterminata nella durata, pronuncia l'annullamento senza rinvio ai sensi dell'art. 620, lett. l), cod. proc. pen., mentre non può ricorrere alla rettificazione di cui all'art. 619 comma 2, cod. proc. pen. (Sez. U, n. 47502 del 29/09/2022, P.g. in proc. Galdini. Rv. 283754-02).

La norma, così come interpretata dal diritto vivente, risulta avere avuto applicazione nei casi in cui il giudice di merito abbia irrogato, nel procedimento per reato contravvenzionale definito con rito abbreviato, la riduzione di un terzo, in luogo della metà, riduzione, quest'ultima, direttamente applicata dal giudice di legittimità (tra le varie, **Sez. 1, n. 30378 del 20/06/2024, Hassan; Sez. 1, n. 26294 del 12/06/2024, Rosso**); nei casi di abbreviato cd. "secco" (**Sez. 1, n. 25928 del 21/03/2024, Stricca**), ovvero limitatamente al reato per il quale sia stato ritenuto che il fatto non sussista, o è comunque estinto o non procedibile, con rideterminazione della pena per il reato residuo (**Sez. 1, n. 28372 del 13/03/2024, Giangrande; Sez, 1, n. 26207 del 09/04/2024, Morelli**; Sez. 6, n. 44866 del 03/10/2023, Zagaria); in caso di riconoscimento del beneficio della non menzione (**Sez. 1, n. 27414 del 08/05/2024, Ferlaino**); nei casi di mancata applicazione della pena accessoria, o di omessa indicazione della durata della stessa (**Sez, 6, n. 24393 del 30/04/2024, Lombardi;** Sez. 3, n. 11997 del 24/10/23, Bosco; Sez. 5, n. 3457 del 19/10/2023, Chiacchiaretta); in relazione alla durata del lavoro di pubblica utilità (Sez. 3, n. 874 del 14/12/2023, Grasso); in caso di contrasto tra dispositivo letto in udienza e motivazione della sentenza non contestuale (**Sez. 1, n. 11921 del 11/01/2024, Serra**); di aumento errato per la recidiva (Sez. 5, n. 44890 del 10/10/2023, Jovanovic); di errore di calcolo nella pena (Sez. 5, n. 18076 del 23/03/2023, Fenocchio) ma anche in casi come quello trattato da **Sez. U, n. 7029 del 28/09/2023, dep. 2024, Giampà** relativo alla determinazione della pena inflitta più grave da parte del giudice dell'esecuzione, in caso di riconoscimento della continuazione tra reati giudicati separatamente con rito abbreviato, fra cui sia compreso un delitto punito con la pena

dell'ergastolo, per il quale il giudice della cognizione abbia applicato la pena di anni trenta di reclusione per effetto della diminuente di un terzo *ex* art. 442, comma 2, terzo periodo, cod. proc. pen. (nel testo vigente sino al 19 aprile 2019).

A ben vedere, il rimedio della rideterminazione potrebbe anche avere una applicazione anche maggiore di quella che attualmente si registra (cfr, oltre a quelle indicate, anche Sez. 6, n. 12391 del 18/01/2018, Pupo, Rv. 272458-01 sull'applicazione dei limiti edittali nuovi per il reato di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990 e più in generale le varie pronunce che accolgono i motivi denuncianti vizi di violazione di legge o di motivazione sulla pena, che non richiedono particolari valutazioni discrezionali), anche se, a mero titolo esemplificativo, l'attuale contrasto che tuttora si registra in tema di sospensione condizionale della pena (da un lato, le sentenze che ne escludono l'applicazione in caso di omessa pronuncia della corte di appello, fra cui *ex multiis*, Sez. 4, n. 465 del 14/10/2021, dep. 2022, Catabbo, Rv. 282562-01; dall'altro, le sentenze che l'ammettono, ove dal percorso argomentativo emerga con chiarezza la prognosi effettuata dal giudice, fra le ultime, Sez. 2, n. 17010 del 17/03/2022, Rosafio, Rv. 283114-01) sembra lasciar emergere una forma di "prudenza", da parte della Corte, ad "entrare", sia pur entro binari tracciati, nel trattamento sanzionatorio che, per sua natura, è questione rimessa ed affrontata dal giudice di merito.

In conclusione, l'interpretazione tratteggiata dal diritto vivente della norma di cui all'art. 620, lett. l), cod. proc. pen. e delle disposizioni di cui agli artt. 619, commi 2 e 3, cod. proc. pen. (che ammettono la possibilità per la Corte di cassazione di provvedere direttamente, senza pronunciare annullamento, se, rispettivamente, deve solo rettificare la specie o la quantità della pena per un errore di determinazione; o nei casi di legge più favorevole all'imputato, anche se sopravvenuta dopo la proposizione del ricorso, qualora non siano necessari nuovi accertamenti di fatto) condotta alla stregua della *ratio* deflattiva, in tema di impugnazioni, che ha connotato la cd. Riforma Orlando e con essa la sostituzione dell'art. 620, lett. l, cod. proc. pen., potrebbe legittimamente portare la Corte, ove ritenga di poter decidere, a fare sempre maggiore ricorso alla rideterminazione della sanzione irrogata con la decisione impugnata, tenuto anche conto che, così facendo, si avrebbe anche un immediato effetto deflattivo sul giudizio di merito, sostanziandosi l'intervento in un annullamento senza rinvio.

1.3.2. L'incidenza dei limiti al potere di impugnazione del pubblico ministero.

Il controllo della Corte risente, inevitabilmente, dei limiti del principio devolutivo che connota tutto il regime delle impugnazioni e quindi anche dei limiti dei vizi deducibili (se già dedotti in sede di gravame) o rilevabili d'ufficio dal giudice di legittimità. Accanto a questi limiti – che riguardano tutto il complessivo giudizio di legittimità e non solo quello attinente al trattamento sanzionatorio – ci sono poi quelli che il sistema prevede con riferimento al potere di impugnazione del pubblico ministero, soprattutto a seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. 6 febbraio 2018, n. 11, emanato in attuazione della delega conferita con legge 23 giugno 2017 n. 103 (Riforma Orlando).

Molte impugnazioni, sul trattamento sanzionatorio, vengono infatti proposte dal Procuratore generale presso la Corte di appello, la cui legittimazione incontra i limiti fissati dall'art. 608, comma 1, cod. proc. pen. potendo, questi, ricorrere per cassazione sia contro ogni sentenza di condanna o di proscioglimento pronunciata in grado di appello sia contro la sentenza inappellabile (art 608, comma 1, cod. proc. pen.); e tale si intende, per il pubblico ministero, quella estranea al catalogo di cui all'art. 593, comma 1, cod. proc. pen, a norma del quale il pubblico ministero può impugnare con l'appello le sentenze di condanna solo quando «escludono la sussistenza di una circostanza aggravante ad effetto

speciale o stabiliscono una pena di specie diversa da quella ordinaria» nonché «solo quando modificano il titolo del reato», in linea con quanto già previsto dall'articolo 443, comma 3, cod. proc. pen. per l'appello contro le sentenze di condanna emesse ad esito del giudizio abbreviato.

Altra limitazione al potere di appello – anche – del pubblico ministero concerne le sentenze di condanna per le quali sia 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 (art. 593, comma 3, cod. proc. pen.).

A ciò si deve aggiungere che di recente, l'ambito delle sentenze inappellabili è stato anche esteso, dalla Corte – pur registrandosi allo stato un contrasto sul punto – alle sentenze di condanna con le quali venga inflitta la pena pecuniaria sostituiva della pena dell'arresto o la pena della ammenda in sostituzione della pena dell'arresto.

L'orientamento sviluppatosi prima della riforma Cartabia, e della modifica dell'art. 593, comma 3, cod. proc. pen., ad opera dell'art. 34, comma 1, lett. a), d.lgs. 22 ottobre 2022, n. 150, riteneva ammissibile l'appello avverso la sentenza di condanna per contravvenzione in relazione alla quale fosse stata applicata*, ex* art. 53 legge 24 novembre 1981, n. 689, la sola pena dell'ammenda come sanzione sostitutiva dell'arresto e ciò in ragione della revocabilità della sostituzione *ex* artt. 72 e 59 della legge n. 689 del 1981 (nel testo in vigore prima della entrata in vigore della c.d. Riforma Cartabia), rispetto alla quale il sacrificio del secondo grado nel merito non è costituzionalmente ammissibile. Si affermava infatti, secondo un orientamento consolidato, che l'art. 593, comma 3, cod. proc. pen., nel prevedere l'inappellabilità delle sentenze di condanna relative a contravvenzioni per le quali è stata applicata la sola ammenda, intendesse riferirsi alle contravvenzioni astrattamente punibili con la sola pena pecuniaria o con pena alternativa e non anche alle contravvenzioni astrattamente punibili con pena congiunta, quando venga poi in concreto inflitta la pena (pecuniaria) dell'ammenda, in sostituzione di quella detentiva dell'arresto (*ex plurimis*, Sez. 3, n. 14738 del 11/02/2016, Lupo, Rv. 266833-01; Sez. 4, n. 45751 del 08/11/2012, Longo, Rv. 253645-01; Sez. 1, n. 10735 del 05/03/2009, Provvidenti, Rv. 242879-01).

Questo orientamento è stato ripreso e ribadito anche dopo la riforma Cartabia e dopo l'interpolazione dell'art. 593, comma 3, cod. proc. pen. con l'aggiunta del riferimento alla pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità: **Sez. 4, n. 11375 del 30/01/2024, Mamani, Rv. 286018-01**, ha infatti affermato che permane il profilo, individuato dalla giurisprudenza di legittimità a fondamento dell'orientamento formatosi prima della riforma, per cui il sacrificio del secondo grado di giudizio non sarebbe costituzionalmente legittimo, a fronte della astratta possibilità, in caso di mancato pagamento, di conversione in una sanzione che incide sulla libertà personale.

Di contrario avviso **Sez. 3, n. 20573 del 13/03/2024, Staffieri, Rv. 286360-01** che ha ritenuto inappellabile la sentenza di condanna con la quale è inflitta la pena dell'ammenda, anche se in sostituzione, in tutto o in parte, di quella dell'arresto, per effetto del disposto dell'art. 593, comma 3, cod. proc. pen., come novellato dall'art. 34, comma 1, lett. a), d.lgs. 22 ottobre 2022, n. 150, e della contestuale introduzione delle pene sostitutive delle pene detentive brevi di cui agli artt. 20-*bis* cod. pen. e 53 e ss. legge 24 novembre 1981, n. 689.

Vari gli argomenti a sostegno della soluzione ermeneutica adottata.

La Corte si richiama alla portata della riforma, che ha profondamente inciso sia sul sistema delle impugnazioni, introducendo tra l'altro l'istituto della improcedibilità, sia sul trattamento sanzionatorio, con le nuove pene (e non più "sanzioni") sostitutive delle pene (e non "sanzioni") detentive brevi. Si riportano ampi passi della relazione illustrativa del d.lgs. n. 150 del

2022 in cui si evidenzia «come il legislatore abbia inteso bilanciare l'istituto dell'improcedibilità, che introduce una sorta di «ghigliottina» temporale nel giudizio di merito, con un ampliamento dei casi di inappellabilità delle sentenze». Si rileva altresì che il disposto dell'articolo 57, terzo comma, della l. n. 689 del 1981 («la pena pecuniaria si considera sempre come tale, anche se sostitutiva della pena detentiva») valorizza una sostanziale assimilazione della pena sostitutiva pecuniaria alla pena pecuniaria *ab origine*. Si rimarca anche che il lavoro sostitutivo (così come la pena pecuniaria nel caso previsto dall'art. 71 legge n. 689 del 1981) può essere revocato ai sensi dell'articolo 66 l. cit, in caso di inosservanza delle prescrizioni e, non da ultimo, sai analizza e si afferma la tenuta costituzionale della soluzione adottata.

Alla luce di tutte queste considerazioni, così sinteticamente riportate, la Corte ha ritenuto che la lettura sistematica dell'art. 593, comma 3, cod. proc. pen, come modificato consenta di affermare che il legislatore, in un'ottica di semplificazione del sistema delle impugnazioni volto a garantire maggiore selezione e celerità nella definizione dei processi, ha inteso ampliare l'area dell'inappellabilità a tutte le pene sostitutive non detentive, confinando il regime di appellabilità alle sole pene sostitutive della semilibertà sostitutiva e della detenzione domiciliare sostitutiva, che invece incidono sulla libertà personale del condannato.

Una volta tracciate le coordinate normative e giurisprudenziali per la definizione dell'ambito del potere di appello del pubblico ministero, può affermarsi che, al di fuori delle categorie di pronunzie individuate dalle disposizioni appena citate e dall'elaborazione che le ha riguardate, il pubblico ministero non può proporre appello contro le sentenze di condanna: in questi casi l'unico rimedio esperibile è il ricorso per cassazione per uno dei vizi di cui all'art. 606 cod. proc. pen.

Il potere del pubblico ministero di ricorrere per cassazione è, tuttavia, circoscritto, al di là dei confini generali di cui all'art. 606 cod. proc. pen., in due casi.

Il primo riguarda il ricorso per cassazione avverso sentenza di appello che abbia confermato la decisione di prime cure di proscioglimento, laddove l'art. 608, comma 1-*bis*, cod. proc. pen. riduce i vizi deducibili a quelli di cui alle lettere a), b) e c) dell'art. 606 codice di rito.

Il secondo concerne il ricorso *per saltum* (previsto, ai sensi dell'art. 569, comma 1, cod. proc. pen., per le sentenze appellabili), nel cui ambito la parte pubblica può dedurre solo i vizi diversi da quelli di cui alle lettere d) ed e) dell'art. 606 cod. proc. pen., pena la conversione del ricorso in appello, a norma dell'art. 569, comma 3, cod. proc. pen.

Le limitazioni indicate, sia quelle che valgono per il pubblico ministero in generale, sia quelle, più specifiche, proprie del procuratore generale presso la Corte di appello, incidono inevitabilmente sul sindacato e dunque sul controllo che la Corte svolge sul trattamento sanzionatorio, essendo lo stesso, per sua natura, circoscritto solo alle questioni che le vengono devolute.

1.4. Limiti edittali minimi e motivazione attenuata.

Il principio secondo il quale nel caso in cui venga irrogata una pena vicina al minimo edittale, il mero richiamo ai "criteri di cui all'art. 133 cod. pen." può ritenersi motivazione sufficiente per dimostrare l'adeguatezza della pena all'entità del fatto può ritenersi assolutamente consolidato: più la pena si avvicina ai minimi edittali, più l'obbligo della motivazione, in ordine alla congruità della pena inflitta, si attenua.

Ciò vale sia con riferimento alla pena e alla sua graduazione, sia in relazione agli aumenti ed alle diminuzioni previsi per le circostanze aggravanti ed attenuanti.

È questo un principio che ha origini molto risalenti: già Sez. 2, n. 163 del 01/02/1966, Fulcone, Rv. 101843-01 aveva affermato che «la motivazione della sentenza in ordine alla

determinazione della pena base, ed alle diminuzioni o agli aumenti operati per le eventuali circostanze attenuanti o aggravanti, è necessaria solo quando la pena inflitta sia di gran lunga superiore al minimo, o quanto meno superiore alla misura media edittale; fuori di questo caso, attesa l'assoluta discrezionalità attribuita in materia al giudice di merito, non è necessario che nella motivazione della sentenza siano richiamati tutti gli elementi indicati nell'art. 133 cod. pen., poiché anche l'uso di espressioni come "pena congrua", "congrua riduzione" e simili, è sufficiente a far ritenere che lo stesso giudice abbia valutato la fattispecie secondo i comuni criteri e non a proprio arbitrio".

Con riferimento alla determinazione della pena, si afferma che «nel caso in cui venga irrogata una pena prossima al minimo edittale, l'obbligo di motivazione del giudice si attenua, talché è sufficiente il richiamo al criterio di adeguatezza della pena, nel quale sono impliciti gli elementi di cui all'art. 133 cod. pen. (*ex multis*, Sez. 2, n. 28852 del 08/05/2013, Taurasi, Rv. 256464-01).

Il principio è stato ribadito anche con riferimento alla pena fissata al di sotto della media edittale, e dunque ad una pena superiore rispetto ai minimi edittali: «[n]on è necessaria una specifica e dettagliata motivazione del giudice nel caso in cui venga irrogata una pena al di sotto della media edittale che deve essere calcolata non dimezzando il massimo edittale previsto per il reato, ma dividendo per due il numero di mesi o anni che separano il minimo dal massimo edittale ed aggiungendo il risultato così ottenuto al minimo». (Sez. 3, n. 29968 del 22/02/2019, Del Papa, Rv. 276288-01, in termini conformi anche Sez. 4, n. 46412 del 05/11/2015, Scaramozzino, Rv. 265283-01).

Si è anche affermato, con una massima molto risalente ma non contrastata, che non è contraddittoria la sentenza che pur concedendo le circostanze attenuanti generiche, eroghi la pena in misura superiore al minimo, giacché l'applicazione della pena nei limiti stabiliti dalla legge rientra nel potere discrezionale del giudice, il quale deve solo giustificare, secondo i criteri direttivi dell'art. 133 cod. pen., che tale potere non sia trasformato in arbitrio (Sez. 1, n. 1327 del 22/10/1969, Cosoleto, Rv. 113265–01).

Quanto agli aumenti ed alle diminuzioni previsti per le circostanze aggravanti ed attenuanti, si afferma – egualmente – che la loro graduazione rientra nella discrezionalità del giudice di merito, il quale, per assolvere al relativo obbligo di motivazione, è sufficiente che dia conto dell'impiego dei criteri di cui all'art. 133 cod. pen. con espressioni del tipo: "pena congrua", "pena equa" o "congruo aumento", come pure con il richiamo alla gravità del reato o alla capacità a delinquere, essendo, invece, necessaria una specifica e dettagliata spiegazione del ragionamento seguito soltanto quando la pena sia di gran lunga superiore alla misura media di quella edittale. (*ex multis* Sez. 2, n. 36104 del 27/04/2017, Mastro, Rv. 271243-01).

Più di recente, si è detto che «la discrezionalità del giudice nell'applicare la diminuzione derivante dalla ritenuta ricorrenza di una o più circostanze attenuanti deve trovare giustificazione nella motivazione della sentenza e il relativo onere è tanto più intenso quanto più contenuta è l'incidenza del beneficio rispetto alla pena in concreto stabilita» (Sez. 3, n. 42121 del 08/04/2019, Egbule, Rv. 277058-01).

Eguale principio è stato espresso anche in relazione al reato continuato, essendosi affermato che il giudice di merito, nel calcolare l'incremento sanzionatorio in modo distinto per ciascuno dei reati satellite (così come prescritto da Sez. U, Pizzone, n.d.r.), non è tenuto a rendere una motivazione specifica e dettagliata qualora individui aumenti di esigua entità, essendo in tal caso escluso in radice ogni abuso del potere discrezionale conferito dall'art. 132 cod. pen. (Sez. 6, n. 44428 del 05/10/2022, Spampinato, Rv. 284005-01).

Come già osservato in precedenza, la pena mantenuta nei minimi edittali, la cui motivazione è spesso affidata a clausole di stile, per il solo fatto che essa è più favorevole al

reo, sottraendosi di fatto al controllo da parte del giudice di legittimità, non è in linea con il generale dovere di motivazione, svincolato, come sottolinea anche la dottrina, dall'entità della pena irrogata e può, in tali situazioni, comportare il rischio di "svuotare" di effettività lo stesso sindacato sulla motivazione.

1.5. Pena superiore ai minimi edittali e obbligo di motivazione specifica.

Diversamente dai casi in cui venga irrogata una pena che si mantiene entro i limiti edittali minimi, quanto più il giudice intenda discostarsi dal minimo o dalla media edittale, tanto più ha il dovere di dare conto e ragione del corretto esercizio del proprio potere discrezionale, indicando specificamente, fra i criteri oggettivi e soggettivi enunciati dall'art. 133 cod. pen., quelli ritenuti rilevanti ai fini di tale giudizio (in questo senso Sez. 6, n. 35346 del 12/06/2008, Bonarrigo, Rv. 241189-01); allo stesso modo «una specifica e dettagliata motivazione in ordine alla quantità di pena irrogata è necessaria soltanto quando la pena sia di gran lunga superiore alla misura media di quella edittale» (così Sez. U, n. 12778 del 27/02/2020, S., Rv. 278869, non massimata sul punto); infine, in caso di irrogazione della pena in una misura prossima al massimo edittale, è necessaria una specifica e dettagliata motivazione in ordine alla quantità di pena irrogata, con l'indicazione dei criteri oggettivi e soggettivi di cui all'art. 133 cod. pen., valutati ed apprezzati tenendo conto della funzione rieducativa, retributiva e preventiva della pena (Sez. 3, n. 10095 del 10/01/2013, Monterosso, Rv. 255153-01; più di recente, Sez. 5, n. 35100 del 27/06/2019, Torre, Rv. 276932-01), non essendo sufficienti a tal fine le espressioni del tipo: "pena congrua", "pena equa" o "congruo aumento", come pure il richiamo alla gravità del reato o alla capacità a delinquere (Sez. 4, n. 27959 del 18/06/2013, Dell'Utri, Rv. 258356-01).

Ciò vale non solo con riferimento alla determinazione della pena ma anche in relazione alle diminuzioni o agli aumenti per le circostanze, avendo la Corte affermato che «[l]a specifica e dettagliata motivazione in ordine alla quantità di pena irrogata, specie in relazione alle diminuzioni o aumenti per circostanze, è necessaria soltanto se la pena sia di gran lunga superiore alla misura media di quella edittale, potendo altrimenti essere sufficienti a dare conto dell'impiego dei criteri di cui all'art. 133 cod. pen. le espressioni del tipo: "pena congrua", "pena equa" o "congruo aumento", come pure il richiamo alla gravità del reato o alla capacità a delinquere» (Sez. 2, n. 36245 del 26/06/2009, Denaro, Rv. 245596-01).

Allo stesso modo, per le pene accessorie, a fungere da parametro di riferimento nella indicazione dei criteri soggettivi ed oggettivi di cui all'art. 133 cod. pen. che devono sorreggere la motivazione che si discosti dai minimi edittali, è sempre la triplice funzione della pena: in questo senso Sez. 5, n. 11329 del 09/12/2019, dep. 2020, Retrosi, Rv. 278788-01 in una fattispecie in cui la Corte aveva annullato una sentenza di patteggiamento per bancarotta fraudolenta, nella parte in cui il giudice aveva irrogato le pene accessorie di cui all'art. 219, ultimo comma, legge fall., nel massimo edittale, motivando genericamente sulla gravità del danno e sull'entità delle condotte distrattive; in termini anche Sez. 5, n. 1947 del 03/11/2020, dep. 2021, Maddem, Rv. 280668-01, che, in tema di pene accessorie previste per i reati fallimentari, ha affermato che ove la durata sia determinata in misura superiore alla media edittale è necessaria una specifica motivazione in ordine ai criteri soggettivi ed oggettivi di cui all'art. 133 cod. pen., tenendo conto della funzione rieducativa, retributiva e preventiva della pena, ancor più ove sussista divaricazione nel trattamento sanzionatorio complessivo tra pena principale, irrogata nel minimo, e pene accessorie fissate nel massimo.

Non diversamente, anche in tema di misure di sicurezza, la Corte ha espresso lo stesso principio.

Sez. 2, n. 23797 del 17/07/2020, Rv. 279486-01, in un caso di applicazione della misura di sicurezza del ricovero in R.E.M.S. – o struttura similare – per la durata di cinque anni e dunque in misura superiore al minimo (tre anni) previsto dall'art. 219, comma secondo, cod. pen. per i casi di delitti, come nella specie, puniti con la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel minimo a dieci anni, ha affermato che il giudice è tenuto a motivare adeguatamente in ordine al corretto uso del potere esercitato quanto alla determinazione, superiore al minimo di legge, della durata della misura applicata. La pronuncia richiama, in particolare, un risalente precedente, Sez. 1, n. 1272 del 27/04/1973, dep. 1974, Specchia, Rv. 126176–01 (secondo cui al pari di quanto si verifica per le pene principali e per quelle accessorie, il giudice non ha affatto il dovere di applicare le misure di sicurezza nella misura minima, ma incontra, in relazione alle diverse ipotesi previste dalla legge, due soli condizionamenti: quello di non fissare la durata minima della misura di sicurezza in misura inferiore al limite di volta in volta stabilito dalla legge in relazione alla pena principale edittale, e quello di motivare adeguatamente in ordine al corretto uso del potere esercitato rispetto alla determinazione, superiore al minimo, della durata della misura di sicurezza) anche se, rispetto ai due condizionamenti indicati, se ne aggiunge anche un terzo, ai sensi dell'art. 1, comma 1-*quater* d.l. 31 marzo 2014, n. 52, convertito con modificazioni dalla l. 30 maggio 2014, n. 81, ossia la durata massima, che non può superare il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima.

Principio assimilabile è quello espresso in tema di determinazione del trattamento sanzionatorio in caso di pena congiunta.

Sez. 3, n. 25556 del 05/04/2019 Ud., Leone, Rv. 276010-01 ha affermato che il giudice che, fissando in prossimità del c.d. minimo edittale la pena detentiva, ritenga di irrogare invece la sanzione pecuniaria in misura apprezzabilmente superiore al cd. medio edittale, è tenuto ad esporre diffusamente le ragioni di tale seconda determinazione. In motivazione la Corte ha ritenuto che, se è pur vero che in tema di applicazione della diminuzione per le attenuanti generiche, non sussiste l'obbligo del giudice di merito, nel caso di reato punito con pena detentiva congiunta a pena pecuniaria, di seguire il medesimo criterio nella determinazione della pena base detentiva e di quella pecuniaria (si richiama Sez. 4, n. 20228 del 15/03/2012, Lucky, Rv. 252682-01), «è tuttavia altrettanto indubbio che quanto più la "forbice" tra le due specie di pena tende a divaricarsi, tanto maggiore dev'essere la giustificazione che il giudice è tenuto a fornire al fine di chiarire le ragioni per le quali ha ritenuto di dover "amplificare" il trattamento sanzionatorio quanto alla pena pecuniaria, ponendo in condizione il destinatario della stessa di seguire il procedimento logico – giuridico che giustifica una più rigorosa reazione dell'ordinamento sotto il profilo sanzionatorio pecuniario, posto che è proprio in consimili ipotesi che la funzione special – preventiva dell'effetto sanzionatorio penale esplica i suoi massimi effetti, incidendo non solo sulla persona ma anche e soprattutto sul patrimonio dell'imputato».

Principio non dissimile è stato espresso in relazione alla pena alternativa.

Con riferimento ad una fattispecie in cui è stata ritenuta adeguatamente motivata la determinazione della pena dell'ammenda, in misura prossima a quella massima, attraverso il richiamo al criterio della "conformità a giustizia", si è affermato che «...il giudice non è tenuto ad esporre diffusamente le ragioni in base alle quali ha applicato la misura massima della sanzione pecuniaria, perché, avendo l'imputato beneficiato di un trattamento obiettivamente più favorevole rispetto all'altra più rigorosa indicazione della norma, è sufficiente che dalla motivazione sul punto risulti la considerazione conclusiva e determinante in base a cui è stata adottata la decisione, ben potendo esaurirsi tale motivazione nell'accenno alla

equità quale criterio di sintesi adeguato e sufficiente» (Sez. 3, n. 37867 del 18/06/2015, Di Santo, Rv. 264726-01; in termini anche Sez. 1, n. 40176 del 01/10/2009, Russo, Rv. 245353-01).

Dopo le Sez. U, Pizzone, che hanno sposato la tesi per cui in tema di reato continuato, il giudice, nel determinare la pena complessiva, oltre ad individuare il reato più grave e stabilire la pena base, deve anche calcolare e motivare l'aumento di pena in modo distinto per ciascuno dei reati satellite (Sez. U, n. 47127 del 24/06/2021, Pizzone, Rv. 282269-01), il diritto vivente è ormai nel senso di richiedere, nella determinazione della pena per i reati satelliti avvinti dalla continuazione, un grado di impegno motivazionale tale da consentire di verificare che sia stato rispettato il rapporto di proporzione tra le pene, anche in relazione agli altri illeciti accertati, che risultino rispettati i limiti previsti dall'art. 81 cod. pen. e che non si sia operato surrettiziamente un cumulo materiale di pene.

Richiamando Sez. 3, n. 24979 del 22/12/2017, dep. 2018, F., non massimata sul punto, nella parte in cui è stato affermato che «se per i reati satellite è irrogata una pena notevolmente inferiore al minimo edittale della fattispecie legale di reato, l'obbligo di motivazione si riduce, mentre, qualora la pena coincida con il minimo edittale della fattispecie legale di reato o addirittura lo superi, l'obbligo motivazionale si fa più stringente ed il giudice deve dare conto specificamente del criterio adottato, tanto più quando abbia determinato la pena base per il reato ritenuto più grave applicando il minimo edittale e/o quando abbia applicato una misura di pena in aumento sproporzionata, pur in presenza delle medesime fattispecie dì reato», le Sez. U, Pizzone hanno valorizzato come, nei casi in cui la sentenza determini le pene, quella del reato più grave e quelle dei reati satellite, senza rispettare il criterio di proporzionalità reciproca, si colga una sospetta irragionevolezza, che va superata attraverso una motivazione specifica che dia conto delle ragioni in base alle quali il giudice abbia adottato differenti quantificazioni nel determinare la pena base e l'aumento di pena per la continuazione, così da fugare il dubbio della contraddittorietà del differente trattamento.

Venendo in rilievo, nella irrogazione della pena per i reati satellite, più reati e dunque una pena complessiva del reato continuato, è necessario che il giudice non faccia solo un uso corretto del potere discrezionale che gli è riconosciuto, ma che espliciti anche le ragioni sottese alla scelte operate, ragioni che, soprattutto nelle pronunce più recenti valorizzano il rapporto di proporzionalità tra l'entità della pena base e l'aumento per la continuazione, cosi da controllare che risultino rispettati i limiti previsti dall'art. 81 cod. pen.; che non si sia operato surrettiziamente un cumulo materiale di pene; che sia stato rispettato, ove ravvisabile, il rapporto di proporzione tra le pene, riflesso anche della relazione interna agli illeciti accertati. (Sez. 3, n. 24979 del 22/12/2017, dep. 2018, F., e Sez. U, Pizzone, che richiamano sul punto a Sez. 6, n. 8156 del 12/01/1996, Moscato, Rv. 205540-01).

1.6. Le circostanze attenuanti.

Il tema del riconoscimento delle circostanze attenuanti, e, in particolar modo delle circostanze attenuanti generiche, è uno degli ambiti di elezione della discrezionalità giudiziaria nella dosimetria della pena.

A monte, insuperato è il principio espresso in una risalente massima sull'uso del potere discrezionale conferito al giudice dall'articolo 132 cod, pen, in materia di determinazione della pena nei casi concreti, che, nell'affermare che non è indispensabile che la sentenza faccia menzione di tutti gli elementi specificati nell'art. 133 cod. pen. ma che è tuttavia necessario che essa faccia richiamo ai criteri direttivi indicati da tale articolo al fine di dimostrare che, nei singoli casi, quel potere non si è tramutato in arbitrio, ha precisato che

[n]on può pertanto il giudice, senza venir meno all'obbligo di una corretta motivazione in ordine a tale esigenza, limitarsi ad indicare globalmente nella sentenza la pena ritenuta congrua nel caso concreto, omettendo di specificare la misura della pena base e quella delle detrazioni operate sulla medesima per il concorso di circostanze attenuanti, perché tale omissione farebbe venir meno la possibilità di alcun controllo sull'uso fatto dal giudice del potere discrezionale» (Sez. 1, n. 443 del 10/05/1971, Oliverio, Rv. 118936-01, seguita da Sez. 1, n. 342 del 19/10/1977, dep. 1978, Boscaini, Rv. 137598-01, che ha precisato, in caso di più attenuanti, che non è motivo di nullità l'omessa specifica indicazione quantitativa della riduzione di pena operata per ciascuna delle attenuanti, quando l'entità della pena applicata in concreto sia adeguatamente giustificata ed il giudizio globale riguardante la riduzione per le attenuanti medesime sia frutto di un apprezzamento discrezionale della gravità del fatto e di altre circostanze rilevanti).

Principio generale è comunque quello secondo cui la discrezionalità del giudice nell'applicare la diminuzione derivante dalla ritenuta ricorrenza di una o più circostanze attenuanti deve trovare giustificazione nella motivazione della sentenza e il relativo onere è tanto più intenso quanto più contenuta è l'incidenza del beneficio rispetto alla pena in concreto stabilita (In questi termini, Sez. 3, n. 42121 del 08/04/2019, Egbule Onyeka, Rv. 277058-01).

Nel caso sottoposto al vaglio, la Corte pur avendo ritenuto immune da vizi la decisione della corte territoriale che aveva determinato la pena base detentiva nel massimo edittale previsto per il reato contestato di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990, avendo considerato, nel valutarne la congruità nell'ambito dell'ampia forcella edittale astrattamente prevista, la struttura criminosa della quale l'imputato era partecipe, la pluralità delle condotte a lui attribuite, nonché il fatto che la natura della sostanza stupefacente ceduta (cocaina) ovvero detenuta dall'imputato fosse fra quelle ritenute più dannose per la salute pubblica, ha tuttavia annullato con rinvio la sentenza di condanna che, riconosciute all'imputato le attenuanti generiche, aveva diminuito di un ottavo la pena detentiva e di un sesto quella pecuniaria, non motivando in ordine al rilevante scostamento dalla misura massima dell'entità di tale beneficio.

Si è affermato che «...sebbene sia indiscusso che rientra nelle prerogative del giudice del merito, sulla base degli elementi di giudizio offerti dall'art. 133 cod. pen., commisurare l'entità della pena alla effettiva gravità del reato commesso, onde rendere efficace sia la funzione dissuasiva di essa che la sua finalità riabilitativa, ritiene, tuttavia, questa Corte che, anche in relazione alla incidenza che l'avvenuto riconoscimento di una o più circostanze attenuanti devono avere sulla determinazione della pena in concreto, non diversamente da quanto si verifica in sede di dosimetria della pena base, la discrezionalità del giudice del merito, per quanto ampia, deve trovare una sua giustificazione nella motivazione della sentenza emessa; ed il relativo onere sarà tanto più intenso quanto più contenuta sarà la incidenza del ritenuto beneficio in relazione alla determinazione della pena in concreto. Con ciò si vuole intendere, in altre parole, che tanto più il giudicante, nell'applicare la diminuzione di pena derivante dalla ritenuta ricorrenza di una o più circostanze attenuanti, si scosterà dalla misura massima di tale beneficio prevista dalla legge, tanto più specifica dovrà essere la motivazione con la quale egli dovrà giustificare, laddove non si voglia confondere la discrezionalità con l'arbitrio, siffatto scostamento".

Altro principio consolidato è quello che ritiene la misura della diminuzione della pena per ciascuna delle circostanze attenuanti applicate oggetto di una tipica facoltà discrezionale del giudice di merito, il quale, per adempiere al relativo obbligo di motivazione, non è tenuto ad una analitica enunciazione di tutti gli elementi presi in considerazione, ma può limitarsi alla sola enunciazione di quelli determinanti per la soluzione adottata, insin-

dacabile in sede di legittimità qualora sia immune da vizi logici di ragionamento (Sez. 3, n. 6877 del 26/10/2016, dep. 2017, S, Rv. 269196-01; in termini conformi Sez. 5, n. 5582 del 30/09/2013, dep. 2014, Ferrario, Rv. 259142-01, Sez. 3, n. 1182 del 17/10/2007, dep. 2008, Cilia, Rv. 238851-01, Sez. 6, n. 829 del 09/12/1994, dep. 1995, Cipriani, Rv. 200641-01).

In motivazione, l'indicata decisione Sez. 3, n. 6877 del 26/10/2016, dep. 2017, S, cit. ha anche affermato, in caso di riconoscimento di più circostanze (anche aggravanti), che «l'entità della diminuzione attribuita ad una circostanza attenuante non vincola il giudice a rispettare le stesse proporzioni poiché ogni circostanza (attenuante o aggravante che sia) ha un suo titolo specifico che legittima aumenti o diminuzioni non proporzionate tra loro. Quel che conta però è che il giudice dia conto dei motivi che giustificano l'uso del potere discrezionale nell'applicazione della pena, ivi compresi le diminuzioni operate per le singole circostanze (Sez. 5, n. 7969 del 28/03/1980, Lotrecchio, Rv. 145716-01, secondo cui il giudice di merito deve indicare specificamente ogni operazione di diminuzione o di aumento di pena conseguente all'applicazione di attenuanti o di aggravanti. La relativa omissione, non consentendo il controllo sull'uso del potere discrezionale attribuito dalla legge per la determinazione della pena, si risolve in difetto di motivazione ed implica la nullità della sentenza)».

Quest'ultima pronuncia è particolarmente interessante per la decisione adottata nel caso di specie, in quanto spiega, quali siano i criteri che devono guidare il giudice qualora l'entità della sanzione in concreto irrogata consenta (o no) di concedere la sospensione condizionale della pena.

In applicazione infatti del principio espresso in Rv 269191-01 – « La misura della diminuzione della pena per ciascuna delle circostanze attenuanti applicate costituisce l'oggetto di una tipica facoltà discrezionale del giudice di merito, il quale, per adempiere al relativo obbligo di motivazione, non è tenuto ad una analitica enunciazione di tutti gli elementi presi in considerazione, ma può limitarsi alla sola enunciazione di quelli determinanti per la soluzione adottata, la quale è insindacabile in sede di legittimità qualora sia immune da vizi logici di ragionamento» – Sez. 3, n. 6877 del 26/10/2016, dep. 2017, S, cit. ha censurato la decisione del giudice di appello che, riconosciuta la sussistenza della circostanza attenuante prevista dall'art. 62, n. 6, cod. pen., esclusa in primo grado, aveva, tuttavia, applicato una riduzione di pena esigua e sproporzionata rispetto a quella determinata in prime cure con la concessione delle circostanze attenuanti generiche, giustificando tale scelta con la necessità di evitare che la pena fosse contenuta nei limiti previsti dall'art. 163 cod. pen. per la concessione della sospensione condizionale.

In motivazione si è affermato che «Non può essere ritenuto motivo valido la necessità, espressamente indicata dalla Corte di appello, di evitare che la pena sia contenuta nei limiti previsti dall'articolo 163 cod. pen. per la concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena. I criteri di giudizio che presiedono alla concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena, pur attingendo ai medesimi indicatori di cui all'art. 133 cod. pen. sono del tutto eterogenei rispetto alla determinazione della pena stessa. Ai fini della sospensione condizionale della pena l'entità della condanna costituisce la obiettiva "*conditio sine qua non*" dell'esercizio della facoltà per il giudice di concedere il beneficio ma tale possibilità presuppone a sua volta un giudizio prognostico che esula dal *quantum* della sanzione e si fonda solo sulla ragionevole previsione che l'imputato si asterrà dal delinquere. Modulare la pena al solo e dichiarato fine di mantenere ferma la condizione ostativa alla concessione del beneficio (e dunque di impedire alla radice il giudizio prognostico) non è coerente con i criteri che presiedono alla quantificazione della pena stessa, ai cui fini è estranea la previsione dei comportamenti successivi alla condanna».

Che si tratti di fattori eterogenei, quelli che guidano il giudice nella commisurazione della pena, rispetto a quelli che consentono di riconoscere il beneficio della sospensione condizionale della pena o a quelli che fondano la concessione delle attenuanti (generiche) lo si ricava anche da una risalente pronuncia (Sez. 6, n. 4727 del 09/01/1979, Argentieri, Rv. 142072-01) così massimata: «la concessione delle attenuanti generiche e della sospensione condizionale della esecuzione della pena non sono in contraddizione con l'applicazione della pena superiore al minimo edittale».

1.6.1. La comparazione tra opposte circostanze e il giudizio di bilanciamento.

Altro settore attraverso il quale si esprime la discrezionalità del giudice è quello del bilanciamento tra le circostanze.

Indicazioni sulla valutazione discrezionale che sorregge il giudizio di merito, e sulla sua sindacabilità o meno in sede di legittimità si traggono da Sez. U, n. 10713 del 25/02/2010, Contaldo, Rv. 245931-01, pronunciatasi in tema di giudizio di comparazione tra opposte circostanze, tema, questo, in relazione al quale già risalenti pronunce si erano espresse nel senso che «]l]e statuizioni relative al giudizio di comparazione fra circostanze eterogenee concorrenti e quelle relative alla determinazione in concreto della pena da infliggere all'imputato, sono censurabili in Cassazione solo se frutto di mero arbitrio o di ragionamento illogico» (Sez. 2, n. 12241 del 14/04/1978, Riccardi, Rv. 140139-01).

La sentenza delle Sezioni Unite, nell'analizzare i motivi del ricorso, ha affermato (par. 7.2) che le statuizioni relative al giudizio di comparazione tra opposte circostanze, implicando una valutazione discrezionale tipica del giudizio di cognizione, sfuggono al sindacato di legittimità se sorrette da sufficiente motivazione (cfr. Sez. 1, n. 5697 del 28/01/2003, Di Giulio, RV 223442-01) e sempre che non siano frutto di mero arbitrio o di ragionamento illogico (in linea con Sez. 3, n. 26908 del 22/04/2004, Ronzoni, Rv. 229298-01, ma, ancor prima con la risalente pronuncia Sez. 4, n. 9220 del 20/02/1979, Mazzei, Rv. 143340-01, secondo cui il giudizio di comparazione tra circostanze *ex* art 69 cod. pen. ha lo scopo di adattare la pena in misura più consona al caso concreto; la relativa statuizione, quindi, rientra nella attività discrezionale del giudice di merito e non è censurabile in Cassazione se, nella applicazione attinente al fine indicato, non si riveli frutto di mero arbitrio e di illogico ragionamento»).

In particolare, ritenere la soluzione della equivalenza come la più idonea a realizzare l'adeguatezza della pena irrogata in concreto (cfr. Cass. Sez. 4, del 23/05/2007, n. 25532, Montanino, RV 236992-01), facendo implicito riferimento ad una valutazione complessiva dell'episodio criminoso e della personalità dell'imputato, che si traduce in sostanza in un giudizio di non meritevolezza di un trattamento sanzionatorio ancor più mite, integra, secondo la Corte, una valutazione sufficiente, come tale non sindacabile in cassazione (nel caso oggetto di Sez. U, Contaldo, la Corte territoriale, una volta riconosciute le circostanze attenuanti generiche e la loro equivalenza, aveva determinato la pena detentiva nel minimo edittale previsto per l'ipotesi non aggravata di estorsione, operando, poi, la diminuzione, quasi nel massimo, per l'attenuante della dissociazione e la motivazione sul punto non è stata censurata tenuto anche conto che i motivi di appello non avevano dedicato argomentazioni specifiche alla richiesta di prevalenza, concentrando le doglianze sul fatto che il primo giudice non avesse compreso, negando il riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche, che esse avevano funzione del tutto diversa da quella riservata all'attenuante della dissociazione).

Nel campo del bilanciamento ha inciso notevolmente la Corte costituzionale, con una serie di pronunce di illegittimità costituzionale parziale aventi ad oggetto l'art. 69, ultimo comma, cod. pen., adottate nell'ottica, anche, di riequilibrare il trattamento sanzionatorio.

Senza ripercorrere l'*iter* delle pronunce della Consulta che hanno riguardato la norma indicata, può essere utile riportare quanto indicato in motivazione in **Sez. 5, n. 4587 del 01/12/2023, dep. 2024, Rivera, Rv. 285939-01**, che ne tratteggia il percorso, valorizzando l'evoluzione che nel tempo ha avuto la Consulta.

«Il Giudice costituzionale, fin dalle prime pronunce di accoglimento di questioni di legittimità aventi a oggetto l'art. 69, ultimo comma, cod. pen., ha svincolato il sindacato sulla disciplina del bilanciamento tra circostanze dal riferimento ad altre discipline sanzionatorie: il cd. *tertium comparationis* si è, infatti, eclissato a mano a mano che il giudizio di costituzionalità andava incentrandosi, in maniera più o meno esclusiva, sulla censura, *sic et simpliciter*, di meccanismi di commisurazione sanzionatoria implicanti aumenti della pena eccessivi (e legati, in particolare, alla pregressa vicenda criminale del reo ovvero alle caratteristiche soggettive dello stesso). [...]

È ben vero, come ricordato dal ricorrente, che deroghe al regime ordinario del bilanciamento tra circostanze, come disciplinato dall'art. 69 cod. pen., sono state ritenute costituzionalmente legittime, rientrando nell'ambito delle scelte discrezionali del legislatore, a condizione (v., ad es., Corte cost., sent. n. 143 del 2021) di non trasmodare «nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio» (Corte cost., sent. n. 205 del 2017 e n. 68 del 2012; in senso conforme, sent. n. 88 del 2019), non potendo in alcun caso giungere «a determinare un'alterazione degli equilibri costituzionalmente imposti sulla strutturazione della responsabilità penale» (sent. n. 73 del 2020 e n. 251 del 2012).

Vero è anche, come affermato dalla Consulta nella citata sentenza n. 143 del 2021, che l'art. 99, quarto comma, cod. pen., nel testo risultante dalla legge n. 251 del 2005, è stato oggetto di numerose dichiarazioni di illegittimità costituzionale, che hanno restituito al giudice la possibilità di ritenere, nell'ambito dell'obbligatorio giudizio di bilanciamento delle circostanze eterogenee, la prevalenza, rispetto all'aggravante della recidiva reiterata, di singole circostanze attenuanti, che sono state distintamente, di volta in volta, oggetto di verifica di legittimità costituzionale.

In passato, i casi oggetto di pronunce di incostituzionalità (Corte cost., sent., n. 251 del 2012, n. 105 del 2014, n. 106 del 2014 e n. 2017 del 2017) hanno avuto a oggetto circostanze attenuanti a effetto speciale (tali essendo quelle che comportano una diminuzione maggiormente significativa della pena, perché superiore ad un terzo: art. 63, terzo comma, cod. pen.), non già circostanze attenuanti generiche, come nel caso in esame.

Sebbene, in tempi più recenti, il Giudice delle leggi si sia spinto oltre, dichiarando l'illegittimità costituzionale della stessa disposizione attualmente censurata (art. 69, quarto comma, cod. pen.) anche in riferimento a circostanze attenuanti comuni, ciò è avvenuto in ragione di altri concorrenti profili di specialità. A tal proposito, la Corte costituzionale ha ricordato (nella cit. sentenza n. 143 del 2021), ad esempio, la diminuente del vizio parziale di mente di cui all'art. 89 cod. pen., che è stata ritenuta espressiva di «una ridotta rimproverabilità, derivante dal minor grado di discernimento dell'autore della condotta (sentenza n. 73 del 2020). Sicché l'inderogabile divieto di prevalenza di tale diminuente sulla recidiva reiterata non è stato ritenuto compatibile con l'esigenza, di rango costituzionale, di determinazione di una pena proporzionata e calibrata sull'effettiva personalità del reo».

Analoga dichiarazione di illegittimità costituzionale – ha ricordato ancora la Consulta nella cit. sentenza n. 143 del 2021 – ha avuto ad oggetto «il divieto di prevalenza della diminuente di cui all'art. 116, secondo comma, cod. pen., che, pur essendo anch'essa un'attenuante comune e non già ad effetto speciale, assolve però, per la peculiarità della fattispecie, a una «funzione di necessario riequilibrio del trattamento sanzionatorio» nel caso in cui, nel concorso di più persone nel reato ai sensi dell'art. 116, primo comma, cod.

pen., il reato commesso risulti essere più grave di quello voluto da taluno dei concorrenti (sentenza n. 55 del 2021)».

La «funzione di necessario riequilibrio del trattamento sanzionatorio» è stata ravvisata dalla Corte costituzionale nell'attenuante del «fatto di lieve entità» nel reato di sequestro di persona a scopo di estorsione; «ciò essenzialmente in ragione dell'esigenza di mitigare la risposta sanzionatoria di eccezionale asprezza (sentenza n. 68 del 2012), prevista da una legislazione emergenziale che aveva elevato notevolmente il minimo e il massimo della pena della reclusione per contrastare gravissimi fatti di criminalità organizzata, ricorrenti in passato, lasciando tuttavia inalterata la definizione della fattispecie del reato con la conseguenza di ricomprendere anche condotte assai meno gravi». Con riferimento al reato di sequestro di persona a scopo di estorsione, il Giudice delle leggi ha spiegato che «la peculiarità del rigido regime sanzionatorio edittale previsto per il reato di sequestro di persona a scopo di estorsione – che vede una pena detentiva molto elevata, sia nel minimo (venticinque anni di reclusione), sia nel massimo (trenta anni), all'interno di una "forbice" ridotta a soli cinque anni – e la necessaria funzione di riequilibrio della diminuente» comportavano che la disciplina censurata, nel precludere al giudice, nel bilanciamento delle circostanze, la possibilità di prevalenza della diminuente del «fatto di lieve entità» sulla recidiva reiterata, finiva per disconoscere il principio della necessaria proporzione della pena rispetto all'offensività del fatto. Di talché «l'esigenza di assicurare anche per il delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione, attenuato dalla lieve entità del fatto, una pena adeguata e proporzionata alla differente gravità del fatto-reato diventava, in quel caso, più stringente proprio in considerazione di tale particolare cornice edittale».

Se quindi, in tema di bilanciamento tra circostanze, un ruolo di rilievo lo ha avuto la Consulta, che ha inciso su quelle norme che, limitandolo, finivano col vincolare il giudice nel trattamento sanzionatorio, è altrettanto innegabile che la Corte di cassazione lascia al giudice di merito la valutazione del bilanciamento, ritenendolo espressione di quella discrezionalità che gli va assicurata e anche garantita.

Tuttora valido è il principio espresso in una risalente pronuncia, secondo cui le statuizioni relative al giudizio di comparazione tra circostanze aggravanti e attenuanti, e dunque tra circostanze eterogenee concorrenti, sono censurabili in Cassazione soltanto nell'ipotesi in cui siano frutto di un mero arbitrio o di ragionamento illogico (Sez. 2, n. 12241 del 14/04/1978, Riccardi, Rv. 140139-01), principio, questo, richiamato in molte massime successive, in cui si è per esempio affermato che è sufficiente a giustificare la soluzione dell'equivalenza aver ritenuto detta soluzione la più idonea a realizzare l'adeguatezza della pena irrogata in concreto (Sez. 1, n. 15542 del 16/02/2001, Pelini, Rv. 219263-01; *idem* Sez. 4, n. 25532 del 23/05/2007, Montanino, Rv. 236992-01; Sez. 6, n. 6866 del 25/11/2009, dep. 2010, Alesci, Rv. 246134-01, orientamento, questo, fatto proprio dalle Sez. U, Contaldo e seguito da molte sentenze successive, *ex multis*, Sez. 2, n. 31543 del 08/06/2017, Pennelli, Rv. 270450-01).

Quanto poi alla censurabilità del vizio relativo all'omesso giudizio di comparizione tra circostanze aggravati e attenuanti, già una risalente pronuncia ha avuto modo di affermare che esso costituisce un punto della decisione che può essere esaminato e considerato in modo autonomo in sede di gravame, solo se ad esso si riferiscono i motivi d'impugnazione; in mancanza ogni riesame, compreso quello successivo in cassazione, è precluso dal giudicato – formale, formatosi sul punto stesso, con conseguente preclusione, derivante dal giudicato, di lamentare la violazione di legge sul punto, non rientrando essa fra le nullità rilevabili d'ufficio in ogni momento (Sez. 2, n. 873 del 02/04/1971, Ferro, Rv. 119661-01). Non diversamente, si è più di recente affermato che è inammissibile l'appello incidentale proposto

avverso una sentenza di condanna in relazione al punto del giudizio di bilanciamento tra circostanze e della determinazione dell'entità della pena qualora l'appello principale abbia ad oggetto unicamente il diverso punto relativo alla mancata applicazione delle pene accessorie, in quanto l'appello incidentale è accessorio rispetto a quello principale, potendo investire soltanto punti della decisione censurati con quest'ultimo ovvero punti con i medesimi essenzialmente connessi. (Sez. 3, n. 23946 del 11/05/2021 Ud., Contessi, Rv. 281426-01).

Con riferimento, poi, al tipo di pronuncia adottabile dalla Corte di cassazione nel giudizio che abbia riguardato la comparazione tra circostanze, si è affermato che, qualora sia esclusa un'aggravante, pur ritenuta subvalente nel giudizio di comparazione con circostanze attenuanti, la sentenza impugnata deve essere annullata senza rinvio limitatamente alla circostanza esclusa e con rinvio per la rideterminazione della pena, in quanto l'eliminazione della aggravante potrebbe implicare una diversa valutazione in ordine all'entità della riduzione sanzionatoria derivante dalle circostanze attenuanti, ove non effettuata nel massimo, e incidere sulla determinazione del danno risarcibile, ove vi sia stata costituzione di parte civile (Sez. 3, n. 13274 del 05/03/2021, G, Rv. 280866-01).

1.6.2. Il riconoscimento (o no) delle circostanze attenuanti generiche.

Rilevante e significativa è l'incidenza delle circostanze attenuanti generiche sul trattamento sanzionatorio.

Come affermato da Sez. U, n. 20808 del 25/10/2018 (dep. 2019), Schettino, in motivazione, «.la prevalente giurisprudenza di questa Corte (consonante con parte della dottrina), ritiene che le attenuanti generiche hanno la funzione di adeguare la pena al caso concreto, permettendo la valorizzazione di connotati oggettivi o soggettivi non tipizzati ma che appaiono in grado di diminuire la meritevolezza e/o il bisogno di pena. Esse, quindi, presuppongono l'esistenza di elementi 'positivi', intendendo per tali quelli che militano per una diminuzione della pena che risulterebbe dall'applicazione dell'art. 133 cod. pen. Come è stato precisato, la ragion d'essere della previsione normativa recata dall'art. 62-*bis* cod. pen. è quella di consentire al giudice un adeguamento, in senso più favorevole all'imputato, della sanzione prevista dalla legge, in considerazione di peculiari e non codificabili connotazioni tanto del fatto quanto del soggetto che di esso si è reso responsabile. Ne deriva che la meritevolezza di detto adeguamento non può mai essere data per scontata o per presunta, sì da dar luogo all'obbligo, per il giudice, ove ritenga di escluderla, di giustificarne sotto ogni possibile profilo, l'affermata insussistenza (cfr. Sez. 3, n. 35570 del 30/05/2017, Di Luca, Rv. 270694-01)».

La giurisprudenza della Corte è, dunque, consolidata nel ritenere che il riconoscimento, o no, delle circostanze attenuanti generiche è oggetto di un giudizio di fatto rimesso alla valutazione discrezionale del giudice, il quale può anche fondare la concessione o l'esclusione delle stesse rinviando alle ragioni espresse nella motivazione della decisione assunta, ed in tale caso la valutazione operata non può essere sindacata dalla Corte.

Si afferma, infatti, che la sussistenza di circostanze attenuanti rilevanti ai fini dell'art. 62-*bis* cod. pen. è oggetto di un giudizio di fatto e può essere esclusa dal giudice con motivazione fondata sulle sole ragioni preponderanti della propria decisione, non sindacabile in sede di legittimità, purché non contraddittoria e congruamente motivata, neppure quando difetti di uno specifico apprezzamento per ciascuno dei pretesi fattori attenuanti indicati nell'interesse dell'imputato (Sez. 6, n. 42688 del 24/09/2008, Caridi, Rv. 242419-01; in termini conformi anche Sez. 6, n. 7707 del 04/12/2003, dep. 2004, Anaclerio, Rv. 229768-01).

Questo orientamento si pone in linea con quanto a suo tempo affermato da Sez. 1, n. 9548 del 01/10/1986, dep. 1987, Esposito, Rv. 176622-01: «l'art. 62 *bis* del codice penale,

che disciplina la categoria delle circostanze attenuanti generiche, non individua, né specifica, le situazioni in presenza delle quali esse debbono trovare applicazione, attribuendo al giudice un ampio potere discrezionale, nella determinazione e valutazione degli elementi e dei dati, che possano influire sulla decisione. È, tuttavia, evidente che il giudice può e deve fare riferimento sia ai criteri enunciati nell'art. 133 del codice penale – norma onnicomprensiva delle possibili situazioni influenti nel trattamento sanzionatorio, – sia ad elementi e situazioni di fatto particolari – diversi da quelli legislativamente indicati nell'art. 133 cod. pen. – aventi valore significante, ai fini dell'adeguamento della pena alla natura ed all'entità del fatto di reato commesso, ed alla personalità del reo. Il potere discrezionale del giudice – nonostante la sua ampiezza ed estensione – non è tuttavia illimitato e sottratto al controllo: egli ha l'obbligo di motivare la sua decisione – che non deve mai tradursi in arbitrio – indicando i parametri e i criteri utilizzati ed enunciando le ragioni che pone a fondamento del diniego o della concessione delle attenuanti generiche».

È tuttavia altrettanto indubbio che «i poteri discrezionali di cui dispone il giudice nella determinazione della pena e nella concessione delle attenuanti generiche non sono esattamente coincidenti né indipendenti. Pertanto, qualora il giudice di appello infligga all'imputato una pena di misura inferiore a quella inflittagli dal giudice di primo grado, ma respinga l'istanza di concessione delle attenuanti generiche, non si ha contraddittorietà della motivazione e, quindi, nullità della sentenza (Sez. 6, n. 9366 del 27/02/1974, Lomardi, Rv. 128668–01).

La motivazione è congrua e non contraddittoria non solo quando il giudice ritenga la sussistenza delle attenuanti, nonostante difetti uno specifico apprezzamento per ciascuno dei fattori che incidono sulle circostanze, ma anche quando venga preso in esame uno solo di essi, e ciò sia quando quel fattore fonda la sussistenza della attenuante, sia quando ne determini l'esclusione. Egualmente consolidato è infatti l'orientamento che ritiene che nella valutazione degli elementi che concorrono a riconoscere o ad escludere le circostanze attenuanti generiche il giudice può limitarsi a prendere in esame, tra quelli indicati dall'art. 133 cod. pen., l'elemento che ritiene prevalente ed atto a determinare o meno il riconoscimento del beneficio, sicché anche uno solo di essi attinente alla personalità del colpevole o all'entità del reato ed alle modalità di esecuzione di esso può risultare all'uopo sufficiente (in questo senso, *ex multis*, Sez. 2, n. 23903 del 15/07/2020, Marigliano, Rv. 279549-02). In altri termini, il giudice non è tenuto a prendere in considerazione tutti gli elementi dedotti dalle parti o rilevabili dagli atti, potendo far riferimento a quelli che ritiene decisivi o comunque rilevanti, nel qual caso tutti gli altri si ritengono, anche implicitamente, disattesi o comunque superati da questo tipo di valutazione (Sez. 5, n. 43952 del 13/04/2017, Pettinelli, Rv 271269-01; Sez. 3, n. 1913 del 20/12/2018, dep. 2019, Rv 275509-01).

A monte, come si vede, vi è sempre e comunque un onere motivazione che grava sul giudice di merito, tenuto ad evidenziare gli elementi del caso concreto che giustificano il riconoscimento delle attenuanti e a spiegare la scelta in ordine all'eventuale giudizio di comparazione con le circostanze aggravanti (in questo senso, Sez. 2, n. 5247 del 15/10/2020, dep. 2021, P., Rv. 280639-01 e, prim'ancora, Sez. 6, n. 7946 del 10/04/1995, Faletto, Rv. 202165-01). Sotto questo profilo, si è anche affermato che la concessione delle circostanze attenuanti generiche necessita di apposita motivazione dalla quale emergano, in positivo, gli elementi che sono stati ritenuti atti a giustificare la mitigazione del trattamento sanzionatorio; in caso di esclusione si ritiene che essa sia adeguatamente motivata a condizione che però il giudice, a fronte di specifica richiesta dell'imputato volta all'ottenimento delle attenuanti in questione, indichi delle plausibili ragioni a sostegno del rigetto di detta richiesta, senza che ciò comporti tuttavia la stretta necessità della contestazione

o della invalidazione degli elementi sui quali la richiesta stessa si fonda (Sez. U, n. 20808 del 25/10/2018, dep. 2019, Schettino, Rv. 275319, in motivazione; Sez. 1, n. 46568 del 18/05/2017, Lamin, Rv. 271315; Sez. 3, n. 35570 del 30/05/2017, Di Luca, Rv. 270694).

Qualora si versi in ipotesi in cui la fattispecie concreta integra un reato punito con pena edittale elevata, a fronte di episodio, che nella sua dimensione concreta, appare non significativamente grave, le attenuanti generiche consentono al giudice, nella sua valutazione discrezionale, di tenere conto della concretezza della vicenda e di incidere con un intervento correttivo che rende, di fatto, la pena rispettosa del principio di ragionevolezza e del principio di proporzionalità; in altri termini, le attenuanti consentono "adeguare la pena al fatto", formula, questa, che racchiude in sé questa articolata operazione di adeguamento della sanzione finale all'effettivo disvalore del fatto oggetto di giudizio (Sez. 2, n. 5247 dep. 2021, cit.).

D'altronde anche le Sez. U, Schettino hanno legittimato il ricorso alle attenuanti generiche per la mitigazione di trattamenti sanzionatori che, diversamente, risulterebbero sproporzionati.

1.7. La continuazione.

Il tema della continuazione, nel calcolo della pena, è uno di quegli ambiti lasciati alla discrezionalità del giudice di merito, il quale, secondo un risalente principio, non è tenuto a fornire una adeguata motivazione, laddove l'aumento sia contenuto in misura media (Sez. 2, n. 1641 del 29/10/1984, dep. 1985, Balarini, Rv. 167950-01).

È questo un principio che si pone in linea con l'orientamento della Corte sui limiti edittali minimi e medi, ma che sembra tuttavia essere stato superato, come si vedrà, dalle recenti Sez. U, n. 47127 del 24/06/2021, Pizzone, Rv. 282269-01 che, nell'affermare la necessità che il giudice, nel determinare la pena complessiva per il reato continuato, debba non solo calcolare ma anche motivare l'aumento di pena in modo distinto per ciascuno dei reati satellite, ha fatto esplicito riferimento alla motivazione in ordine all'aumento operato, da correlare all'entità dei singoli aumenti di pena, così che possa essere, tra gli altri, verificato il rispetto del rapporto di proporzione tra le pene, anche in relazione agli ulteriori illeciti accertati.

Se, quindi, in un passato non tanto lontano, si riteneva che la continuazione fosse sindacabile in sede di legittimità solo quanto al profilo dell'unicità del disegno criminoso e dunque con riferimento alla sussistenza o meno del reato continuato, non anche in relazione all'aumento di pena operato sul reato individuato come più grave (Sez. 2, n. 4467 del 02/02/1984, Garbegnati, Rv. 164181-01), oggi il sindacato sul trattamento sanzionatorio nel reato continuato viene ammesso, fermo restando che, come di recente affermato, nel giudizio di cognizione, quanto al riconoscimento della continuazione, non vige il principio della domanda in ordine alla determinazione del trattamento sanzionatorio, sicché il giudice ha il potere di commisurare discrezionalmente la pena irroganda e può in ragione di ciò riconoscere (ovvero escludere) d'ufficio la continuazione tra il reato rimesso alla sua cognizione e altro per cui l'imputato ha riportato in precedenza condanna divenuta definitiva (Sez. 1, n. 17832 del 24/01/2017, Dogali, Rv. 269822-01).

Anche il tema della continuazione, comunque, risente, inevitabilmente, della discrezionalità riconosciuta al giudice di merito ed il sindacato che la Corte svolge sulla motivazione, incontra i limiti dovuti al riconoscimento di un trattamento che è comunque di favore e che, riprendendo le Sez. U, Pizzone, deve rispondere al principio di proporzionalità quale parametro, da un lato, di riferimento per il giudice nella irrogazione della pena, anche in caso di reato continuato, e, dall'altro, di controllo per la Corte di cassazione nel giudizio sulle ragioni che sottendono le scelte effettuate dal giudice di merito.

1.7.1. La determinazione della pena in caso di continuazione in *executivis*.

Di valutazione discrezionale, per quanto vincolata, del giudice parlano Sez. U, n. 28659 del 18/05/2017, Gargiulo, Rv 270074-01 e Rv 270073-01.

Il tema è quello della determinazione della pena in caso di continuazione riconosciuta in sede esecutiva che, così come accade anche nel processo di cognizione, deve «necessariamente passare attraverso la rigorosa, approfondita verifica della sussistenza di concreti indicatori – quali l'omogeneità delle violazioni e del bene protetto, la contiguità spazio-temporale, le singole causali, le modalità della condotta, la sistematicità e le abitudini programmate di vita – del fatto che, al momento della commissione del primo reato della serie, i successivi fossero stati realmente già programmati almeno nelle loro linee essenziali, non essendo sufficiente, a tal fine, valorizzare la presenza di taluno degli indici di cui sopra se i successivi reati risultino comunque frutto di determinazione estemporanea, di contingenze occasionali, di complicità imprevedibili, ovvero di bisogni e necessità di ordine contingente, o ancora della tendenza a porre in essere reati della stessa specie o indole in virtù di una scelta delinquenziale compatibile con plurime deliberazioni» (così in motivazione e di qui la massima Rv 270074-01).

In un inciso (par. 13) il Supremo consesso, nel raffrontare l'art. 187 disp. att. cod. proc. pen. (che sancisce che il giudice dell'esecuzione deve considerare violazione più grave quella per la quale è stata inflitta la pena più grave), alla parallela previsione dell'art. 81, primo e secondo comma, cod. pen., (a norma del quale la violazione con più azioni esecutive del medesimo disegno criminoso della stessa o di diverse violazioni di legge è punita con la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave), rimarca come nel processo di cognizione l'individuazione della violazione più grave è appunto affidata alla valutazione discrezionale, per quanto vincolata, del giudice, mentre nella fase esecutiva essa, pur a fronte alla cedevolezza, *pro reo*, del giudicato, non può che incontrare il limite della pena più grave già inflitta. Nell'uno come nell'altro caso, si dice, la pena-base è sempre quella per la violazione più grave, rispettivamente da determinare o già determinata, così adattando l'istituto della continuazione alle caratteristiche proprie della esecuzione.

1.7.2. Gli aumenti per i reati satellite in caso di reato continuato.

Sez. U, n. 47127 del 24/06/2021, Pizzone, Rv. 282269-01 ha di recente espresso il principio così di seguito massimato: «In tema di reato continuato, il giudice, nel determinare la pena complessiva, oltre ad individuare il reato più grave e stabilire la pena base, deve anche calcolare e motivare l'aumento di pena in modo distinto per ciascuno dei reati satellite (la Corte ha precisato che il grado di impegno motivazionale richiesto in ordine ai singoli aumenti di pena è correlato all'entità degli stessi e tale da consentire di verificare che sia stato rispettato il rapporto di proporzione tra le pene, anche in relazione agli altri illeciti accertati, che risultino rispettati i limiti previsti dall'art. 81 cod. pen. e che non si sia operato surrettiziamente un cumulo materiale di pene)».

La decisione sposa un orientamento che si muoveva lungo la scia già tracciata dalle Sezioni Unite: Sez. U, n. 25956 del 26/3/2009, Vitale, Rv. 243589-01, ai fini del calcolo dei termini di durata massima della custodia cautelare, aveva infatti già affermato la rilevanza dell'individuazione degli aumenti per i reati satellite, applicata solo per essi o alcuni di essi e la necessità, ove non fossero stati individuati, che la lacuna venisse colmata dal giudice investito della questione cautelare, che, con il limite dell'aumento complessivo di pena risultante dalla sentenza di condanna, è tenuto a determinare la frazione di pena riferibile a ciascuno dei reati in continuazione, ispirandosi a criteri che tengano conto della loro natura e oggettiva gravità, secondo l'apprezzamento fattone dal giudice di merito.

Successivamente anche Sez. U, n. 25939 del 28/02/2013, Ciabotti, Rv. 255347-01, nel puntualizzare che la violazione più grave va individuata in astratto in base alla pena edittale prevista per il reato ritenuto dal giudice in rapporto alle singole circostanze in cui la fattispecie si è manifestata e all'eventuale giudizio di comparazione fra di esse, hanno rimarcato la necessità di poter individuare la pena stabilita dal giudice in aumento per ciascun reato-satellite, da un lato, per verificare l'osservanza del limite di cui all'art. 81, terzo comma, cod. pen., dall'altro, perché per l'applicazione di determinati istituti (prescrizione, indulto, estinzione di misure cautelari personali, sostituzione delle pene detentive brevi), il cumulo giuridico deve essere "sciolto" ed i singoli reati devono essere considerati individualmente.

A questa stessa finalità, ossia quella di assicurare l'osservanza del limite di cui all'art. 81, terzo comma, cod. pen. e l'applicazione degli istituti per i quali è necessario lo scioglimento del cumulo, si richiama anche Sez. U, n. 22471 del 26/2/2015, Sebbar, Rv. 263717-01 nel ricostruire l'evoluzione della giurisprudenza in tema di reato continuato. Riprendendo Sez. U, Ciabotti, si evidenzia come già Sez. U, n. 16208 del 27/03/2014, C., Rv. 258652-01 e Rv 258654-01 avessero chiarito che non può ritenersi violato il divieto di *reformatio in peius* di cui all'art. 597, comma 3, cod. proc. pen., quando, in sede di giudizio di impugnazione, viene diversamente configurata la struttura del reato continuato (per diversa individuazione o cambio di qualificazione giuridica del reato più grave), anche se, per taluno dei reati – unificati dall'identità del disegno criminoso – sia determinato un aumento maggiore rispetto a quello ritenuto dal primo giudice, a condizione – si intende – che la "pena finale" non ne risulti modificata *in peius*.

Che l'aumento per la continuazione vada operato non in modo onnicomprensivo, bensì specificando l'entità dei singoli aumenti per i reati satellite, è quanto afferma anche Sez. U, n. 40983 del 21/6/2018, Giglia, Rv. 273750, in tema di continuazione tra reati satellite puniti con pene eterogenee, trattandosi di una specificazione funzionale non solo quando si debbano applicare taluni istituti giuridici ad alcuni dei reati fittiziamente unificati, ma soprattutto a consentire il controllo dell'esercizio della discrezionalità del giudice nella determinazione della pena e quindi il rispetto del principio di proporzionalità di essa, dovendo i singoli aumenti corrispondere alla valutazione della gravità degli episodi in continuazione.

Più in generale, la questione sul tema della determinazione della pena per i reati satelliti, tange quella, molto delicata, relativa alla nullità della sentenza, *in parte qua*, con la quale il giudice di merito, nel pronunciare condanna per più reati, determini la pena complessiva, senza alcuna indicazione della pena stabilita per ciascun reato, di quello ritenuto più grave e dell'aumento per la continuazione (nullità affermata da Sez. U, n. 7930 del 21/05/1995, Zuoine, Rv. 201549-01 e poi in parte superata dalla giurisprudenza delle sezioni semplici successive – cfr Sez. 2, n. 4984 del 21/01/2015, Giannone, Rv. 262290-01 – perché ritenuta strettamente correlata alla fattispecie esaminata dal massimo consesso, nella quale il giudice aveva determinato la pena complessiva senza alcuna indicazione della pena stabilita per ciascun reato, di quello ritenuto più grave e dell'aumento per la continuazione), e lumeggia su un principio che connota le pronunce del Supremo consesso sul tema, ossia quello secondo cui proprio la verifica dell'osservanza del limite di cui all'art. 81, comma terzo, cod. pen. e gli effetti dello scioglimento del cumulo giuridico dovuti all'applicazione degli istituti della prescrizione, della sostituzione delle pene detentive brevi, della estinzione delle misure cautelare personali, per citarne alcuni, rendono necessario che sia individuabile la pena stabilità dal giudice, in aumento, per ciascun reato-satellite, anche tenendo presente – in questo senso le Sez. U, Sebbar – che la realtà normativa costituita dall'istituto della continuazione è di carattere duttile, che può prestarsi, a seconda delle esigenze, a

una lettura unitaria, ovvero ad una analisi frammentata, a seconda delle prospettive che si intendono perseguire (in altri termini, in vista del perseguimento dell'obiettivo del *favor rei*, coesistono nella figura del reato continuato profili giuridici, tanto di unitarietà, quanto di pluralità).

Sez. U, Pizzone, hanno ritenuto che, diversamente da quanto era stato sostenuto in alcune pronunce che militavano per la tesi dell'aumento unitario, il dato normativo imponga al giudice di individuare in modo distinto e specifico le pene che ritiene congrue per ciascuno dei reati avvinti dal nesso di continuazione.

Si rimarca che a norma dell'art. 533, comma 2, cod. proc. pen. il giudice stabilisce la pena che infliggerebbe per ciascun reato; quindi, determina la pena complessiva secondo le regole descritte all'art. 81 cod. pen., non diversamente da quanto previsto, nel codice Rocco, dall'allora art. 483, comma secondo, del vecchio cod. proc. pen., tanto che Sez. U, n. 1 del 23/01/1971, Urbinati, Rv. 118011 e Sez. U, n. 6300 del 26/05/1984, Falato, Rv. 165179 ritennero la nullità della sentenza che, nel pronunciare condanna per più reati, aveva inflitto una pena unica, senza stabilire, in violazione dell'art. 483 cod. proc. pen., la pena per ciascuno dei reati stessi (in questo senso, Sez. U, Urbinati), posto che la norma menzionata imponeva al giudice di merito di stabilire, per ogni condanna pronunciata per più reati, ed anche nelle ipotesi di concorso formale o in continuazione, specie se eterogeneo, la pena che sarebbe stata applicabile per ciascuna delle violazioni, al fine di procedere alla comparazione in concreto tra i risultati del cumulo giuridico e di quello materiale (in questo senso, Sez. U, Falato).

Questi principi, una volta introdotto il nuovo art. 533, comma 2, cod. proc. pen. sono stati ribaditi da Sez. U, n. 7930 del 21/04/1995, Zouine, Rv. 201549, ossia dalla decisione che aveva dichiarato la nullità "*in parte qua*" della sentenza, per l'impossibilità di operare il controllo sul buon uso fatto dal giudice del suo potere discrezionale, in un caso, specifico, in cui il giudice aveva determinato la pena complessiva senza alcuna indicazione della pena stabilita per ciascun reato, di quello ritenuto più grave e dell'aumento per la continuazione.

Partendo da queste premesse e ponendosi in linea con Sez. U, Zouine; Sez. U, Vitale; Sez. U, Ciabotti; Sez. U, Sebbar e Sez. U, Giglia, anche Sez. U, Pizzone hanno ritenuto che le previsioni normative (l'art. 533, comma 2, cod. proc. pen.; il rispetto del limite posto dall'art. 81, comma terzo, cod. pen.; l'applicazione di alcuni istituti in caso di scioglimento del cumulo) depongano per l'obbligo del giudice di dare specifica indicazione delle pene che vanno a costituire quella unitaria del reato continuato.

Si afferma, a tal proposito, che «…proprio la necessità di consentire il controllo dell'esercizio di quella discrezionalità che gli artt. 132, primo comma e 133 cod. pen. attribuiscono al giudice nella determinazione della pena implica la distinta indicazione delle pene che concorrono alla individuazione della pena complessiva, secondo le modalità definite da ultimo dalla sentenza Giglia. Non vi è solo una utilità riflessa alla base della determinazione bifasica delle singole pene; si coglie in essa la diretta correlazione con il controllo della legalità, della congruità e quindi della efficacia rieducativa della pena».

Al principio di diritto affermato, le Sez. U, Pizzone arrivano dopo aver anche (e separatamente) analizzato gli opposti orientamenti in tema di obbligo di motivazione della pena del reato continuato, se essa possa limitarsi alla esposizione delle ragioni a base della misura della pena inflitta per il reato più grave; o, all'inverso, se anche i singoli aumenti debbano essere specificamente motivati.

Citando Sez. 6, n. 7777 del 29/01/2013, Bardeggia, Rv. 255052-01, si rimarca che «costituisce un preciso onere del giudicante dare conto delle ragioni delle sue decisioni su ogni aspetto dell'esercizio del suo potere discrezionale» e che «…solo garantendo la conoscibilità

dei criteri utilizzati e dell'iter seguito dal giudice per determinare gli aumenti per ciascun reato-satellite è, difatti, possibile rendere effettivi la successiva verifica in merito alla congruità della commisurazione della pena da parte del giudice del gravame nonché l'eventuale controllo di legittimità circa la non arbitrarietà o manifesta irragionevolezza della pena inflitta» (in questo senso, Sez. 6, Coccomazzi).

Il discorso investe appieno il potere discrezione del giudice e la necessità che questi dia conto, con la motivazione, dell'esercizio della discrezionalità nella dosimetria della pena, secondo i parametri fissati dagli artt. 132 e 133 cod. pen., così da permetterne il controllo nelle sedi di gravame.

Affermano le Sez. U, Pizzone che «[l]'autonomia dei reati satellite si salda all'obbligo di motivazione, che accede all'esercizio del potere discrezionale attribuito al giudice per la determinazione del trattamento sanzionatorio, sì che deve essere giustificato ogni risultato di quell'esercizio (art. 132, primo comma, cod. pen.). Allo stesso tempo, essa viene a specificare ulteriormente l'oggetto dell'obbligo di motivazione, in ragione dello stretto intreccio che stringe insieme la duplice operazione giudiziale e la discrezionalità che ad essa è sottesa, perché sia nello stabilire la pena che sarebbe da infliggere secondo le norme che precedono l'art. 81 cod. pen. che nel determinarla in forza di quest'ultima disposizione, il giudice esercita un potere discrezionale che deve essere giustificato nei suoi fondamenti razionali per la correlazione che deve esistere tra la pena e quella funzione rieducativa che alla stessa è assegnata dall'art. 27 Cost. Finalità rieducativa che può essere perseguita solo a condizione che la pena abbia una sua intrinseca razionalità e proporzionalità; carattere questo che consente di assicurarle anche il carattere non discriminatorio e quindi la coerenza al principio di uguaglianza».

Richiamando e riportando Corte cost., sent. n. 50 del 1980 si afferma che «in un ordinamento che assegna alla pena una fondamentale funzione rieducativa (cfr. da ultimo, Corte cost. n. 55 del 2021) la ragionevolezza del concreto trattamento sanzionatorio non può che essere data dalla sua proporzionalità rispetto alla meritevolezza e al bisogno di pena del reo» e ciò in quanto, se pur non espressamente prevista dalla nostra Carta costituzionale, «la proporzionalità del trattamento sanzionatorio è requisito indefettibile per poterlo giudicare conforme a Costituzione».

Si torna dunque al principio di proporzionalità quale parametro, da un lato, di riferimento per il giudice nella irrogazione della pena, anche in caso di reato continuato, e, dall'altro, di controllo per la Corte di cassazione nel giudizio sulle ragioni che sottendono le scelte effettuate dal giudice di merito: è l'attitudine di una tendenziale proporzione tra le componenti della pena complessiva del reato continuato a dare dimostrazione di un corretto uso del potere discrezionale riconosciuto al giudice, per cui, se da un lato deve esserci un rapporto di proporzionalità tra l'entità della pena base e l'aumento dovuto alla continuazione, dall'altro è richiesto un più accentuato obbligo motivazionale ove il giudice abbia applicato una misura di pena in aumento sproporzionata, pur in presenza delle medesime fattispecie di reato.

È dunque necessario che il giudice indichi il "quantum" dei singoli aumenti inflitti a titolo di continuazione in relazione a ciascun reato satellite e – in questo un elemento assolutamente significativo – che motivi su di esso, per non indiziare di sproporzione le pene inflitte, assicurando attraverso la motivazione «...che risultino rispettati i limiti previsti dall'art. 81 cod. pen.; che non si sia operato surrettiziamente un cumulo materiale di pene; che sia stato rispettato, ove ravvisabile, il rapporto di proporzione tra le pene, riflesso anche della relazione interna agli illeciti accertati» (in motivazione, Sez. U, Pizzone).

2. Rispetto dei principi del diritto penale in tema di trattamento sanzionatorio

2.1. Le finalità della pena.

Il discorso sul rispetto dei principi del diritto penale in tema di trattamento sanzionatorio e sul controllo che la Corte esercita in questo ambito deve necessariamente partire dalle finalità cui deve tendere la pena.

Se infatti, in un non recente passato si affermava, nella giurisprudenza costituzionale, che «tra le finalità che la Costituzione assegna alla pena – da un lato, quella di prevenzione generale e difesa sociale, con i connessi caratteri di afflittività e retributività, e, dall'altro, quelle di prevenzione speciale e di rieducazione, che tendenzialmente comportano una certa flessibilità della pena in funzione dell'obiettivo di risocializzazione del reo – non può stabilirsi a priori una gerarchia statica e assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione. Il legislatore può cioè – nei limiti della ragionevolezza – far tendenzialmente prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra finalità della pena, ma a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata» (Corte cost. n. 183 del 2011), ha iniziato a prendere sempre più piede, nelle pronunce della Consulta (cfr, Corte cost., sent. n. 149 del 2018), «il principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena (sentenze n. 78 del 2007, n. 257 del 2006, n. 68 del 1995, n. 306 del 1993 e n. 313 del 1990)».

Si leggeva già in Corte cost, n. 313 del 1990 «la necessità costituzionale che la pena debba "tendere" a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa fino a quando in concreto si estingue. Ciò che il verbo "tendere" vuole significare è soltanto la presa d'atto della divaricazione che nella prassi può verificarsi tra quella finalità e l'adesione di fatto del destinatario al processo di rieducazione...

«Se la finalità rieducativa venisse limitata alla fase esecutiva, rischierebbe grave compromissione ogniqualvolta specie e durata della sanzione non fossero state calibrate (né in fase normativa né in quella applicativa) alle necessità rieducative del soggetto [...] il precetto di cui al terzo comma dell'art.27 della Costituzione vale tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie».

Un percorso, dunque, quello che ha portato a ritenere non sacrificabile la funzione rieducativa della pena, iniziato già a metà degli anni '70 (Corte cost., n. 204 del 1974 che indica il recupero sociale del condannato come "fine ultimo e risolutivo della pena", individuando il "diritto alla rieducazione"), proseguito nel decennio successivo (Coste cost. n. 313 del 1990) e culminato con le pronunce n. 257 del 2006 e la n. 78 del 2007, che, ragionando in termini di finalità rieducativa della pena, ed anzi, valorizzandone la portata, hanno ritenuto essenziale, a questo fine, la proporzionalità e l'individualizzazione del trattamento sanzionatorio (in linea con un percorso, che ha preso le mosse dalle sentenze Corte cost., n. 50 del 1980; n. 306 del 1993; n. 357 del 994, n. 68 del 1995, n. 504 del 1995, n. 445 del 1997).

Al principio della rieducazione, come finalità essenziale, se non prioritaria, della pena, si è richiamata, più volte, la Corte di cassazione, soprattutto nelle decisioni delle Sezioni Unite che hanno riguardato, anche indirettamente, il trattamento sanzionatorio.

In questo senso, per citarne alcune e senza pretese di esaustività, Sez. U, n. 877 del 14/07/2022, dep. 2023, Sacchettino («La stessa finalità rieducativa della pena non è limitata alla sola fase dell'esecuzione, ma costituisce «una delle qualità essenziali e generali che

caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue», implicando, inoltre, la presenza costante del "principio di proporzione" tra qualità e quantità della sanzione, da una parte, ed offesa, dall'altra (Corte cost., sent. n. 313 del 1990 e n. 105 del 2014)»; Sez. U, n. 14840 del 27/10/2022, dep. 2023, La Sportiva, in motivazione, in ordine alla natura del programma di trattamento della messa alla prova; Sez. U. n. 38809 del 31/03/2022, Miraglia, in tema di pena illegale; Sez. U, n. 37503 del 23/06/2022, Liguori, in tema di sospensione condizionale della pena; Sez. U, n. 3423 del 29/10/2020, Gialluisi («Nel quadro delle plurime finalizzazioni costituzionalmente rilevanti riconosciute alla pena, la più recente giurisprudenza costituzionale ha rimarcato la centralità, nella definizione del volto costituzionale del sistema penale, della funzione rieducativa, richiamando il principio della non sacrificabilità di tale funzione sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena (Corte cost., sent. n. 149 del 2018)») ma prim'ancora Sez. U, n. 46653 del 26/06/2015, Della Fazia.

È, dunque, la finalità rieducativa lo scopo essenziale ed imprescindibile della pena e, come si vedrà, è in riferimento ad essa che la Corte, nel sindacato sul trattamento sanzionatorio, richiama e applica i principi del diritto penale.

2.2. Principio di legalità.

Principio fondamentale, alla base di ogni trattamento sanzionatorio, è il principio di legalità, desunto dall'art. 1 cod. pen. ("Nessuno può esser punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite") e prim'ancora dall'art. 25, comma secondo, Cost. ("Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso"), dall'art. 7 CEDU ("Non può essere inflitta una pena maggiore di quella che sarebbe stata applicata al momento in cui il reato è stato commesso") e dall'art. 49, par. 1 ("Nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima"), par 2 ("Il presente articolo non osta al giudizio e alla condanna di una persona colpevole di un'azione o di un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali riconosciuti da tutte le nazioni.") CDFUE. Anche l'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici adottato a New York il 16 dicembre 1966 e reso esecutivo in Italia con legge 25 ottobre 1977, n. 881, oltre a prevedere espressamente il canone del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, impone anche l'obbligatoria applicazione al colpevole della pena sopravvenuta più favorevole.

Il principio di legalità della pena, che evidenzia la stretta correlazione tra la legge e la sanzione penale (*nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine legge*), in ragione della quale soltanto il legislatore può comminare sanzioni penali, correlate a fatti di reato, è costantemente richiamato dalla Corte di cassazione, in quel "dialogo a distanza" con la Corte costituzionale, che, nelle numerose decisioni, ha delineato il volto costituzionale della pena.

Significativo è quanto afferma, in motivazione, Sez. U, Savini, che val la pena riportare per esteso, analizzando il Supremo consesso il principio di legalità proprio in rapporto agli altri principi che connotano la pena: «Secondo l'insegnamento del Giudice delle leggi, nell'ordinamento costituzionale il principio di legalità della pena implica, in primo luogo, la riserva a favore della legge statuale: «esso esige che sia soltanto la legge (o un atto equiparato) dello Stato a stabilire con quale misura debba esser repressa la trasgressione dei precetti che vuole sanzionati penalmente. La dignità e la libertà personali sono, nell'ordina-

mento costituzionale democratico e unitario che regge il Paese, beni troppo preziosi perché, in mancanza di un inequivoco disposto costituzionale in tali sensi, si possa ammettere che un'autorità amministrativa, e comunque un'autorità non statale, disponga di un qualche potere di scelta in ordine ad essi» (n. 62 del 1966; in tal senso anche n. 282 del 1990).

Ma la legalità della pena non è solo un argine frapposto alla moltiplicazione delle fonti di criminalizzazione; è anche garanzia contro l'arbitrio del giudice che, creando la pena, si arroga prerogative che spettano solo a chi è chiamato ad assumersi le responsabilità politiche della penalizzazione. «Solo il legislatore, dunque, può, nel rispetto dei principi della Costituzione, individuare i beni da tutelare mediante la sanzione penale, e le condotte, lesive di tali beni, da assoggettare a pena, nonché stabilire qualità e quantità delle relative pene edittali» (sentenza n. 447 del 1998).

Il monopolio a favore del legislatore è, però, accompagnato da vincoli; come la norma incriminatrice deve soddisfare il principio di determinatezza, anche per le pene egli è tenuto a stabilire il tipo, il contenuto e la misura della pena e a farlo in modo non arbitrario.

Determinatezza non significa, tuttavia, opzione a favore delle pene fisse: invero, «il principio di legalità della pena non può prescindere dalla individualizzazione di questa» (Corte cost., sent. n. 131 del 1970). Ed invero, la pena 'costituzionale' non è solo rispettosa del principio di legalità, ma anche del principio di personalità della responsabilità penale e della funzione rieducativa. Corte cost., sent. n. 149 del 2018 rammenta «il principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena».

La Corte costituzionale ha progressivamente accentuato il giudizio di tendenziale incoerenza delle pene fisse al dettato costituzionale, proprio in ragione della necessità dell'individualizzazione della pena.

Sempre richiamando e citando Sez. U, Savini, «La pena costituzionale è quindi la pena determinata dal legislatore secondo le direttrici evidenziate dal Giudice delle leggi ed individualizzata dal giudice. I due poteri concorrono verso il traguardo di una sanzione che rappresenti la sintesi dei valori costituzionali cui deve ispirarsi il diritto penale».

La premessa è, dunque, che il principio di legalità della pena è strettamente correlato al principio di proporzionalità ed individualizzazione della pena e che esso è violato ogni qual volta venga applicata una pena non prevista o diversa da quella prevista dalla legge per un determinato reato (Sez. U, n. 5690 del 07/02/1981, Viola, Rv. 149263-01), posto che «la legalità della pena è un valore garantito, oltre che dall'art. 1 cod. pen., dall'art. 25, comma secondo, e dall'art. 27, comma terzo, della Costituzione: la pena può essere irrogata solo in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso e deve tendere alla rieducazione del reo, non potendo consistere in trattamenti contrari al senso di umanità. La corretta individuazione della misura della pena irrogabile incide sulla corretta operatività dei principi di uguaglianza (art. 3 Cost.) e di proporzionalità della pena (art. 27, comma terzo, Cost.), tale dovendo ritenersi soltanto quella in concreto idonea a tendere alla rieducazione del condannato; per altro verso, la predeterminazione di una cornice edittale inviolabile per il giudice costituisce il punto di equilibrio fra legalità ed individualizzazione della pena» (cosi, in motivazione, Sez. U, Sacchettino).

La pena illegale contraddice le funzioni assegnate alla sanzione dalla Carta costituzionale, *in primis* la funzione rieducativa della pena che ha ricadute immediate in tema di legalità della pena, posto che sussiste la necessità costituzionale che la pena debba tendere alla rieducazione del condannato: ne deriva che non può soddisfare tale esigenza una pena *extra o contra legem*, che cioè non trovi riscontro nelle statuizioni del legislatore, in quanto essa «è di per sé inidonea a conseguire la finalità rieducativa, che il potere legislativo ha

ritenuto perseguibile attraverso l'esercizio del potere discrezionale giudiziale contenuto entro i limiti definiti» (in questo senso, Sez. U, Savini).

Per chiudere il sintetico discorso fin qui riportato e prima di affrontare la questione della pena illegale, va detto che il principio di legalità della pena si applica anche con riferimento alle pene accessorie (Sez. U. n. 6240 del 27/11/2014, dep. 2015, B., in motivazione).

A seguito di Corte cost. n. 222 del 2018 – che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 216, u. c. I. fall. nella parte in cui dispone: «la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa per la durata di dieci anni l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa», anziché: «la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a dieci anni» – si è infatti affermato che «la "sostituzione" della cornice edittale, operata dalla sentenza n. 222 del 2018, determina l'illegalità delle pene accessorie irrogate in base al criterio dichiarato illegittimo, indipendentemente dal fatto che quelle concretamente applicate rientrino comunque nel "nuovo" parametro, posto che il procedimento di commisurazione si è basato su una norma dichiarata incostituzionale. Detto principio, elaborato in relazione alle pene principali (Sez. U, n. 33040 del 26/02/2015, Jazouli; Sez. U, n. 37107 del 26/02/2015, Marcon), vale certamente anche per quelle accessorie «non essendo consentita dall'ordinamento l'esecuzione di una pena (sia essa principale o accessoria) non conforme, in tutto o in parte, ai parametri legali» (Sez. 5, n. 5882 del 29/01/2019, Baù, in motivazione).

2.2.1. La pena illegale.

Il tema della pena illegale e le differenze tra pena illegale («nozione, questa, che, riprendo Sez. U, 19 luglio 2018, Pittalà, in motivazione «è stata valorizzata dalla giurisprudenza di legittimità nella prospettiva di riconoscere alla Corte di cassazione un potere decisorio, *in bonam partem,* oltre il *devolutum*. che legittima il ricorso per cassazione»; che «è stata al centro di varie pronunce delle Sezioni Unite, sovente collegate a declaratorie di illegittimità costituzionale di norme sostanziali e orientate a valorizzare il ruolo del giudice dell'esecuzione nel "ripristino" della pena costituzionalmente corretta», fino alle pronunce che ne hanno delimitato il perimetro pronunciandosi con riferimento alla sentenza di applicazione della pena) e pena illegittima (perché determinata in violazione di legge e che impone alla parte di ricorrere agli strumenti impugnatori riconosciuti dall'ordinamento) ha costantemente impegnato la Corte di cassazione nel suo più ampio consesso.

Il tema tocca quello della ricorribilità della sentenza di patteggiamento, posto che l'art. 448, comma 2-*bis*, cod. proc. pen. stabilisce che «Il pubblico ministero e l'imputato possono proporre ricorso per cassazione contro la sentenza solo per motivi attinenti all'espressione della volontà dell'imputato, al difetto di correlazione tra la richiesta e la sentenza, all'erronea qualificazione giuridica del fatto e all'illegalità della pena o della misura di sicurezza», disposizione che viene interpretata nel senso che, laddove la pena oggetto di accordo risulti illegale, è possibile proporre ricorso per cassazione, mentre se essa è illegittima, il ricorso sarà inammissibile, fermo restando, in applicazione dei principi espressi da Sez U, Savin, che avverso la sentenza che applichi una pena che non sia stata oggetto di accordo, è sempre proponibile ricorso per cassazione, deducendo i vizi di cui all'art. 606 cod. proc. pen.

Ebbene, nei casi di sentenza di patteggiamento, le Sezioni unite si sono pronunciate più volte, sia direttamente (da ultimo, **Sez. U, n. 5352 del 28/09/2023, dep. 2024, P., Rv. 285851-01**; Sez. U, n. 877 del 14/07/2022, dep. 2023, Sacchettino, Rv. 283886-01; Sez. U,

n. 21368 del 26/09/2019, dep. 2020, Savin, Rv. 279348-03, 279348-05; Sez. U, n. 33040 del 26/02/2015 Cc., Jazouli, Rv. 264206-01, 264207-01; Sez. U, n. 37107 del 26/02/2015, Marcon, Rv. 264857-01 e 264859–01; Sez. U., n. 35738 del 27/05/2010, Calibè, Rv. 247841-01) sia indirettamente, in alcuni passaggi motivazionali (Sez. U, n. 38809 del 31/03/2022, Miraglia, Rv 283689-01; Sez. U, n. 47182 del 31/03/2022, Savini, Rv. 283818-01).

In quelle decisioni, come in tutte le varie pronunce delle Sezioni Unite che hanno riguardato in generale l'illegalità della pena (oltre a quelle indicate, il tema è stato trattato da Sez. U, n. 7578 del 17/12/2020, dep. 2021, Acquistapace, Rv. 280539-01; Sez. U, 19 luglio 2018, Pittalà Sez. U, n. 47766 del 26/06/2015, Butera, Rv. 265109-01; Sez. U, n. 46653 del 26/06/2015, Della Fazia, Rv. 265111 Sez. U, n. 18821 del 24/10/2013 – dep. 2014, Ercolano, Rv. 258651; Sez. U, n. 42858 del 29/05/2014, Gatto, Rv. 260696; Sez. U., n. 5466 del 28/01/2004, Gallo, Rv 226715-01), la questione di fondo attiene appunto alla definizione di "pena illegale", nozione, questa, che ancora appare difficilmente enucleabile, proprio per le molteplici fattispecie che possono venire in rilievo.

La premessa è che «il principio di legalità della pena informa di sé tutto il sistema penale, vale sia per le pene detentive che per le pene pecuniarie, e comporta che pena legale sia soltanto quella prevista dall'ordinamento giuridico e non eccedente, per genere, specie o quantità, il limite legale; esso opera sia in fase di cognizione che di esecuzione, e vieta l'esecuzione di una pena (anche se inflitta con sentenza non più soggetta ad impugnazione ordinaria) che non trovi fondamento in una norma di legge, perché avulsa da una pretesa punitiva dello Stato»: così si è espressa Sez. U, Sacchettino, chiamata a dirimere la questione del se configurasse "pena illegale" ai fini del sindacato di legittimità sul patteggiamento, quella fissata sulla base di un'erronea applicazione del giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee, in violazione del criterio unitario previsto dall'art. 69, comma terzo, cod. pen.

In altri termini, secondo il diritto vivente, "pena legale" è soltanto quella "positiva", ovvero prevista dall'ordinamento giuridico, e quindi quella non eccedente, per specie e quantità, i limiti previsti dalla legge; per converso, è pena illegale "*ab origine*" quella che non corrisponde, per specie, ovvero per quantità, sia in difetto sia in eccesso, a quella astrattamente prevista per la fattispecie incriminatrice (**Sez. U, n. 5352 del 28/09/2023, dep. 2024, P., Rv. 285851-01**, che richiama Sez. U, Marcon e Sez. U, Jazouli) ed è pena illegale "sopravvenuta", quella che sia stata determinata dal giudice attraverso un procedimento di commisurazione basato su una norma successivamente dichiarata illegittima, con conseguente reviviscenza, o comunque con conseguente applicabilità, di una cornice edittale il favorevole (**Sez. U, n. 5352 del 28/09/2023, dep. 2024, P., Rv. 285851-01** che richiama Sez. U, Jazouli).

Oggi, alla luce delle più recenti sentenze in tema, può affermarsi che nell'ambito della categoria dell'illegalità della pena, non rientra la sanzione che risulti conclusivamente legittima, pur essendo stata determinata seguendo un percorso argomentativo viziato (cfr. Sez. U, Savin, e Sez. U, n. 40986 del 19/7/2018, P.; Sez. U, Sacchettino), posto che «gli errori nell'applicazione delle diverse discipline che entrano in gioco nella commisurazione della pena danno luogo ad una pena illegale solo se la risultante (ovvero la pena indicata in dispositivo) è per genere, specie o per valore minimo o massimo diversa da quella che il legislatore ha previsto per il tipo (o sottotipo) astratto al quale viene ricondotto il fatto storico reato. Fuori da tale caso, la pena è illegittima, ove commisurata sulla base della errata applicazione della legge o non giustificata secondo il modello argomentativo normativamente previsto» (Sez. U, Savini).

In continuità, Sez. U, Sacchettino, richiamando a loro volta Sez. U, Miraglia, hanno quindi affermato che la nozione di pena illegale non può estendersi «sino al punto da inclu-

dere profili incidenti sul regime applicativo della sanzione, a meno che ciò non comporti la determinazione di una pena estranea all'ordinamento per specie, genere o quantità. In altri termini, la pena è illegale (...) non quando consegua ad una mera erronea applicazione dei criteri di determinazione del trattamento sanzionatorio, alla quale l'ordinamento reagisce approntando i rimedi processuali delle impugnazioni, ma solo quando non sia prevista dall'ordinamento giuridico ovvero sia superiore ai limiti previsti dalla legge o sia più grave per genere e specie di quella individuata dal legislatore»: la pena non prevista, nel genere, nella specie o nella quantità, dall'ordinamento, «è una pena che attesta un abuso del potere discrezionale attribuito al giudice, con usurpazione dei poteri esclusivi del legislatore».

Allo stesso modo, la violazione delle regole che disciplinano l'uso del potere commisurativo – che resti tuttavia rispettoso della determinazione legale – pone invece una questione di legittimità della pena (in questo senso, Sez. U, Savini).

Così delineato l'ambito della pena illegale, laddove la fattispecie vi rientri, il sindacato della Corte e, prim'ancora, il ricorso per cassazione, non incontra quei limiti che invece trova quando la deduzione investa la pena illegittima, rispetto alla quale il sindacato della Corte, segue le regole generali (e nei casi di patteggiamento, come detto, se quella questione è stata oggetto dell'accordo, il ricorso in cassazione è inammissibile).

2.3. Principio di proporzionalità in rapporto al fatto.

Come affermato da Sez. U, Pizzone nella determinazione della pena il giudice esercita un potere discrezionale che deve essere giustificato nei suoi fondamenti razionali per la correlazione che deve esistere tra la pena e la funzione rieducativa che alla stessa è assegnata dall'art. 27 Cost e ciò in quanto «la finalità rieducativa può essere perseguita solo a condizione che la pena abbia una sua intrinseca razionalità e proporzionalità; carattere questo che consente di assicurarle anche il carattere non discriminatorio e quindi la coerenza al principio di uguaglianza".

La proporzionalità della pena è, dunque, un requisito indefettibile per poter giudicare conforme a Costituzione il trattamento sanzionatorio: è un principio strettamente correlato al concetto di pena "legale" (Sez. U, Pizzone, in motivazione, laddove – pag. 23 – sottolineano come già Sez. U, n. 33040 del 26/02/2015, Jazouli, Rv. 264205, interrogandosi sul concetto di pena illegale, avesse posto una chiara correlazione tra questo e il principio di proporzione) ed è un principio che assicura quella che oggi può essere considerata la componente essenziale e imprescindibile di ogni pena, la rieducazione.

Pur se non vi è menzione nella nostra Carta costituzionale della proporzionalità della pena, essa discende direttamente dai principi che governano l'art. 27 Cost. e più in generale dalle indicazioni che negli anni ha offerto la nostra Corte costituzionale, nelle numerose sentenze in cui si è rimarcato come in un ordinamento che assegna alla pena una fondamentale funzione rieducativa (cfr. da ultimo, Corte cost. n. 55 del 2021) la ragionevolezza del concreto trattamento sanzionatorio non può che essere data dalla sua proporzionalità rispetto alla meritevolezza e al bisogno di pena del reo (in questo senso, Sez. U, Pizzone).

Senza addentrarsi nel complesso ed articolato discorso sul principio della proporzionalità della pena, che coinvolge diversi sistemi, da quello unionale a quello costituzionale, fino al diritto penale interno, in questa sede è interessante rilevare come anche la Corte di cassazione nel sindacato sulla motivazione relativa al trattamento sanzionatorio, e pur nei limiti di un controllo che risente del giudizio in fatto operato dal giudice di merito, faccia sempre più menzione del principio di proporzionalità della pena, quale parametro di riferimento, sia in rapporto al fatto di reato commesso, sia in relazione all'autore del reato,

abbracciando, in questo modo, tutti i diversi aspetti del trattamento sanzionatorio, ed interfacciandosi anche con gli altri principi del diritto penale, tra cui il principio di offensività.

A monte, il principio, pur non espresso direttamente dalla nostra Carta costituzionale, deriva dagli art. 3 Cost., 27, comma primo ("La responsabilità penale è personale"), comma terzo ("Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato") Cost.; 49, par. 3 CDFUE ("Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato").

2.3.1. La graduazione delle pene: la forbice edittale.

Il principio di proporzionalità, in uno al principio di legalità della pena si manifesta, sotto il profilo oggettivo, con la previsione di una pena "mobile", e quindi nella comminazione, in astratto, da parte del legislatore di una pena che non sia "fissa" ma che abbia un limite minimo ed un limite massimo; la declinazione della mobilità della pena, si esprime, nella irrogazione della pena da parte del giudizio, nella "graduazione" di essa nell'ambito della forbice edittale: non diversamente da quanto accade nel rapporto tra la discrezionalità legislativa e quella giudiziaria, la graduazione della pena da parte del giudice rispecchia una scelta legislativa dello stesso tipo, ed è in linea con i principi della Corte costituzionale che ha progressivamente accentuato il giudizio di tendenziale incoerenza delle pene fisse al dettato costituzionale, proprio in ragione della necessità dell'individualizzazione della pena.

Come affermato, in motivazione, da Sez. U, n. 28910 del 28/02/2019, Suraci, richiamando sul punto l'orientamento espresso dalla Consulta, «la determinazione del trattamento punitivo per la commissione di fatti costituenti reato è materia riservata alla discrezionalità del legislatore, secondo la previsione dell'art. 25, secondo comma, Cost., il cui potere di intervento resta soggetto al sindacato di costituzionalità nei limiti in cui le scelte operate sul fronte sanzionatorio siano palesemente irragionevoli perché comportanti l'inflizione di pene, caratterizzate da manifesta sproporzione rispetto alla gravità del fatto illecito e perciò in contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost. ed in specie con la funzione rieducativa della pena. Per scongiurare tale frizione il legislatore ricorre normalmente alla previsione di pene rimesse nella loro misura alla determinazione giudiziale, da individuarsi in via discrezionale tra una soglia minima ed una massima e secondo i criteri orientativi dettati dagli artt. 133 e 133-bis cod. pen., in grado di assicurare la differenziazione e l'individualizzazione del trattamento sanzionatorio rispetto al fatto ed al suo autore: al contrario, le pene di entità quantitativa fissa, stabilita per legge, possono essere coerenti col sistema costituzionale a condizione che l'analisi strutturale della fattispecie dimostri la loro proporzione rispetto ai comportamenti tipizzati, riconducibili alla fattispecie di reato».

In un percorso iniziato già negli anni '60, la Corte costituzionale ha infatti ritenuto che lo strumento più idoneo a garantire la adeguatezza del trattamento sanzionatorio al reo, senza sacrificare o compromettere il principio della responsabilità penale personale, della finalità rieducativa della pena e di uguaglianza, dettati dagli art. 25 e 27 Cost. è «la mobilità della pena, cioè la predeterminazione della medesima da parte del legislatore in modo da contenerla fra un massimo ed un minimo» (Corte cost., n. 67 del 1963; n. 104 del 1968; n. 50 del 1980).

Val la pena riportare un passaggio di Corte cost. n. 50 del 1980, richiamato in più sentenze delle sezioni unite (cfr, Sez. U, Suraci) nel quale la Consulta ha appunto affermato che: «L'uguaglianza di fronte alla pena viene a significare, in definitiva, "proporzione" della pena rispetto alle "personali" responsabilità ed alle esigenze di risposta che ne conseguano, svolgendo una funzione che è essenzialmente di giustizia e anche di tutela delle posizioni individuali e di limite della potestà punitiva statuale».

Una pena "mobile" è una pena in armonia con il "volto costituzionale" del sistema penale, perché consente di essere individualizzata dal giudice (Corte cost., n. 104 del 1968): ciò non significa contrarietà alle pene fisse, in assoluto, ben potendo esserci trattamenti sanzionatori che coniugano articolazioni rigide ed articolazioni elastiche, in maniera tale da lasciare comunque adeguati spazi alla discrezionalità del giudice, così da adattare la risposta punitiva alle singole fattispecie concrete (Corte cost., ordinanza n. 91 del 2008).

Si è quindi affermato che la predeterminazione della pena da parte del legislatore tra un minimo ed un massimo e il conferimento al giudice del potere discrezionale di determinare in concreto, entro tali limiti, la sanzione da irrogare costituisce lo strumento più idoneo al conseguimento delle finalità della pena e più congruo rispetto al principio di uguaglianza e che «[i]l principio di legalità richiede anche che l'ampiezza del divario tra il minimo ed il massimo della pena non ecceda il margine di elasticità necessario a consentire l'individualizzazione della pena ... [a]ltrimenti la predeterminazione legislativa della misura della pena diverrebbe soltanto apparente ed il potere conferito al giudice si trasformerebbe da potere discrezionale in potere arbitrario» (Corte cost., n. 299 del 1992).

Se quindi «nelle comminatorie edittale si esprime la scala di graduazione del disvalore definita dal legislatore; "il compito che viene assegnato al giudice è quello di "proporzionare" la sanzione concreta ..." a quella e non al proprio giudizio di disvalore sul fatto reato» (cfr., Sez. U, Savini): il trattamento sanzionatorio individualizzato a proporzionale si realizza, in concreto, anche attraverso la diversa graduazione delle pene, che è tanto più effettiva quanto più ampia è la "forbice edittale", elemento, questo, che, come si vedrà, viene spesso richiamato dai giudici di legittimità nella valutazione sulla tenuta costituzionale delle norme che disciplinano o incidono sul trattamento sanzionatorio, perché consente al giudice di modulare e adeguare il trattamento sanzionatorio alle fattispecie concrete.

Sotto questo profilo, è ancora attuale il principio espresso in una risalente pronuncia, rimasto invariato, secondo cui «[l]'applicazione della pena nei limiti del massimo e del minimo stabiliti dalla legge rientra nel potere discrezionale del giudice di merito, il quale deve solo dimostrare, in relazione ai criteri direttivi di cui all'art 133 del codice penale, di aver fatto buon uso di tale potere, nel senso che questo non sia degenerato in arbitrio. L'obbligo della motivazione è adempiuto anche quando il giudice di merito pone in risalto anche una sola delle circostanze suscettibili di valutazione a norma del predetto articolo: in tale caso, infatti, egli dimostra che il rilievo di detta circostanza è decisivo per la formazione del giudizio sul punto» (Sez. 1, n. 1557 del 24/11/1978, dep. 1979, Balilla, Rv. 141127-01).

La "forbice edittale" è stata evocata in tema di associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti da Sez. 6, n. 5560 del 26/09/2019, dep. 2020, Mancini, Rv. 278208-01, che, richiamando Sez. 4, n. 40903 del 28/06/2016, Grassi, Rv. 268229-01 e Sez. 6, n. 4445 del 02/12/2004, Messaoudi, Rv. 230758-01, nel ritenere manifestamente infondata, con riferimento agli articoli 3 e 27 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 74 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, nella parte in cui prevede un trattamento sanzionatorio più severo rispetto a quello delle altre fattispecie associative di cui agli artt. 270-*bis* e 416, comma sesto, cod. pen., ha valorizzato sia il diverso bene giuridico tutelato dalle disposizioni – la salute pubblica in un caso e la personalità dello Stato e l'ordine pubblico nell'altro –, sia il potere del giudice di determinare in concreto della misura della pena – in relazione alle singole condotte ed alle singole posizioni individuali – nell'ambito della cornice edittale, molto ampia, prevista dal legislatore. In particolare, in Sez. 4, Grassi cit. (in motivazione) si è sul punto affermato che « ...l'inasprimento della pena di cui all'art. 74 Dpr 309/90 non si pone in contrasto neppure con l'art. 27, terzo comma, Cost., in quanto

la finalità rieducativa della pena, come correttamente osservato dai giudici del merito, non viene meno laddove si osservi che il giudice ha ampia discrezionalità in ordine alla graduazione della pena e che la norma prevede una forbice significativa tra il minimo ed il massimo edittale. E proprio la previsione di un minimo e di un massimo consente al giudice di stabilire il trattamento sanzionatorio adeguandolo al diverso disvalore delle singole violazioni rientranti nella previsione della norma, così realizzando la finalità rieducativa cui la pena stessa deve tendere».

Sez. 5, n. 4587 del 01/12/2023, dep. 2024, Rivera, Rv. 285939-01 ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, per violazione degli artt. 25 e 27 Cost., dell'art. 69, comma quarto, cod. pen., nella parte in cui, con riferimento al delitto di cui all'art. 497-*bis* cod. pen., prevede il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti generiche sulla recidiva di cui all'art. 99, comma quarto, cod. pen., poiché l'indicata norma incriminatrice prevede una forbice edittale sufficientemente ampia da consentire al giudice di adeguare la sanzione al fatto pur in presenza della recidiva qualificata, sicché non sono ravvisabili contrasti né con il principio di proporzionalità della pena, né con il principio di offensività.

Nel motivo di ricorso la parte aveva rilevato che la non gravità del fatto (detenzione ed esibizione di una patente di guida risultata falsa e di una carta d'identità rilasciata dalle autorità straniere, a sua volta risultata falsa) rendeva illegittima la previsione di cui all'art. 69, quarto comma, cod. pen., come poteva desumersi dalle numerose pronunce con cui la Corte costituzionale ha riconosciuto l'illegittimità della citata disposizione con riferimento a reati non più gravi di cui all'art. 497-bis cod. pen. Si rappresentava che il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti generiche sulla recidiva reiterata produrrebbe «conseguenze sanzionatorie irragionevoli, finendo per equiparare casi oggettivamente lievi (come quello per cui si procede) a casi di particolare allarme sociale», ponendo così in contrasto col principio di offensività e della proporzionalità della pena, la norma censurata, per violazione degli artt. 25, secondo comma, e 27, terzo comma, Cost.

La Corte ha ritenuto la manifesta infondatezza della questione sollevata, proprio valorizzando l'ampia cornice edittale e quindi la possibilità offerta al giudice di poter graduare la pena in quell'ambito: si legge in motivazione «l'art. 497 *bis*, primo comma, cod. pen., per il quale l'imputato è stato condannato, prevede la sanzione della pena detentiva, con una "forbice" da due a cinque anni, che assicura al giudice – anche tenuto conto del limitato spettro di variabilità offensiva delle condotte di uso del documento falso – ampio margine di discrezionalità per rendere la pena quanto più possibile proporzionata al fatto, pur in presenza di una reiterata recidiva, la cui sussistenza, lungi dall'ancorarsi ad un mero stato soggettivo, presuppone comunque una correlazione con il fatto commesso, come, da ultimo ribadito, da Sez. U, n. 32318 del 30/03/2023, Sabbatini, Rv. 284878-01. Non si riscontrano, dunque, dubbi di costituzionalità nella norma in parola, attesa l'assenza di un particolare inasprimento sanzionatorio, ciò che non rende attuale la necessità di restituire al giudice flessibilità applicativa della sanzione, flessibilità che gli è garantita, come si è visto, dalla struttura stessa dell'art. 497-*bis*, primo comma, cod. pen. In particolare, non si ravvisa alcun contrasto tra la norma della cui costituzionalità il ricorrente dubita e il principio della proporzionalità della pena, di cui all'art. 27, terzo comma, Cost. Neppure è individuabile un contrasto col principio di offensività e con l'art. 25, secondo comma, Cost., posto che la gravità del reato in parola (possesso di documenti di identificazione falsi), dipende dal rango degli interessi tutelati dalla norma (pubblica fede, su cu già v. già Sez. 5, n. 11498 del 05/07/1990, Casarola, Rv. 185131-01), così come dall'intensità della lesione cagionata, per il tramite della condotta dell'imputato, a quegli interessi stessi».

La "forbice edittale" viene in rilievo non solo in relazione alla pena base per il reato contestato ma anche in riferimento alle circostanze, il cui riconoscimento incide inevitabilmente sul trattamento sanzionatorio.

Il sindacato della Corte in questi casi è quello tipico che si realizza ogni qual volta vengano riconosciute le circostanze attenuanti: è un sindacato sulla motivazione del giudice e sugli elementi di valutazione previsti dal legislatore ai fini dell'applicazione della circostanza che venga in rilievo.

Espressione di tale orientamento, consolidato, la massima espressa in tema di violenza sessuale con riferimento agli elementi di valutazione rilevanti ai fini dell'applicazione della circostanza attenuante della minore gravità del fatto *ex* art. 609-bis, ultimo comma, cod. pen. – costituiti dai mezzi, dalle modalità esecutive, dal grado di compressione della libertà sessuale subito dalla vittima, dalle condizioni fisiche e psicologiche di quest'ultima, anche in relazione all'età, dall'occasionalità o dalla reiterazione delle condotte, nonché dalla consistenza del danno arrecato, anche in termini psichici – che, afferma la Corte, devono essere, altresì, utilizzati per la determinazione della misura della riduzione della pena nell'ambito dell'ampia forbice edittale prevista dalla norma (Sez. 3, n. 35695 del 18/09/2020, L, Rv. 280445-01).

Infine, in caso di sopravvenienza normativa che incida sul trattamento sanzionatorio di un reato, intervenuta in sede di legittimità, si impone l'annullamento con rinvio della sentenza impugnata per la rimodulazione del trattamento sanzionatorio, anche nel caso in cui, in concreto, la pena inflitta risulti compresa all'interno della nuova forbice edittale: tenuto conto che la commisurazione in concreto della pena è operazione condizionata dalla pena prevista in astratto, la valutazione giudiziale può cambiare per effetto del mutamento dei limiti edittali previsti dalla legge e non può dunque essere rimessa alla Corte di cassazione (in questo senso, Sez. 2, n. 2702 del 18/11/2015, dep. 2016, Nuti, Rv. 265822-01; in termini conformi anche Sez. 6, n. 10169 del 10/02/2016, Tamburini, Rv. 266514-01, la cui massima così recita: «Il giudice deve procedere a rideterminare la pena inflitta secondo parametri edittali che non risultano proporzionati ed adeguati rispetto al trattamento più favorevole sopravvenuto, anche nel caso in cui essa rientri nella nuova cornice sanzionatoria»).

La modulazione del trattamento sanzionatorio, nell'ambito di un minimo ed un massimo, viene inoltre in rilievo anche in relazione alle pene accessorie e alla loro durata.

Si è infatti affermato con le Sez. U, Suraci, che «La durata delle pene accessorie per le quali la legge stabilisce, in misura non fissa, un limite di durata minimo ed uno massimo, ovvero uno soltanto di essi, deve essere determinata in concreto dal giudice in base ai criteri di cui all'art. 133 cod. pen. e non rapportata, invece, alla durata della pena principale inflitta *ex* art. 37 cod. pen.». Il principio riprende l'orientamento espresso da Sez. 5, n. 5882 del 29/01/2019, Baù che in questo modo aveva adottato « ...una soluzione capace di garantire quella elasticità necessaria a consentire al giudice, nel rispetto del principio di proporzionalità, di «determinare, con valutazione caso per caso e disgiunta da quella che presiede alla commisurazione della pena detentiva, la durata delle pene accessorie previste dalla disposizione censurata, sulla base dei criteri indicati dall'art. 133 cod. pen.;...[...] in questa prospettiva può ritenersi che la regola dettata dall'art. 37 cod. pen. divenga uno dei criteri per la determinazione delle pene accessorie della bancarotta. Ma non l'unico, in ossequio ai principi di proporzionalità e di individualizzazione del trattamento sanzionatorio nei quali si estrinseca la *ratio decidendi* della peculiare scelta manipolativa operata dalla Corte costituzionale (con la sentenza n. 222 del 2018, n.d.r.). Detti principi contrastano con qualsiasi tipo di automatismo, compreso quello della parametrazione obbligata della durata della pena accessoria alla pena principale, che, si ripete, ove rimanesse l'unico criterio commisurativo, potrebbe dare luogo, di nuovo, a sospetto di costituzionalità del combinato disposto art. 37 cod. pen. e art. 216 u.c. I. fall.».

2.3.2. La graduazione della pena in rapporto all'offensività del fatto.

L'art. 3 Cost. esige che la pena sia proporzionata al disvalore del fatto illecito commesso, in modo che il sistema sanzionatorio adempia nel contempo alla funzione di difesa sociale e a quella di tutela delle posizioni individuali, per cui laddove la proporzione tra sanzione e offesa difetti manifestamente, perché alla carica offensiva insita nella condotta descritta dalla fattispecie normativa il legislatore abbia fatto corrispondere conseguenze punitive di entità spropositata, non ne potrà che discendere una compromissione *ab inizio* del processo rieducativo (in questo senso, *ex multis*, Corte cost. n. 236 del 2016; n. 22 del 2018, n. 40 del 2019) e della questione va investita la Corte costituzionale, essendo precluso al giudice contrastare un trattamento sanzionatorio ritenuto in astratto sproporzionato mediante ricorso a strumenti di adeguamento della pena alla fattispecie concreta.

In tutti gli altri casi, ossia quando non venga in rilievo una questione di non manifesta infondatezza della legittimità costituzionale del trattamento sanzionatorio nei suoi molteplici aspetti, il giudice è chiamato a graduare la pena in rapporto all'offensività e al disvalore del fatto, adeguando così la fattispecie concreta a quella astrattamente prevista dal legislatore.

La graduazione della pena in rapporto all'offensività e al disvalore del fatto si realizza anche attraverso il riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche.

Si afferma, sul punto, che le circostanze attenuanti generiche hanno anche la funzione di adeguare la sanzione finale all'effettivo disvalore del fatto oggetto di giudizio, nella globalità degli elementi oggettivi e soggettivi, atteso che la specificità della vicenda può richiedere un intervento correttivo del giudice che renda, di fatto, la pena rispettosa del principio di ragionevolezza, ai sensi dell'art. 3 Cost., e della finalità rieducativa, di cui all'art. 27, comma terzo, Cost., di cui la congruità costituisce elemento essenziale (Sez. 2, n. 5247 del 15/10/2020 (dep. 2021), P, Rv. 280639-01).

Richiamando Sez. 6, n. 7946 del 10/04/1995, Faletto, Rv. 202165-01, la Corte, nella sentenza n. 5247 del 2021 cit., sottolinea, in motivazione, che il giudice di merito, qualora intenda adeguare l'entità della pena al disvalore del fatto, anche mediante il ricorso alle attenuanti generiche ha l'onere di ben evidenziare gli elementi del caso concreto che giustificano il riconoscimento delle attenuanti e di spiegare la scelta in ordine all'eventuale giudizio di comparazione con le circostanze aggravanti.

È indubbio che se la giurisprudenza della Corte è consolidata nel ritenere che il giudice non debba prendere in considerazione, nel riconoscere o no le attenuanti, tutti gli elementi dedotti dalle parti o rilevabili dagli atti, essendo sufficiente che faccia riferimento a quelli ritenuti decisivi o comunque rilevanti, è altrettanto innegabile che l'«operazione evidentemente preclusa al giudice è quella di utilizzare dette attenuanti per contrastare un trattamento sanzionatorio ritenuto in astratto sproporzionato: in questa ipotesi il giudice avrebbe il dovere di investire della questione la Corte costituzionale (Sez. 2, n. 5247 del 2021 cit).

D'altronde, come già evidenziato, con specifico riferimento alle circostanze attenuanti generiche, anche le Sez. U, n. 20808 del 25/10/2018 (dep. 2019), Schettino hanno richiamato, senza muovere censure sul punto, il ricorso alle attenuanti generiche per la mitigazione di trattamenti sanzionatori che, diversamente, risulterebbero sproporzionati.

2.4. Principio di proporzionalità e individualizzazione.

Il principio di proporzionalità viene in rilievo non soltanto in relazione alla gravità del fatto di reato, nei termini sopra indicati, ma anche in rapporto all'autore del reato stesso, e quindi alla sua personalità, alla capacità a delinquere e alla pericolosità.

Se è pur vero che la pericolosità sociale dell'imputato va verificata sulla scorta dei parametri valutativi di cui all'art. 133 cod. pen., tenendo conto della gravità del reato e della capacità a delinquere del reo, onde essa può trovare persino implicito ma inequivoco fondamento anche nelle circostanze di fatto e nelle valutazioni personologiche effettuate ai fini del giudizio di responsabilità e della commisurazione della sanzione (Sez. 2 – n. 14704 del 22/04/2020, Bekajfisnik, Rv. 279408-05) è altrettanto indubbio che un trattamento sanzionatorio che tenga conto degli aspetti per così dire "soggettivi" e che sia dunque modulato anche in relazione all'autore del reato, è rispondente al principio di proporzionalità inteso come individualizzazione del trattamento sanzionatorio, di cui poi, come in tutte le voci che riguardano il trattamento sanzionatorio, deve essere dato adeguato conto nella motivazione della decisione.

Sotto questo profilo, il discorso sul trattamento sanzionatorio individualizzante passa anche per l'applicazione (o no) della recidiva, in quanto espressione della capacità a delinquere del reo; ma è collegato anche alla sospensione condizionale della pena, che, pur non potendo essere intesa come pena, incide sul trattamento sanzionatorio irrogato e tiene conto, nel suo riconoscimento, di aspetti che sono anche di natura soggettiva.

2.4.1. Recidiva.

Sulla recidiva, oltre alle pronunce della Consulta che si sono susseguite nell'arco dell'ultimo ventennio, i plurimi interventi della giurisprudenza di legittimità, nella sua massima espressione delle Sezioni Unite, hanno toccato tre passaggi fondamentali della fattispecie: la contestazione della recidiva; la verifica della sussistenza dei suoi presupposti; gli effetti che derivano dalle modalità applicative della stessa (così, Sez. U, n. 32318 del 30/03/2023, Sabbatini, in motivazione), passaggi, questi, che partono tutti da una premessa, ossia che la recidiva è da sempre qualificata nel diritto vivente, ed in generale, come circostanza aggravante inerente alla persona del colpevole (in questo senso, già Sez. U, n. 3152 del 31/01/1987, Paolini, Rv. 175354-01; Sez. U, n. 1 del 27/05/1961, Papò, Rv. 098479-01), nonché circostanza aggravante ad effetto speciale nelle ipotesi, previste dai commi successivi al primo dell'art. 99 cod. pen., che comportano un aumento di pena superiore al terzo (Sez. U, n. 20798 del 24/02/2011, Indelicato, Rv. 249664, Sez. U, n. 35738 del 27/05/2010, Calibè, Rv. 247838-01, Sez. U, n. 30046 del 23/06/2022, Cirelli, Rv. 283328-01, e Sez. U, n. 3585 del 24/09/2020, dep. 2021, Li Trenta, Rv. 280262-01).

Come noto, l'istituto della recidiva ha subito, rispetto all'originaria impostazione del codice penale, due significative revisioni normative per effetto del d.l. 11 aprile 1974, n. 99, convertito, con modificazioni dalla legge 7 giugno 1974, n. 220, e, quindi, della legge 5 dicembre 2005, n. 251: la prima riforma è intervenuta, principalmente, con lo scopo di mitigare il rigore sanzionatorio del codice penale, caratterizzato dalla generale obbligatorietà della recidiva, oltre che dall'applicabilità senza alcun limite temporale tra la condanna irrevocabile e la commissione del nuovo reato e dall'applicazione a qualsiasi forma di ricaduta nel reato.

Con la prima riforma si è assistito alla riduzione degli incrementi di pena, alla previsione di un limite massimo costituito dal cumulo delle condanne precedentemente subite, alla sostituzione del principio dell'obbligatorietà con quello della facoltatività, ed è stato assegnato al giudice il compito di valutare, in concreto, i presupposti per l'applicazione dell'aggravante suscettibile, in base alla riforma anche dell'art. 69, comma quarto, cod. pen., di essere inclusa nel giudizio di bilanciamento.

In direzione opposta l'intervento realizzato nel 2005, che ha introdotto un complessivo regime di maggiore rigore sanzionatorio, riducendo la discrezionalità del giudice sia

nell'ambito dell'operatività degli incrementi di pena, sia nella determinazione della loro misura, sia più in generale in relazione all'operatività della stessa recidiva, pur limitata alla commissione dei soli delitti non colposi. È in parte ritornata, con l'art. 99, comma quinto, cod. pen. l'obbligatorietà della recidiva ed è stata prevista una nuova disciplina in punto di circostanze attenuanti generiche, concorso di circostanze, concorso formale e reato continuato, con aumenti di pena rigidi.

In questo quadro normativo si collocano i plurimi interventi della Corte costituzionale e le molteplici linee interpretative tracciate dalla Corte di cassazione (cfr da ultimo, Sez. U, n. 32318 del 30/03/2023, Sabbatini, che ricostruisce le plurime pronunce delle Sezioni Unite in tema), a seguito dei quali l'applicazione della recidiva (ma non anche la commisurazione dei suoi effetti nel momento in cui viene dichiarata) è sostanzialmente divenuta facoltativa, e ciò in risposta all'esigenza di conformare il sistema penale alla funzione rieducativa della pena suscettibile di essere garantita solo attraverso la proporzione tra la risposta sanzionatoria e l'offesa complessivamente recata.

Riprendendo Sez. U, Sabbatini, si può oggi affermare, con particolare riguardo alla modulazione della risposta sanzionatoria in relazione alle varie ipotesi di recidiva che il diritto vivente ritiene facoltativo l'aumento di pena «... nei casi di recidiva semplice e di recidiva aggravata, alla luce della presenza, nelle corrispondenti fattispecie normative, delle espressioni «può essere sottoposto ad un aumento» o «può essere aumentata». Neppure può porsi in dubbio, però, che analoga facoltatività contraddistingua le ulteriori ipotesi, per il solo fatto che, a proposito delle stesse, la norma si esprima nei termini tassativi «l'aumento è» [...] ...la formulazione letteralmente tassativa sull'aumento di pena nella disposizione relativa alla recidiva reiterata – con argomentazione da intendersi evidentemente valida anche per l'ipotesi della recidiva pluriaggravata – deve invero essere intesa nel suo diretto ed esclusivo riferimento alla determinazione di tale aumento, e non estesa anche all'applicazione o meno dello stesso, che rimane affidata alla decisione facoltativa del giudice; significato rimarcato in tal senso dalla ben diversa formulazione del quinto comma dell'art. 99 cod. pen., all'epoca vigente prima della menzionata declaratoria di illegittimità costituzionale del 2015, esplicitamente enunciata in termini di obbligatorietà dell'aumento in quella particolare ipotesi».

Quanto poi al passaggio della (obbligatoria) contestazione, Sez. U, Sabbatini, hanno rimarcato come, ad iniziare da Sez. U, Calibè, la recidiva può essere ritenuta in sede giudiziale, solo se specificamente contestata all'imputato ed in caso di pluralità di reati, è sufficiente, per intendere la recidiva come riferita a ciascun reato, la testuale contestazione in calce (Sez. 2, n. 22966 del 09/03/2021, Virgilio, Rv. 281456-01), mentre è necessario specificare il tipo di recidiva che viene in rilievo, posto che il generico richiama alla recidiva, senza ulteriori specificazioni, va intesa come riferita a quella semplice (Sez. 5, n. 50510 del 20/09/2018, La Cava, Rv. 274446-01; Sez. 3, n. 43795 del 01/12/2016, dep. 2017, Kirov, Rv. 270843-01; Sez. 2, n. 5663 del 20/11/2012, dep. 2013, Alexa, Rv. 254692-01).

Inoltre, in quanto circostanza aggravante, la recidiva deve ritenersi riconosciuta ed applicata non solo quando si traduce nell'aggravamento della pena, ma anche allorché venga fatta confluire nel giudizio di comparazione con circostanze attenuanti ai sensi dell'art. 69 cod. pen., che se esitato nel senso dell'equivalenza neutralizza l'incidenza delle attenuanti sulla pena (Sez. U, n. 17 del 18/06/1991, Grassi, Rv. 187856) o ne inibisce la funzione di mitigazione della pena (Sez. U, n. 20798 del 24/02/2011, Indelicato, Rv. 249664-01; Sez. U, n. 35738 del 27/05/2010, Calibé, Rv. 247838-01); se esitato nel senso della subvalenza, non produce effetti (Sez. U, n. 20808 del 25/10/2018, dep. 2019, Schettino, Rv. 275319-01).

A fronte delle esposte connotazioni della recidiva nel diritto vivente, sussiste un corrispondente obbligo motivazionale del giudice (sul quale si appunta il controllo da parte del

giudice di legittimità) sia nei casi in cui essa venga ritenuta (o esclusa), sia nei casi in cui venga "disapplicata", in ossequio ai principi a suo tempo espressi da Sez. U, Calibè, che ha evidenziato come il giudizio sulla recidiva, pur essendo incentrato sulla rilevanza dell'ultimo delitto commesso rispetto alla valutazione dell'accresciuta attitudine a delinquere, debba avere ad oggetto la totalità dei reati compresi nella sequenza recidivante, nel loro apporto all'incremento dell'attitudine suindicata. Si intravede, sotto questo profilo, la significativa rilevanza che viene data al requisito sostanziale dell'accentuata attitudine a delinquere del reo, in quanto manifestazione di maggiore colpevolezza e pericolosità, con la conseguenza di ritenere ed applicare la recidiva nel caso in cui sussista, anche in concreto, un'attitudine a delinquere, che non si riduce più (o esclusivamente) nei limiti di uno *status* personale dipendente unicamente dalla presenza di determinati precedenti penali. In questo modo, si supera la rigidità applicativa della recidiva, derivante dalla mera constatazione dell'esistenza di precedenti condanne, in favore del giudizio in concreto sull'elemento sostanziale della maggiore attitudine a delinquere, espressione, questa, del più generale principio di proporzionalità ed individualizzazione del trattamento sanzionatorio, stante l'incidenza che la recidiva ha sullo stesso.

In qualche modo anche le recenti Sez. U, Sabbatini – che hanno affermato che, in caso di recidiva reiterata contestata nel giudizio di cognizione, sia sufficiente, ai fini della relativa applicazione che, al momento della consumazione del reato, l'imputato risulti gravato da più sentenze definitive per reati precedentemente commessi ed espressivi di una maggiore pericolosità sociale, oggetto di specifica ed adeguata motivazione, senza la necessità di una previa dichiarazione di recidiva semplice – sembrano essersi poste in linea con questa tendenza del diritto vivente, di valorizzazione "sostanziale" della recidiva, in termini di proporzionalità individualizzante del trattamento sanzionatorio, sul quale, come detto, la recidiva spiega effetti in ragione della qualifica attribuitole di circostanza aggravante, anche in talune fattispecie, ad effetto speciale.

Ciò che rileva, comunque, è sempre l'aspetto motivazionale, sul quale si incontra e concentra il sindacato della Corte di cassazione.

Come affermato a suo tempo da Sez. U, n. 5859 del 27/10/2011, dep. 2012, Marcianò, Rv. 251690-01, in motivazione «sul giudice del merito incombe uno specifico dovere di motivazione sia quando ritiene sia quando esclude la rilevanza della recidiva, scaturendo ciò dai condivisibili principi affermati nelle appena ricordate sentenze della Corte costituzionale e delle Sezioni Unite.

Infatti, esclusi (all'epoca della pronuncia – n.d.r.) i casi di recidiva c.d. obbligatoria i casi di recidiva c.d. obbligatoria, di cui al comma quinto dell'art. 99 cod. pen., il giudice può attribuire effetti alla recidiva unicamente quando la ritenga effettivamente idonea ad influire, di per sé, sul trattamento sanzionatorio del fatto per cui si procede; ed è quindi, tenuto a verificare se il nuovo episodio criminoso sia "concretamente significativo – in rapporto alla natura e al tempo di commissione dei precedenti ed avuto riguardo ai parametri indicati dall'art. 133 cod. pen. – sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo" (Corte cost., sent. n. 192 del 2007). In altri termini, è precipuo compito del giudice del merito verificare in concreto se la reiterazione dell'illecito sia effettivo sintomo di riprovevolezza e pericolosità, tenendo conto [...] della natura dei reati, del tipo di devianza di cui sono il segno, della qualità dei comportamenti, del margine di offensività delle condotte, della distanza temporale e del livello di omogeneità esistente fra loro, dell'eventuale occasionalità della ricaduta e di ogni altro possibile parametro individualizzante significativo della personalità del reo e del grado di colpevolezza, al di là del mero ed indifferenziato riscontro formale dell'esistenza di precedenti penali" (Sez. U, sent. Calibè)»

La decisione, massimata nel senso che in caso di recidiva facoltativa è richiesto uno specifico dovere di motivazione sia ove il giudice la ritenga, sia ove escluda la rilevanza della stessa, sembra, nei successivi orientamenti, aver conosciuto alcune voci difformi (espresse da Sez. 2, n. 40218 del 19/06/2012, Fatale, Rv. 254341-01; Sez. 2, n. 39743 del 17/09/2015, De Vento, Rv. 264533-01) nella parte in cui hanno affermato che il rigetto della richiesta di esclusione della recidiva facoltativa, pur richiedendo l'assolvimento di un onere motivazionale, non impone al giudice un obbligo di motivazione espressa, ben potendo quest'ultima essere anche implicita.

Invero, le Sez. U, Marcianò parlano di onere di motivazione, che viene comunque ritenuto sussistente anche nelle sentenze indicate come difformi (in particolare in Sez. 2, n. 39743 del 17/09/2015, De Vento, Rv. 264533-01): il punto della decisione che si occupa della recidiva (la questione rimessa non riguardava direttamente la recidiva, e la sua motivazione, bensì se l'estinzione di ogni effetto penale prevista dall'art. 47, comma 12, Ord. Pen, in conseguenza dell'esito positivo dell'affidamento in prova al servizio sociale, comporti che della relativa condanna non possa tenersi conto agli effetti della recidiva) è quello nel quale le Sezioni Unite rimettono ad altra sezione della Corte di appello la nuova determinazione della pena a seguito dell'annullamento della decisione nella parte relativa alla ritenuta rilevanza della recidiva per effetto di tre condanne, di cui non doveva tenersi conto, essendo state le relative pene, previo cumulo, eseguite con affidamento in prova al servizio sociale, con esito positivo dichiarato dal Tribunale di sorveglianza. In particolare, l'annullamento veniva disposto con rinvio spettando ad altra sezione della Corte di appello stabilire la rilevanza della recidiva, non meglio qualificata, derivante da una sentenza di patteggiamento ed è in quel punto della decisione che Sez. U, Marcianò affermano quanto sopra integralmente riportato per esteso, e, come detto, se dichiarano la necessità della motivazione sia in caso di esclusione, che in caso di riconoscimento della recidiva facoltativa contestato, non sembrano escludere la motivazione implicita o comunque non sembrano affermare principi rispetto ai quali le due successive decisioni siano andate in contrasto.

Sulla linea della necessità di un onere motivazionale, si sono poste anche le Sez. U, Sabbatini quando hanno espressamente affermato: «La rilevanza dell'aspetto motivazionale della recidiva, nella nuova definizione assunta dall'istituto, è stata da tempo segnalata dalle Sezioni Unite, nel rilevare che la facoltatività dell'applicazione della stessa impone al giudice, sia nel caso in cui disponga tale applicazione che nel caso contrario, uno specifico dovere di motivazione in proposito (Sez. U, n. 5859 del 27/10/2011, dep. 2012, Marcianò, Rv. 251690-01). Tornando sulla questione, le Sezioni Unite hanno ribadito e dettagliato il principio, osservando che il superamento della concezione della recidiva come *status* soggettivo determinato dai soli precedenti penali non rende più ammissibile una motivazione affidata a formule di stile; è di contro doverosa un'argomentazione che, precisando gli elementi fattuali presi in considerazione e i criteri utilizzati per valutarli, dia conto della maggiore rimproverabilità del reo per non essersi fatto distogliere dalla risoluzione criminosa per effetto delle precedenti condanne (Sez. U, n. 20808 del 25/10/2018, dep. 2019, Schettino, non massimata sul punto). Gli elementi fattuali e i criteri di valutazione, a cui la motivazione deve fare riferimento, sono evidentemente quelli già indicati dalle stesse Sezioni Unite nella sentenza Calibè, e dei quali si è detto in precedenza: la tipologia e l'offensività dei reati, la loro omogeneità e collocazione temporale, la devianza della quale sono complessivamente significativi e l'occasionalità o meno dell'ultimo delitto, oltre ad eventuali, ulteriori, dati emergenti dalla fattispecie concreta».

La motivazione da parte del giudice sulla sussistenza (o no) della recidiva, intesa non più e soltanto come *status* soggettivo determinato dai soli precedenti penali, su cui, come detto,

si esprime il controllo della Corte di cassazione, non è l'unico ambito nel quale la Corte ha espresso principi che sono applicazione, con riferimento al trattamento sanzionatorio irrogato, del principio di proporzionalità, nella sua declinazione "soggettiva", correlata al principio di personalizzazione ed individualizzazione del trattamento sanzionatorio.

È recente la dichiarazione di manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 99, quarto comma, cod. pen., nella parte in cui stabilisce aumenti di pena in misura fissa per la recidiva reiterata, per contrasto con l'art. 3 Cost.: Sez. 6, n. 8291 del 10/02/2022, Castrofilippo, Rv. 282910-01, richiamando Corte cost, ord. n. 9 del 2008 ha fatto leva sulla circostanza che la stessa è una opzione sanzionatoria rientrante nella discrezionalità del legislatore e non manifestamente irragionevole, essendo insuscettibile di produrre *ex se* sperequazioni prive di *ratio* giustificativa nel trattamento di situazioni omogenee, e per contrasto con gli artt. 25 e 27 Cost., sotto il profilo della incompatibilità con i principi di gradualità e finalismo rieducativo, poiché la tendenziale contrarietà delle pene fisse al "volto costituzionale" dell'illecito penale va riferita alle pene fisse nel loro complesso e non anche ai trattamenti sanzionatori che coniughino articolazioni rigide ed articolazioni elastiche, in maniera tale da lasciare comunque adeguati spazi alla discrezionalità del giudice, ai fini dell'adeguamento della risposta punitiva alle singole fattispecie concrete.

Altro tema, che riguarda il giudizio di appello e il sindacato da parte del giudice di legittimità, è quello relativo alla devoluzione alla corte di appello del punto della decisione relativo ai presupposti per il riconoscimento della recidiva, nel caso in cui l'impugnazione della decisione di primo grado abbia riguardato solo il punto della sussistenza della natura specifica della recidiva, che è stata esclusa da **Sez. 5, n. 19976 del 19/04/2024, Grasso, Rv 286506-01**, in applicazione del principio devolutivo e delle norme che impongono, a pena di inammissibilità, la specificità dei motivi.

Nel caso di specie, la parte aveva dedotto violazione di legge e vizio di motivazione quanto al riconoscimento della recidiva, in tesi non supportato da adeguata motivazione e la Corte ha ritenuto il motivo inammissibile in quanto la questione della sussistenza delle condizioni per il riconoscimento della recidiva non era stata posta nei motivi di appello, che concernevano esclusivamente la natura specifica (rispetto, in particolare, ai reati di intestazione fittizia) e dunque un punto della decisione diverso e ulteriore rispetto alla sussistenza dei presupposti per il riconoscimento della recidiva.

In motivazione la Corte ha affermato: «la natura complessa della recidiva, circostanza aggravante ad effetto speciale laddove comporta un aumento di pena superiore al terzo (cfr., *ex multis*, Sez. U, n. 20798 del 24/02/2011, Indelicato, Rv. 249664; Sez. U, n. 35738 del 27/05/2010, Calibè e altro, Rv. 247838), vede diversi piani di valutazione, ciascuno dei quali rispondente a differenti presupposti, tale da potersi ritenere, per usare le parole delle Sezioni Unite Tuzzolino suscettibile di autonoma considerazione per ottenere una decisione completa sul capo cui la recidiva accede. Una cosa, infatti, è l'esistenza della recidiva, il cui riconoscimento richiede valutazioni articolate che attengono non solo all'esistenza del precedente definitivo, ma anche alla gravità dei fatti, all'arco temporale in cui questi risultano consumati nonché al rapporto esistente tra il fatto per cui si procede e la precedente condanna e alla verifica se ed in quale misura la pregressa condotta criminosa sia indicativa di una perdurante inclinazione al delitto che abbia influito, quale fattore criminogeno, sulla commissione dei reati *sub iudice,* escludendo che si tratti di ricaduta occasionale (Sez. 2, n. 10988 del 07/12/2022, dep. 2023, Antignani, Rv. 284425; e le motivazioni di Sez. U, n. 32318 del 30/3/2023, Rv. 284878, Sabbatini; Sez. U, n. 20808 del 25/10/2018, dep. 2019, Schettino, Rv. 275319; Sez. U, n. 20798 del 24/02/2011, Indelicato, Rv. 249664; Sez. U, 35738 del 27/05/2010, Calibè, Rv. 247838). Altro punto della

decisione che riguarda la recidiva è la sua natura aggravata, legata ora ai presupposti di cui al secondo comma dell'art. 99 cod. pen., ora alla reiterazione, ciascuno dei quali, isolatamente o in combinazione con gli altri, risponde a differenti presupposti normativi e giurisprudenziali che vanno separatamente vagliati per dare luogo al giudizio sul capo cui la recidiva si riferisce e che può generare conseguenze diverse ed ulteriori, non solo sul trattamento sanzionatorio e sulla prescrizione, rispetto al riconoscimento della qualità di recidivo semplice.

Ne consegue che il "punto" della decisione concernente la recidiva si compone di vari punti, che attengono, da una parte, alla sua stessa riconoscibilità e, dall'altro, ai connotati che la rendano, eventualmente, aggravata secondo le multiformi possibilità che l'art. 99 cod. pen. prevede. Ciascun punto della decisione circa il riconoscimento della recidiva – da una parte la sua sussistenza, dall'altra la sua natura aggravata – deve quindi essere oggetto di devoluzione al Giudice di appello e la mancanza di una pregressa censura sull'uno o sugli altri punti, preclude la proposizione del ricorso per cassazione sul punto non devoluto.

Tale conclusione sembra, tuttavia, dover trovare un temperamento quando, ad essere oggetto del motivo di appello, sia la sola natura reiterata della recidiva e poi, con il ricorso per cassazione, se ne contesti, alla base, il riconoscimento, considerata la valutazione retrospettiva che le Sezioni Unite di questa Corte (Sez. U, n. 32318 del 30/03/2023, Sabbatini, Rv. 284878, su cui più diffusamente *infra*, al § 3.3.) hanno indicato come necessaria nello scrutinio circa i presupposti di cui all'art. 99, comma 4, cod. proc. pen., che passa attraverso il vaglio circa l'esistenza dei requisiti per il riconoscimento della condizione di recidivo semplice.

Fatta questa premessa, il ricorso, come anticipato, è inammissibile perché, sul riconoscimento della recidiva, non vi era motivo di appello, appello che riguardava solo la sua natura specifica quanto alle intestazioni fittizie; donde viene in rilievo il principio secondo cui non possono essere dedotte con il ricorso per cassazione questioni sulle quali il giudice di appello abbia correttamente omesso di pronunciare siccome non devolute alla sua cognizione, tranne che si tratti di questioni rilevabili di ufficio in ogni stato e grado del giudizio o che non sarebbe stato possibile dedurre in precedenza (cfr. l'art. 606, comma 3, cod. proc. pen. quanto alla violazione di legge; si vedano, con specifico riferimento al vizio di motivazione, Sez. 2, n. 29707 del 08/03/2017, Galdi, Rv. 270316; Sez. 2, n. 13826 del 17/02/2017, Bolognese, Rv. 269745-01; Sez. 2, n. 22362 del 19/04/2013, Di Domenica)».

2.4.2. Sospensione condizionale della pena.

Pur conservando, alla luce della univoca previsione dell'art. 17 cod. pen. e dei principi di legalità e tassatività, un carattere esterno ed estraneo alla nozione di pena, tale per cui a rigore non rientra nel trattamento sanzionatorio, la sospensione condizionale della pena si può però connotare di obblighi e di prescrizioni cui il condannato può (e in alcuni casi, deve) essere assoggettato, che hanno comunque una connotazione afflittiva, sostanziandosi in comportamenti imposti al condannato in funzione special-preventiva, strumentali al conseguimento dell'effetto estintivo, che deriva, al positivo, dall'adempimento (eventuale) degli obblighi e prescrizione e, al negativo, dall'astensione (obbligatoria) dalla commissione di altri reati (cfr., **Sez. U, n. 5352 del 28/09/2023, dep. 2024, P,** in motivazione).

Questo aspetto della sospensione condizionale della pena rende opportuna qualche riflessione sull'istituto, che, sin dalla sua introduzione si è qualificato come una misura *lato sensu* alternativa alla detenzione, orientato cioè a ridurre il fenomeno della detenzione breve: rispondeva e risponde tuttora alla *ratio* di sottrarre alla privazione della libertà e alla restrizione in carcere chi non avesse ancora conosciuto l'esperienza detentiva.

La finalità principale della sospensione condizionale della pena è sostanzialmente duplice: per un verso, essa è negativamente volta a evitare l'esecuzione della pena; per altro verso, pur non risultando uno strumento alternativo al carcere conserva comunque una positiva portata sanzionatoria in quanto il condannato dovrà astenersi dal commettere ulteriori reati della stessa indole di quello per cui si è già intervenuta un'affermazione di responsabilità e sarà anche obbligato ad adempiere alle eventuali prescrizioni cui il beneficio sia stato subordinato (cosi, **Sez. U, n. 5352 del 28/09/2023, dep. 2024, P,** in motivazione).

Sotto quest'ultimo profilo, ossia con riferimento agli obblighi e alle prescrizioni cui la sospensione condizionale della pena può (o deve) essere subordinata, è l'art. 165 cod. pen. la norma che sin dall'origine ha previsto la disciplina giuridica degli oneri imposti al condannato relativi all'adempimento dell'obbligo delle restituzioni, al pagamento della somma liquidata a titolo di risarcimento del danno, o provvisoriamente assegnata sull'ammontare di esso, e alla pubblicazione della sentenza a titolo di riparazione del danno, ed è questa la disposizione che è stata ripetutamente modificata con l'inserimento di ulteriori "obblighi", all'adempimento dei quali il giudice può subordinare la concessione della sospensione condizionale della pena (interpolazioni realizzate dalla legge 24 novembre 1981, n. 689; dalla legge 11 giugno 2004, n. 145; dalla legge 16 gennaio 2019, n. 3; dalla legge 26 aprile 2019, n. 36; della legge19 luglio 2019, n. 69 e, infine, dalla Riforma Cartabia).

Come affermato da Sez. U, n. 37503 del 23/06/2022, Liguori, in motivazione, «[l]a tipizzazione, nel modello legale, dei casi specifici in cui la sospensione condizionale della pena può essere subordinata all'adempimento di "obblighi" si spiega con la considerazione che i principi di legalità e di tassatività, i quali presiedono al sistema penale, escludono che la sospensione condizionale della pena possa essere sottoposta ad obblighi diversi da quelli espressamente previsti dall'art. 165 cod. pen. (Sez. 1, n. 8863 del 18/06/1992, Varone, Rv. 191627-01)».

Riprendendo quanto autorevolmente sostenuto dalla Consulta (Corte cost., sent. n. 295 del 1986 e ord. n. 296 del 2005) la sospensione condizionale della pena si configura come una "astensione a tempo" dall'esecuzione della pena irrogata con la sentenza di condanna e di cui, accordando il beneficio, si sospende l'esecuzione; essa pertanto non ha effetti definitivi immediati, in quanto apre una vicenda che soltanto alla fine del termine indicato dall'art. 163 cod. pen. conduce all'eventuale estinzione di alcuni effetti penali.

Si afferma infatti che l'esecuzione della pena rimane sospesa, perché si produce in concreto una nuova fattispecie che ne inibisce l'esecuzione al termine della vicenda giuridica, aperta con la concessione del beneficio, e sempre che si avverino una serie di elementi positivi (decorso del tempo; adempimento degli obblighi eventuali) e negativi (mancanza di revoca del beneficio), nel qual caso si determina l'estinzione degli effetti penali a norma dell'art. 167 cod. pen.

Tanto premesso, e dando per assodato che la sospensione condizionale non sia una pena, è indubbio però che essa sia accessoria alla pena e concorra alla sua esecuzione e, soprattutto, che il riconoscimento del beneficio – perché di un beneficio si tratta, anche quando connotato, come nel caso della seconda sospensione o della condanna per i reati indicati all'art. 165 cod. pen. (anche) da afflizione – è frutto di una valutazione discrezionale che il giudice compie, sempre vincolata alla sussistenza dei presupposti legittimanti la stessa, rispetto alla quale viene in rilievo, nella valutazione del rischio di recidivanza e più in generale, nella valutazione sulla capacità per l'agente di autolimitarsi, ma anche nella scelta degli obblighi cui assoggettarla, proprio il principio di proporzionalità, nella sua accezione "soggettiva", ossia come criterio cui riferirsi per applicare il trattamento sanzionatorio più proporzionato ed individualizzante, nell'ottica della rieducazione.

E ciò vale non solo con riferimento alla valutazione prognostica che il giudice compie sempre e in ogni caso, ossia la capacità del condannato di astenersi dal commettere ulteriori reati della stessa specie, ma anche nella individuazione degli obblighi cui subordinare la sospensione.

A monte vi è sempre e comunque la necessità che il giudice valuti la sussistenza dei presupposti legittimanti la sospensione condizionale della pena, rispetto ai quali il controllo della Corte di cassazione si esprime affermando – in ciò superando un orientamento espresso in precedenza da Sez. 3, n. 42737 del 06/07/2016, R, Rv. 267906-01 – che il giudice di merito, nel valutare la concedibilità del beneficio, non ha l'obbligo di prendere in esame tutti gli elementi richiamati nell'art. 133 cod. pen., potendo limitarsi ad indicare quelli da lui ritenuti prevalenti in senso ostativo alla sospensione, ivi compresi i meri precedenti giudiziari.

Proprio in relazione alla valenza dei precedenti giudiziari, assume rilievo una decisione assunta da **Sez. 3, n. 16703 del 26/03/2024, Doroteo**, nella quale la Corte ha censurato la decisione di merito di escludere il beneficio della seconda sospensione condizionale della pena, ritenendo preclusivo il precedente sospeso per la messa alla prova dell'imputato. In tale decisione la Corte ha evidenziato che la valutazione prognostica che il giudice compie, laddove dia valore dirimente ad elementi prevalenti in senso ostativo alla sospensione, deve dare conto delle ragioni di prevalenza e dunque del percorso motivazionale seguito. Nel caso di specie la Corte d'appello di Roma aveva attribuito rilievo ad un precedente giudiziario, per altro non specifico, per il quale il ricorrente era stato ammesso alla messa alla prova, facendone derivare una conseguenza pregiudizievole per il reo, ritenendo che ciò denotasse una sua personalità negativa. Tale valutazione è stata ritenuta erronea perché quel tipo di precedente, ha detto la Corte, non ha valenza negativa quale elemento da valutarsi tra i criteri direttivi indicati dall'art. 133 cod. pen., oltre ad essere contrario al disposto di cui all'art. 164 cod. pen., posto che l'ammissione alla prova presuppone a sua volta una valutazione di astensione da parte dell'imputato dal commettere ulteriori reati. Il sindacato della Corte, in tale decisione, è dunque andato oltre il mero dato formale (l'esistenza di un precedente giudiziario), essendo stata verificata la tipologia del precedente (sospeso per l'ammissione dell'imputato alla prova), l'assenza di una personalità negativa (desumibile proprio dalla scelta di sottoporsi alla messa alla prova) e la sussistenza, in concreto, di una valutazione prognostica favorevole in ordine alla futura astensione del reo dalla commissione di ulteriori reati, insita in ogni ammissione alla prova.

La valutazione prognostica sulla capacità del condannato di astenersi dal commettere ulteriori reati della stessa specie è dunque una componente essenziale della sospensione condizionale della pena ma non è l'unica, posto che anche nella eventuale individuazione degli obblighi cui subordinare la sospensione, sia quando essi siano facoltativi (il giudice "può"), sia quando siano obbligatori (come nelle ipotesi previste dall'art. 165 cod. pen.), le modalità attraverso le quali vanno effettuati gli obblighi vengono decise dal giudice, il quale, così facendo, riempie di contenuto quelle imposizioni.

E il trattamento sanzionatorio sarà allora tanto più efficace, quanto più quelle valutazioni vengano svolte richiamando e applicando il principio di proporzionalità ed individualizzazione della pena.

Indicativo, in questo senso il principio espresso da Sez. 6, n. 39341 del 26/06/2023, T, Rv. 285275-01, laddove ha affermato che l'obbligo di partecipazione ai percorsi trattamentali di cui all'art. 165, comma quinto, cod. pen., introdotto dall'art. 6, comma 1, legge 19 luglio 2019 n. 69 (cd. "Codice rosso"), cui è subordinato il riconoscimento del beneficio della sospensione condizionale della pena in favore degli autori di reati di violenza dome-

stica o di genere, ha un contenuto special-preventivo del tutto differente dalle altre forme di riparazione contemplate dallo stesso art. 165, essendo volto a scongiurare, attraverso la rieducazione del soggetto e con l'ausilio di esperti, il pericolo di recidivanza rispetto a tali reati, sicché è legittimo il diniego del beneficio in caso di partecipazione a programmi di recupero delle dipendenze (nella specie, tossicologica ed alcolica) privi dei suddetti requisiti di specificità.

Alcune, fondamentali, indicazioni sono state già date dalle Sezioni Uniti, quali la necessità dell'indicazione di un termine a decorrere dal quale gli obblighi vanno adempiuti: si legge in Sez. U, Liguori, richiamata sul punto anche da Sez. U, n. 32939 del 27/0472023, Selvaggio, che «tanto l'evoluzione storica dell'istituto (tutte le disposizioni, che si sono cronologicamente succedute, hanno previsto che il giudice penale assegnasse al condannato un termine per l'adempimento) quanto l'interpretazione letterale dell'art. 165 cod. pen. depongono nel senso che il termine svolge un ruolo centrale all'interno della fattispecie, fungendo da elemento essenziale di essa. ... alcuna facoltà discrezionale è attribuita al giudice, secondo il testo di legge, in ordine all'obbligatorietà di disporre una tale clausola' ("il giudice nella sentenza stabilisce..."), ricavandosi che deve esistere una distanza di tempo tra il momento in cui *"l'obbligo" sorge* e il momento entro il quale "l'obbligo" stesso deve essere soddisfatto, richiedendosi perciò che all'onerato sia concesso un lasso di tempo per l'adempimento dell'obbligo impostogli ("... il termine entro il quale ...") e rendendo perciò anche certo che debba essere fissato necessariamente il *dies ad quem*».

Non è solo il termine che va individuato dal giudice: come affermato da Sez. U, Liguori, «il termine per adempiere concorr[e] a definire il trattamento special-preventivo del condannato in consonanza con il principio rieducativo (art. 27, terzo comma, Cost.) [..e..] induce a ritenere che sussista l'obbligo del giudice della cognizione di procedere, secondo le evidenze disponibili, all'accertamento delle condizioni economiche dell'imputato nel caso in cui la concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena sia subordinato all'adempimento dell'obbligo risarcitorio».

Su altri aspetti della sospensione condizionale della pena, subordinata all'adempimento degli obblighi, il controllo che la Corte esercita sui punti della decisione che li prevedono, riguarda essenzialmente la necessità o meno della "non opposizione", nei casi in cui il beneficio venga concesso a persona che ne abbia già usufruito con altro precedente e vada quindi subordinato alla prestazione di attività non retribuita in favore della collettività, ai sensi dell'art. 165, comma primo, cod. pen., e la possibilità di applicarli d'ufficio in appello, nei casi in cui difetti l'impugnazione del pubblico ministero.

Su entrambe le questioni si registrano al momento due differenti orientamenti.

Sulla prima, accanto ad un orientamento che ritiene necessaria la "non opposizione", manifestata personalmente dall'interessato (Sez. 5, n. 7406 del 27/09/2013, dep. 2014, Mellone, Rv. 259517-01; Sez. 3, n. 26259 del 10/05/2018, Madaghiele, Rv. 273320-01), si registra un indirizzo, maggioritario, secondo il quale nella richiesta di sospensione condizionale della pena avanzata dall'imputato, che abbia già usufruito del beneficio in relazione a precedente condanna, laddove manchi una espressa "opposizione", deve ritenersi implicito il consenso, trattandosi di prescrizione che il giudice deve necessariamente disporre a norma dell'art. 165, comma secondo, cod. pen. (Sez. 6, n. 9063 del 10/01/2023, Maddaloni, Rv. 284337-02; Sez.6, n. 8535 del 2/2/2021, Rv. 280712; Sez. 2, n. 29001 del 29/09/2020, Bongi, Rv. 279773; Sez. 6, n. 12079 del 20/02/2020, Taher, Rv. 278725; Sez. 3, Sentenza n. 4426 del 24/10/2019, dep. 2020, Rv. 278396–01, Sez. 5, n. 19721 del 11/04/2019, P., Rv. 276248).

Sulla seconda, accanto ad un orientamento secondo cui l'imposizione di uno degli obblighi contemplati dall'art. 165 cod. pen., in quanto idonei ad aggravare il complessivo trat-

tamento sanzionatorio, non può essere disposto d'ufficio del giudice dell'impugnazione, in caso di omessa previsione da parte del giudice di primo grado dell'adempimento di uno degli obblighi previsti dall'art. 165 cod. pen. ed in assenza di impugnazione del pubblico ministero, pena la violazione del divieto di "*reformatio in peius*" (Sez.2, n. 12789 del 13/2/2020, Vinci, Rv. 279033-01; Sez.3, n. 30557 del 15/7/2011, Di Martino, Rv. 251041-01), altro ritiene possibile che la corte di appello possa modificare le modalità di applicazione del beneficio, prevedendo che esso vada subordinato agli obblighi (Sez.2, n. 34727 del 30/6/2022, Pastore, Rv.283845-02), quali il risarcimento del danno (Sez.5, n. 11738 del 30/1/2020, Crescenzo, Rv. 278929-01), o la prestazione del lavoro di pubblica utilità (Sez. 6, n. 9063 del 10/01/2023, Maddaloni, Rv. 284337-02).

Con riferimento, nello specifico, alla possibilità di subordinare la sospensione condizionale della pena alla partecipazione dell'imputato agli specifici percorsi di recupero di cui all'art. 165, comma quinto, cod. pen., non disposta nel procedimento di cognizione, Sez. 6, n. 30147 del 03/05/2023, P, Rv. 285046-01 ha ritenuto che il giudice dell'esecuzione possa disporla, definendo lui stesso i termini e le modalità attuative dei detti percorsi.

2.5. Misura della pena in rapporto alle condizioni economiche e patrimoniali.

Un cenno è opportuno alla modulazione del trattamento economico in rapporto alle condizioni economiche e patrimoniali del condannando.

Il legislatore disciplina, all'art. 133-*bis* cod. pen., la valutazione delle condizioni economiche e patrimoniali (inciso, quest'ultimo, aggiunto dall'art. 1, comma 1, lett. d), n. 1) d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150) del reo ma agli effetti della pena pecuniaria e dunque nella determinazione dell'ammontare della multa o dell'ammenda, stabilendo che a tali fini il giudice ne deve tenere conto unitamente ai criteri indicati dall'art. 133 cod. pen.

Ma le condizioni economiche, e oggi anche patrimoniali, del reo, in ossequio al principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., vengono anche in rilievo nei casi in cui la parte non sia stata condannata (solo) alla pena pecuniaria, ma le siano imposti obblighi essenzialmente di *facere*, che abbiano e richiedano "sforzi" o comunque impegni economici.

La problematica viene in rilievo soprattutto con riferimento agli obblighi risarcitori, ma, indirettamente, può rilevare in tutti i casi in cui è imposto un obbligo, il cui adempimento richieda per la parte un impegno di natura economica (anche lo stesso obbligo di ripristino dello stato dei luoghi, per esempio, laddove comporti la demolizione di un manufatto, la rimozione di materiali di vario genere o la bonifica dei luoghi comporta un impegno di spesa per la parte; il pagamento di tributi; l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose, per dirne alcuni).

In questi casi, occorre chiedersi se il giudice abbia o no un potere di accertamento in ordine alle condizioni economiche dell'imputato e fino a dove possa spingersi questo potere di accertamento e ciò, come detto non soltanto in relazione alle pene pecuniarie (che oggi per altro si sono arricchite di tutta una serie di indicazioni contenute nel d.lgs. n. 150 del 2022, sia in relazione alla pena pecuniaria principale, che con riferimento alla pena pecuniaria sostitutiva).

Importanti indicazioni, per il giudice di merito e per il controllo che su questa voce è, di conseguenza, riservato alla Corte di cassazione, e che si ritiene utile riportare per esteso, vengono da Sez. U, Liguori che, in tema di sospensione condizionale della pena e di obblighi risarcitori cui la stessa sia stata subordinata, hanno affermato: «la giurisprudenza di legittimità, che ha fatto registrare nel tempo opposti orientamenti, si è espressa recentemente, in modo compatto, nel senso che, nel caso di sospensione condizionale subordinata all'adempimento dell'obbligo di risarcimento del danno, il giudice della cognizione non è tenuto

a svolgere alcun accertamento sulle condizioni economiche dell'imputato, salva l'ipotesi in cui emergano situazioni che ne facciano dubitare della capacità economica di adempiere ovvero quando tali elementi siano forniti dalla parte interessata (Sez. 6, n. 46959 del 19/10/2021, P., Rv. 282:348-01; Sez. 6, n. 22094 del 18/03/2021, Orsi, Rv. 281510-01; Sez. 5, n. 3187 del 26/10;2020, dep. 2021, Genna, Rv. 280407-01; Sez. 2, n. 26958 del 24/07/2020, Valente, Rv. 279648-01; Sez. 5, n. 40480 del 24/06/2019, P., Rv. 278381-02; Sez. 4, n. 50028 del 04/10/2017 Pastorelli, Rv. 271179-01; Sez. 6, n. 52730 del 28/09/2017, S., Rv. 271731-01).

Peraltro, in passato, la Corte aveva ritenuto che il giudice della cognizione, qualora avesse subordinato la concessione della sospensione condizionale della pena al risarcimento del danno contestualmente liquidato, dovesse procedere, con apprezzamento motivato, alla valutazione, sia pure sommaria, delle condizioni economiche dell'imputato e della sua concreta possibilità di sopportare l'onere del risarcimento pecuniario (Sez. 5, n. 21557 del 02/02/2015, Solazzo, Rv. 263675-01; Sez. 2, n. 22342 del 15/02/2013, Cafagna, Rv. 255665-01), giungendo successivamente ad affermare che, in tali casi, sussistesse comunque l'obbligo di valutare le reali condizioni economiche del condannato e, ancor di più, quando vi fosse un accenno di prova dell'incapacità di questo di sopportare l'onere del pagamento risarcitorio (Sez. 5, n. 40041 del 18/06/2019, Peron, Rv. 277604-01) e, nel pervenire a tale conclusione, aveva sottolineato come l'obbligo in questione fosse coerente con il principio costituzionale di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. e con la funzione rieducativa della pena prevista dall'art. 27 Cost.

Questi ultimi approdi, del tutto compatibili con l'indirizzo in precedenza richiamato e che si è andato delineando all'interno della giurisprudenza di legittimità, fondano il proprio assunto privilegiando un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 165 cod. pen., in relazione all'art. 3 Cost. e facendo perciò leva sulle indicazioni fornite dalla Corte costituzionale, la quale, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale della norma, nella parte in cui consente di subordinare la sospensione condizionale della pena al risarcimento del danno, ha sottolineato che spetta comunque al giudice la valutazione, caratterizzata da un apprezzamento motivato pur se discrezionale, della capacità economica del condannato e della sua concreta possibilità di sopportare l'onere del risarcimento del danno (Corte cost., sentenza n. 49 del 1975).

Pertanto, la necessità di una tale preventiva valutazione, sia pure sommaria, consente di evitare che si realizzi in concreto un trattamento di sfavore a carico dello stesso condannato in ragione delle sue condizioni economiche, ancor più quando vi sia già un elemento di prova dell'incapacità dell'imputato di adempiere all'obbligazione risarcitoria, con la conseguenza che il dovere di scandagliare le effettive possibilità del condannato di fruire del beneficio della sospensione condizionale subordinandolo ad un obbligo risarcitorio che egli possa realmente assolvere è coerente con il principio costituzionale di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. e con la funzione rieducativa della pena prevista dall'art. 27 Cost. e tutto ciò, vale la pena ricordare, si pone in linea con la tradizione giuridica italiana che, sin dall'introduzione dell'istituto della condanna condizionale, aveva posto in rilievo la necessità che con l'imposizione dell'obbligo risarcitorio, al cui adempimento fosse subordinata la sospensione della pena, si potesse realizzare, qualora affrancato da ogni valutazione sulla capacità di adempiere, una disparità cli trattamento tra imputati abbienti e non abbienti.

La circostanza poi che una tale valutazione competa anche e comunque al giudice dell'esecuzione, qualora si verta in tema di revoca del beneficio, non esime il giudice della cognizione dall'eseguire un accertamento non necessariamente approfondito ma tale da escludere che, come è stato sottolineato in dottrina, la sospensione condizionale della pena "nasca già morta", perché condizionata all'assolvimento di un onere che il condannato non può *ab initio* sopportare, essendo l'adempimento per lui non esigibile in partenza".

3. Profili specifici di alcuni trattamenti sanzionatori.

3.1. Le pene accessorie.

Un breve cenno, che non può essere comprensivo di tutte le problematiche che si sono poste e che hanno interessato le Sezioni della Corte, comprese le Sezioni Unite, va dedicato alle pene accessorie che, rispetto alle pene principali – che svolgono funzioni retributive, preventive di carattere generale e speciale, nonché rieducative -, si connotano, specie se interdittive ed inabilitative, per essere collegate al compimento di condotte che si concretizzano nello svolgimento (o nel non svolgimento) di incarichi o attività: esse sono più marcatamente orientate a fini di prevenzione speciale, oltre che di rieducazione personale, che realizzano mediante il forzato allontanamento del reo dal medesimo contesto operativo, professionale, economico e sociale, nel quale sono maturati i fatti criminosi per impedirgli di reiterare reati in futuro e per sortirne l'emenda (cosi, in motivazione, Sez. U, n. 28910 del 28/02/2019, dep. 2019, Suraci, Rv. 276286-01).

L'insegnamento che si trae dal diritto vivente in tema di pene accessorie è che, per conseguire lo specifico finalismo preventivo, cui esse sono preordinate, è necessaria una loro modulazione personalizzata, in correlazione con il disvalore del fatto di reato e con la personalità del responsabile, non necessariamente ancorata o riproduttiva della durata della pena principale.

In altri termini, come la pena principale, per essere effettivamente proporzionata e conseguire la finalità essenzialmente rieducativa che la connota, deve poter essere modulata e quindi individualizzata, allo stesso modo la pena accessoria andrebbe determinata caso per caso dal giudice, sempre nell'ambito della cornice edittale disegnata dalla singola disposizione di legge, sulla scorta di una valutazione discrezionale, rigorosa, che si avvalga della ricostruzione probatoria dell'episodio criminoso e dei parametri dell'art. 133 cod. pen. e di cui è obbligo dare conto con congrua motivazione. Sono queste le indicazioni che si traggono da Sez. U, Suraci, in contrapposizione con lettura dell'art. 37 cod. pen che era stata offerta dalle precedenti Sezioni Unite con la sentenza n. 6240 del 2015, essendosi affermato che la perequazione automatica della stessa «non estesa alla considerazione della funzione svolta dalle pene accessorie e delle linee evolutive della giurisprudenza costituzionale, non consente risposte individualizzate e graduate in dipendenza delle peculiarità del caso, delle esigenze specifiche ad esso sottese, nonché delle caratteristiche di afflittività delle singole sanzioni accessorie, incidenti in senso fortemente limitativo sul diritto al lavoro e sul diritto di iniziativa economica, oltre che su altri aspetti della vita individuale e sociale, e finisce per estendervi i sospetti di incostituzionalità, insiti in tutti gli automatismi punitivi».

La modulazione delle pene accessorie viene in rilievo soprattutto quando si tratta di determinarne la durata, nei casi in cui sia previsto un limite minimo e uno massimo: si afferma che la durata vada appunto determinata in concreto, con adeguata motivazione, sulla base dei criteri stabiliti dall'art. 133 cod. pen., dovendo escludersi la necessaria correlazione con quella della pena principale (Sez. 3, n. 41061 del 20/06/2019, Paternò, Rv. 277972-01 e più di recente ancora, **Sez. 3, n. 18879 del 17/04/2024, T, Rv. 286311-01** ha affermato che la durata della sospensione dall'esercizio di una professione, prevista dall'art. 609-*nonies*, comma primo, n. 5, cod. pen, dev'essere determinata, in concreto, dal giudice, con motivazione che indichi, tra i criteri enumerati dall'art. 133 cod. pen., quelli posti a fondamento del giudizio di gravità delle condotte e di negativa personalità dell'agente).

È questo un indirizzo che applica il principio espresso da Sez. U, Suraci, secondo cui «La durata delle pene accessorie per le quali la legge stabilisce, in misura non fissa, un limite

di durata minimo ed uno massimo, ovvero uno soltanto di essi, deve essere determinata in concreto dal giudice in base ai criteri di cui all'art. 133 cod. pen. e non rapportata, invece, alla durata della pena principale inflitta *ex* art. 37 cod. pen. (In applicazione del principio, la Corte ha annullato con rinvio la sentenza che aveva irrogato agli imputati le pene accessorie conseguenti al reato di bancarotta fraudolenta per il periodo fisso di dieci anni richiamando la sentenza della Corte costituzionale n. 222 del 2018»).

Tale principio sposa l'orientamento espresso da Sez. 5, n. 5882 del 29/01/2019, Baù, Rv. 274413-01, così massimata: «In tema di bancarotta fraudolenta, la durata delle pene accessorie previste dall'art. 216, ult. comma, legge fall., nella formulazione derivata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 222 del 2018, non necessariamente deve essere parametrata alla stessa durata della pena principale ai sensi dell'art. 37 cod. pen., in quanto i principi di proporzionalità e di individualizzazione del trattamento sanzionatorio, posti alla base della decisione di illegittimità costituzionale, non consentono di applicare alcun tipo di automatismo sanzionatorio. (In applicazione del principio la Corte, riconoscendo d'ufficio l'illegalità delle pene accessorie irrogate prima della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 216, ult. comma, legge fall., ha annullato con rinvio la sentenza impugnata limitatamente al punto delle pene accessorie, al fine di consentire al giudice di merito di stabile la durata delle stesse, trattandosi di giudizio, che implicando valutazioni discrezionali, è sottratto al giudice di legittimità). Conf. Sez. 5, n.6115/2019 del 14/12/2018 (dep.07/02/2019); Sez. 5, n.4780/2019 del 20/12/2018 (dep.30/01/2019)».

Nella sentenza Baù, che vale la pena riportare nei passaggi in cui richiama la sentenza della Consulta, sulla (incostituzionalità) degli automatismi ed offre una lettura diversa rispetto alle precedenti Sezioni Unite, ancorando la nuova scelta al principio di proporzionalità ed individualizzazione della pena, si afferma che «se gli automatismi contrastano con i principi costituzionali di proporzionalità della pena e di individualizzazione del trattamento sanzionatorio, diventa "sospetta" sotto il profilo della compatibilità con la Costituzione, anche la regola dettata dall'art. 37 cod. pen. – ove intesa come unica soluzione possibile -: regola che non lascerebbe al giudice quel margine di discrezionalità ritenuto necessario nella prospettiva di assegnare «alle pene accessorie una funzione almeno in parte distinta rispetto a quella delle pene detentive, e marcatamente orientata alla prevenzione speciale negativa – imperniata sull'interdizione del condannato da quelle attività che gli hanno fornito l'occasione per commettere gravi reati». [...]

In tale ottica, più che addentrarsi in una attività di "interpretazione", riconosciuta come spettante al giudice comune («la valutazione del modo in cui il sistema normativo reagisce ad una sentenza costituzionale di accoglimento spetta al giudice del processo principale, unico competente a definire il giudizio da cui prende le mosse l'incidente di costituzionalità»), la Corte costituzionale sembra rivolgere un richiamo rispetto ai profili di incostituzionalità che, in tema di pene accessorie *ex* art. 216 u.c. I. fall., presenterebbe la scelta di sostituire un automatismo con un altro, sia pure con effetti meno gravosi. [...]

Occorre dunque adottare una soluzione capace di garantire quella elasticità necessaria a consentire al giudice, nel rispetto del principio di proporzionalità, di «determinare, con valutazione caso per caso e disgiunta da quella che presiede alla commisurazione della pena detentiva, la durata delle pene accessorie previste dalla disposizione censurata, sulla base dei criteri indicati dall'art. 133 cod. pen.; durata che potrebbe dunque risultare, in concreto, anche maggiore di quella della pena detentiva contestualmente inflitta, purché entro il limite massimo di dieci anni. Ciò tenendo conto sia del diverso carico di afflittività, sia della diversa finalità, che caratterizzano le pene accessorie in parola rispetto alla pena detentiva: diverse afflittività e finalità che suggeriscono, nell'ot-

tica di una piena attuazione dei principi costituzionali che presiedono alla commisurazione della pena, una determinazione giudiziale autonoma delle due tipologie di pena nel caso concreto».

Deve pertanto concludersi ribadendo che in questa prospettiva può ritenersi che la regola dettata dall'art. 37 cod. pen. divenga uno dei criteri per la determinazione delle pene accessorie della bancarotta. Ma non l'unico, in ossequio ai principi di proporzionalità e di individualizzazione del trattamento sanzionatorio nei quali si estrinseca la *ratio decidendi* della peculiare scelta manipolativa operata dalla Corte costituzionale. Detti principi contrastano con qualsiasi tipo di automatismo, compreso quello della parametrazione obbligata della durata della pena accessoria alla pena principale, che, si ripete, ove rimanesse l'unico criterio commisurativo, potrebbe dare luogo, di nuovo, a sospetto di costituzionalità del combinato disposto art. 37 cod. pen. e art. 216 u.c. I. fall.»

Più in generale, comunque, anche in relazione alle pene accessorie, il criterio che guida la Corte è ancora una volta il principio di proporzionalità, in rapporto alla gravità del fatto di reato, da un lato, e alla capacità a delinquere dell'autore, dall'altro, con riflessi immediati sulla personalizzazione ed individualizzazione del trattamento sanzionatorio

Il principio ha guidato, come visto, la sentenza Bau e le Sez. U, Suraci, ed è stato di recente richiamato anche da Sez. 6, n. 9062 del 16/12/2022, dep. 2023, Andolfi, Rv. 284417-01, che ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 29, comma primo, cod. pen., nella parte in cui prevede la pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici per la durata di anni cinque, sollevata in relazione agli artt. 3, 27, 41, 111 e 117 Cost. nonché 8 Convenzione EDU, osservando: «...l'entità della pena principale inflitta rimessa al potere discrezionale del giudice condiziona in concreto l'applicazione della pena accessoria in rapporto ad un giudizio di gravità predeterminato dalla legge che differenzia la durata della pena accessoria in rapporto al superamento di due soglie distinte, quella di tre anni di reclusione per l'interdizione temporanea e quella di anni cinque di reclusione per l'interdizione perpetua, quindi, attraverso un meccanismo punitivo graduale che presuppone una valutazione in concreto della gravità della condotta incriminata da parte del giudice attraverso la determinazione della durata della pena principale della reclusione, e che, pertanto, non si presenta distonico rispetto al principio della personalizzazione di individualizzazione del trattamento sanzionatorio» (pag. 80 della motivazione).

Diversamente dalla pena accessoria prevista dall'art. 219, ultimo comma, legge fallimentare (di cui, come si è visto, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale con Corte cost., sent. n. 222 del 2018), si afferma che la pena accessoria nel caso di specie non viene prevista in misura fissa ed automatica, che prescinde dalla valutazione della gravità del reato, essendo al contrario rimesso al potere del giudice la possibilità di determinarne o meno il relativo presupposto applicativo, attraverso la modulazione della pena in concreto sotto la soglia prevista (che, se inferiore, in concreto, ai tre anni di reclusione, non comporta l'applicazione di alcuna pena accessoria prevista dall'art. 29, comma primo, cod. pen.). In altri termini, mancando un automatismo sanzionatorio, in quanto nel caso di specie l'applicazione della pena dipende pur sempre dal vaglio discrezionale della gravità del fatto in ragione della determinazione della pena oltre una certa soglia, la norma di cui all'art. 29 cod. pen., si dice, non presenta profili di illegittimità costituzionale.

3.2. Le pene pecuniarie.

Il discorso sulla determinazione delle pene pecuniarie investe tanto il tema della commisurazione (art. 133-*bis* cod. pen) e della rateizzazione (art. 133-*te*r cod. pen.) quanto quello della sostituzione, sia con riferimento alla "vecchia" sostituzione, che in relazione alla pena

pecuniaria sostitutiva, che verrà nello specifico analizzata nel paragrafo sulle pene sostitutive delle pene detentive brevi.

In relazione, invece, alla esecuzione delle pene pecuniarie va qui precisato che la tematica è stata ampiamente modificata dalla Riforma Cartabia, con il nuovo art. 660 cod. proc. pen., introdotto dall'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 150 del 2022, e il nuovo art. 181-*bis* disp. att. cod. proc. pen., in attuazione della direttiva di cui all'art. 1, comma 16, lett. a («razionalizzare e semplificare il procedimento di esecuzione delle pene pecuniarie») e lett. c, prima parte, («prevedere procedure amministrative efficaci, che assicurino l'effettiva riscossione della pena pecuniaria») della legge delega, e occorrerà dunque attendere per vedere in che termini e su quali aspetti si concentrerà il controllo sul punto da parte della Corte di cassazione.

Tanto chiarito, con riferimento alla determinazione della pena pecuniaria, e, nello specifico, alla sua commisurazione, il legislatore disciplina, all'art. 133-*bis* cod. pen., la valutazione delle condizioni economiche e patrimoniali (inciso, quest'ultimo, aggiunto dall'art. 1, comma 1, lett. d, n. 1, d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150) del reo agli effetti della pena pecuniaria e dunque nella determinazione dell'ammontare della multa o dell'ammenda, stabilendo che a tali fini il giudice ne deve tenere conto unitamente ai criteri indicati dall'art. 133 cod. pen.

Si afferma, infatti, al menzionato art. 133-*bis* cod. pen. che «Nella determinazione dell'ammontare della multa o dell'ammenda il giudice deve tener conto, oltre che dei criteri indicati dall'articolo precedente, anche delle condizioni economiche e patrimoniali del reo.

Il giudice può aumentare la multa o l'ammenda stabilite dalla legge sino al triplo o diminuirle sino ad un terzo quando, per le condizioni economiche e patrimoniali del reo, ritenga che la misura massima sia inefficace ovvero che la misura minima sia eccessivamente gravosa».

Con la riforma Cartabia è stato dunque dato rilievo anche alle condizioni patrimoniali («*allargando così la valutazione del giudice al complesso dell'intera posizione patrimoniale dell'imputato (ad es., beni mobili e immobili)»,* cfr Relazione illustrativa) oltre che economiche del reo, sia agli effetti della pena (art. 133-*bis* cod. proc. pen.), che nel pagamento rateale della multa e dell'ammenda, ai sensi dell'art. 135 cod. pen.

Come affermato, sul punto, da alcuni primi commentatori della riforma l'intero sistema dell'effettività della riscossione della pena pecuniaria si regge su un presupposto sostanziale, ossia la corretta e proporzionata commisurazione della pena stessa, che sia effettuata sulla base non solo della gravità del fatto, ma anche tenendo conto delle effettive condizioni economiche e – oggi anche – patrimoniali del reo, nel pieno rispetto della disciplina dettata dagli artt. 133, 133-*bis* e 133-*ter* cod. pen. (compreso il secondo comma). È questa la prima garanzia del puntuale adempimento, che, dopo la riforma, si rivela ancora più decisiva in un sistema che prevede la conversione della pena pecuniaria non pagata non solo per insolvibilità, ma anche per insolvenza. Diventa quindi ancora più deciso che, nel commisurare la pena pecuniaria, vengano abbandonate clausole di stile che spesso accompagnano la determinazione, da parte del giudice della cognizione, della pena pecuniaria.

Se con la riforma è stato quindi dato rilievo alle condizioni patrimoniali, va evidenziato che nella commisurazione della pena pecuniaria, il criterio guida è da sempre quello delle condizioni economiche.

Quanto alla natura del parametro delle condizioni economiche, già con una risalente pronuncia si è affermato che ai fini dell'applicazione dell'art. 133-*bis* cod. pen. (condizioni economiche del reo-aumento fino al triplo e/o diminuzione fino ad un terzo della pena pecuniaria) le dette condizioni non debbono essere previamente contestate all'imputato come "circostanza", poiché, a seguito della modifica apportata dall'art. 101 legge 24 novem-

bre 1981, n. 689, agli artt. 24 e 26 cod. pen., le condizioni economiche del reo sono state eliminate dal titolo II del codice penale ed inserite nell'art. 133-*bis* stesso codice fra i criteri di applicazione della pena. Tale diversa collocazione ha comportato l'eliminazione del carattere di "circostanza" di dette condizioni economiche e la configurazione di esse come parametro di riferimento ai fini della determinazione della pena. Pertanto l'imputato, tratto a giudizio per rispondere di un reato punibile con pena – solo o anche – pecuniaria, deve svolgere ogni difesa anche in relazione al possibile aumento fino al triplo del massimo della pena edittale, mentre alla accusa spetta l'onere di fornire prova della particolarmente elevata consistenza patrimoniale del reo ed al giudice l'obbligo di svolgere un ponderato e completo apprezzamento della detta situazione economico-patrimoniale, dando adeguata e congrua motivazione delle scelte al riguardo operate nonché degli elementi sui quali ha fondato il proprio convincimento (Sez. 3, n. 9575 del 08/10/1996, Paterno, Rv. 206467–01).

Il principio è stato ribadito, in termini conformi, anche da Sez. 1, n. 45482 del 04/11/2004, Zheng, Rv. 229750–01, così massimata: «[a]i fini della determinazione della pena pecuniaria (art. 133-*bis* cod. pen.) con il possibile aumento fino al triplo o diminuzione fino ad un terzo, le condizioni economiche del reo non hanno natura di circostanze aggravanti *ex* art. 101, legge 689 del 1981, e pertanto non debbono essere contestate preventivamente, con la conseguenza che le parti processuali hanno l'onere di provare le proprie deduzioni sulle condizioni patrimoniali e il giudice ha il dovere di motivare il proprio convincimento».

Se dunque le condizioni economiche non hanno natura di circostanze aggravanti, è stato comunque evidenziato che ai sensi dell'art. 133-*bis* cod. pen. l'aumento sino al triplo o la diminuzione di un terzo della pena per adeguarla alla capacità economica del reo segue la determinazione della pena pecuniaria che va effettuata tenendo conto esclusivamente della gravità del reato e della capacità a delinquere dell'imputato, non potendo le condizioni economiche del reo formare oggetto di duplice valutazione (Sez. 3, n. 29878 del 28/06/2006, Gangi, Rv. 235751–01).

In ogni caso, sempre con riferimento al tema della determinazione della pena pecuniaria e della valutazione delle condizioni economiche del reo, è principio consolidato quello secondo cui il giudice ha l'onere innanzitutto di individuare la pena base e quindi di procedere alle correzioni necessarie per renderla efficace o meno gravosa, giustificando l'esercizio di tale potere con una motivazione ancorata a dati oggettivi e con giudizio ponderato sulla situazione economica del soggetto interessato, che deve consistere non già in generiche affermazioni sulla professione da lui svolta, dalla quale far presuntivamente discendere la sussistenza delle condizioni agiate, bensì nella valutazione di un insieme di elementi dai quali dedurre la sussistenza di una condizione economica superiore allo *standard* medio di un determinato periodo (Sez. 3, n. 11836 del 18/11/1997, Pasini, Rv. 209341-01).

Non può dunque prescindersi, anche nella determinazione della pena pecuniaria, dalla necessità che il giudice fondi la motivazione ancorandosi ad elementi concreti ed avendo comunque come criterio guida, anche in questo caso, quello della finalità rieducativa propria di ogni pena: altro principio consolidato è quello secondo cui il potere discrezionale del giudice in ordine al trattamento sanzionatorio non può, nel suo concreto esercizio, prescindere da un'innegabile direttiva di fondo dell'ordinamento, costituita dall'esigenza rieducativa: il principio indicato nell'art. 27, terzo comma, cost., si riflette sul meccanismo delineato nell'art. 133 cod. pen., dovendosi tener conto, nella commisurazione della pena, delle "necessità rieducative" individuabili attraverso l'analisi delle modalità del fatto e della personalità dell'imputato (Sez. 1, n. 1196 del 12/03/1983, dep. 1984, Di Carlo, Rv. 162556–01)

Interessante è poi la questione relativa alla richiesta, che la parte può sempre avanzare, di riduzione della pena pecuniaria.

Premesso che per ottenere la riduzione della pena pecuniaria ai sensi dell'art. 133-*bis* cod. pen. è necessario che l'imputato alleghi l'indispensabile documentazione atta a chiarire la sua situazione economica (cfr Sez. 6, n. 7989 del 31/05/1993, Spreafico, Rv. 194918-01), la Corte si è pronunciata soprattutto in relazione ai presupposti della riduzione.

Principio consolidato è quello secondo il quale l'eccessiva gravosità della sanzione pecuniaria rispetto alle capacità economiche del soggetto, quale presupposto dell'applicazione della circostanza attenuante di cui all'art. 133-*bis* cod. pen., deve comportare una vera e propria impossibilità, o quantomeno un'estrema difficoltà, di soddisfare la pena, che la faccia apparire meritevole di riduzione. (in questo senso, Sez. 6, n. 43444 del 26/11/2010, Giordano, Rv. 248983–01 e poi, di recente, in termini conformi, Sez. 6, n. 56297 del 16/11/2017, Alvarez, Rv. 271675–01), ragion per cui la diminuente della pena pecuniaria per le condizioni economiche del condannato trova applicazione nel caso di vera e propria impossibilità, o quantomeno di estrema difficoltà, a soddisfare la pena pecuniaria inflitta (Sez. 2, n. 29468 del 31/03/2009, Frison, Rv. 244883–01).

Quanto, infine, ai motivi di doglianza e ai margini di intervento riconosciuti in sede di impugnazione in caso di omessa riduzione, altro principio consolidato afferma che la norma di cui all'art. 133-*bis* cod. pen., diretta ad adeguare la commisurazione della pena pecuniaria alle condizioni economiche del reo, non esime la parte impugnante dalla osservanza delle regole proprie della proposta impugnazione, tra le quali quella di esporre, a pena di inammissibilità, in modo specifico, le ragioni di fatto e di diritto che stanno alla base della doglianza, per cui, se dai motivi di appello risulta un semplice riferimento all'articolo di legge, senza alcuna dichiarazione, né generica né specifica, degli elementi, dai quali il giudice d'appello avrebbe dovuto desumere che, per le condizioni economiche del reo, la pena pecuniaria inflitta dal primo giudice risultava eccessivamente gravosa, l'omesso esame da parte del giudice di appello del motivo, così formulato, non integra vizio che comporta l'annullamento (Sez. 1, Sentenza n. 4214 del 07/02/1985, Alioni, Rv. 169008–01).

Altro aspetto relativo alla determinazione della pena pecuniaria è quello della rateizzazione (art. 133-*ter* cod. pen.), su cui, nell'ottica di favorire la riscossione della pena pecuniaria, garantendone l'effettività, e di agevolare il pagamento dei condannati in funzione delle rispettive condizioni economiche, ha di recente inciso la riforma Cartabia, con una prima modifica, relativa ai criteri, essendosi dato rilievo anche alle condizioni "patrimoniali" del condannato; con una seconda modifica, che prevede il pagamento in rate mensili da sei (prima era tre) a sessanta (prima era trenta) e con una terza modifica, che si limita a riprodurre la disposizione prevista dall'art. 236, comma 3 di quel t.u., contestualmente abrogato, secondo cui non sono dovuti interessi per la rateizzazione.

Quanto ai criteri della rateizzazione, principio consolidato è quello secondo cui il giudice di merito, nel concedere o negare la rateizzazione, deve motivare l'esercizio di tale potere discrezionale non solo facendo riferimento ai criteri generali contenuti nell'art. 133 cod. pen., ma soprattutto mettendo in evidenza, da un lato, l'ammontare della pena pecuniaria inflitta e, dall'altro, le condizioni economiche del condannato, decidendo in quale rapporto debbano essere poste queste due entità al fine di stabilire se esse consentano il pagamento in unica soluzione ovvero consiglino la rateizzazione della multa o dell'ammenda e l'ammontare delle singole rate (Sez. 1, n. 9349 del 03/06/1985, Passi, Rv. 170757-01).

Come per la riduzione della pena pecuniaria al di sotto del limite edittale minimo, anche la rateizzazione necessita di una richiesta documentata: la rateizzazione ha infatti come presupposto le disagiate condizioni economiche del condannato raffrontate all'entità della pena, e per far valere la precarietà delle proprie condizioni economiche l'imputato deve necessariamente produrre ogni utile documentazione del proprio stato economico (Sez. 6, n. 7957 del 15/04/1993, La Torre, Rv. 194888-01).

Anche in questo caso, come per la riduzione, il giudice deve dare conto della rateizzazione nella motivazione: principio consolidato è quello secondo il quale, posto che la rateizzazione ha come presupposto le disagiate condizioni economiche del condannato, raffrontate all'entità della pena, è richiesto, da un lato, che l'imputato alleghi tali condizioni, producendo ogni documentazione utile sul proprio stato e, dall'altro, che il giudice di merito, nel concedere o negare tale agevolazione, motivi l'esercizio del suo potere discrezionale non solo facendo riferimento generico all'art. 133 cod. pen., ma soprattutto mettendo in evidenza sia l'ammontare della pena sia le condizioni economiche del condannato. (Sez. 3, Sentenza n. 49580 del 27/10/2015, Abdoulaye, Rv. 265591–01; sulla motivazione in ordine alle condizioni economiche, anche Sez. 3, n. 5010 del 18/11/2009, dep. 2010, Pg in proc Russo, Rv. 245905-01)

Ne consegue, in caso di diniego dell'istanza, l'illegittimità della decisione con cui il giudice di appello rigetti la richiesta di rateizzazione della pena pecuniaria omettendo di procedere alla valutazione comparativa tra l'ammontare della pena pecuniaria inflitta e le condizioni economiche del condannato, in quanto il giudice del merito, a fronte della richiesta *ex* art. 133 cod. pen., deve, comunque, procedere alla predetta valutazione, sulla base delle emergenze disponibili (Sez. 4, n. 42015 del 12/10/2011, Diop, Rv. 251931-01); allo stesso modo, in caso di omessa motivazione sul numero di rate, è parimenti illegittimo il provvedimento che fissi la rateizzazione della pena pecuniaria a norma dell'art. 133-*ter* cod. pen. in misura inferiore a quella massima consentita senza motivare in ordine alla scelta effettuata, a fronte delle ragioni che ne avrebbero suggerito una diversa, rappresentate nell'istanza del condannato (Sez. 1, Sentenza n. 49996 del 27/11/2009, D, Rv. 245974-01).

In ogni caso, pur se la rateizzazione è una facoltà riconosciuta alle parti, nell'ipotesi del patteggiamento, si ritiene, con orientamento consolidato e costante, che essa non rientri nella loro disponibilità ed è quindi sottratta all'accordo delle parti, costituendo oggetto della discrezionalità del giudice, sicché la relativa clausola deve essere considerata *tamquam non esset* dal giudice, il quale pur essendo tenuto a procedere alla sua valutazione, deve disattenderla, ovvero, nell'esercizio del suo potere discrezionale, può anche stabilire un numero di rate diverso da quello indicato dalle parti, senza per questo violare l'accordo negoziale (in questo senso, Sez. 5, n. 38771 del 17/06/2014, Popa, Rv. 262206–01; Sez. 2, n. 528 del 15/11/2005, dep. 2006, P.G. in proc. Reale, Rv. 233146-01; Sez. 5, n. 25770 del 27/05/2003, Sarti, Rv. 225949-01).

Infine, in caso di oblazione, la somma di denaro dovuta a tale titolo, non è rateizzabile dato che essa è predeterminata dalla legge senza che rilevino le condizioni economiche dell'imputato. (Sez. 3, n. 8973 del 14/12/2010, dep. 2011, Perasso, Rv. 249597–01).

3.3. I nuovi trattamenti sanzionatori.

Come affermato da Sez. U, Sacchettino, «Autorevole dottrina ha osservato che, tra i corollari del principio di legalità, quello di tassatività, «pur nella sua funzione garantista di certezza ed uguaglianza giuridica contro *l'arbitrium iudicis*, ha, rispetto alla pena, una portata diversa che rispetto all'incriminazione.

Esso sta ad indicare il dovere del legislatore di predeterminare sia i tipi sia la misura edittale della pena in rapporto alle singole figure legali di reato, ed il conseguente dovere per il giudice di applicare soltanto la pena nel tipo ed entro i limiti edittali previsti per quel reato», salva l'individualizzazione del trattamento sanzionatorio entro i limiti consentiti.

In definitiva, attraverso la predeterminazione di limiti astratti per ciascuna specie di pena, e di limiti edittali riferibili a ciascun reato, il legislatore fissa – per ciascuna pena e per ciascun reato – il *minimum* cui possa riconoscersi concreta valenza rieducativa ed il limite

massimo oltre il quale la pena perderebbe la predetta valenza e si risolverebbe nell'inflizione di una mera e non rieducativa sofferenza».

Queste connotazioni sono invero evidenti nei "nuovi" trattamenti sanzionatori, ossia quegli istituti relativamente recenti – come la sospensione del procedimento con messa alla prova, le condotte riparatorie *ex* art. 162-*ter* cod. pen., le diverse forme di lavoro di pubblica utilità, ma anche la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto e più in generale tutti quegli istituti che, volendo individuare una categoria concettuale che li possa accomunare, si potrebbero definire "*alternativi al processo e/o alla pena*" -, che possono anche restituire, di primo acchito, l'immagine di una recessione dello Stato, con la sua pretesa punitiva, rispetto a sanzioni che non vengono percepite come una "pena" nel senso classico del termine, intendendosi per esse, essenzialmente, le pene principali previste dall'art. 17 cod. pen..

Con un graduale, lento e forse inesorabile cambiamento, gli indicati strumenti "*alternativi al processo e/o alla pena*" costituiscono oggi forme nuove di trattamento sanzionatorio, espressione di un sistema, quale quello attuale, in cui, attraverso l'applicazione concreta dei principi di proporzionalità della pena e della pena come *extrema ratio*, viene attribuita al giudice l'alternativa tra la non punibilità (in questo senso, l'istituto di cui all'art. 131-*bis* cod. pen.) e la punibilità, non tanto con diverse modalità sanzionatorie, ma con modalità sanzionatorie diverse, ricorrendo, cioè, a modelli sanzionatori già noti nel sistema penale (si pensi alla messa alla prova, che ha il suo "precedente" nella messa alla prova minorile; o alla particolare tenuità del fatto, già prevista nel giudizio innanzi al giudice di pace) ma applicati in modo differente rispetto agli altri ordinamenti, in ragione della differenti *ratio* e finalità che connotano i vari ordinamenti.

In questo contesto, le pene detentive e pecuniarie, previste dall'art. 17 cod. pen. sono solo una parte del sistema, nel quale si affacciano, ormai da vari anni, forme (ancora considerate, come detto, alternative alla pena), la cui esecuzione è spesso tutta da definire, che presuppongono il più delle volte una richiesta della parte (in questo senso, la sospensione del procedimento con messa alla prova; le condotte riparatorie; ma anche, per esempio, l'oblazione o il lavoro di pubblica utilità), e che, laddove essa intervenga, lasciano al giudice la possibilità di modulare la risposta sanzionatoria alle specifiche circostanze del caso.

A bene vedere, quindi, i nuovi trattamenti sanzionatori hanno proprio le connotazioni descritte da Sez. U, Sacchettino, rispondono, cioè, ad un principio di tassatività – corollario a sua volta del principio di legalità – che ha "una portata diversa" rispetto a quella che il medesimo principio riveste rispetto al precetto penale. Se, infatti, il precetto penale deve essere individuato dal legislatore in ogni suo aspetto, pena la violazione del principio di legalità, il trattamento sanzionatorio (e soprattutto queste nuove forme di trattamento sanzionatorio, alle quali, più di recente ancora, si sono affiancate le pene sostitutive delle pene detentive brevi) sono individuate nella tipologia, nei loro tratti essenziali, nella durata minima e massima, ma il contenuto del trattamento sanzionatorio viene deciso dal giudice, su consenso (o non opposizione) della parte che lo dovrà eseguire, e viene modulato dall'autorità giudiziaria, spesso con l'ausilio di organi esterni, seppur pubblici (il riferimento è agli uffici di esecuzione penale esterna), talvolta anche attraverso organi di natura privata (si pensi agli enti convenzionati presso i quali si esegue il lavoro di pubblica utilità).

Tutte le forme nuove di trattamento sanzionatorio, proprio per questa loro peculiarità, hanno richiesto un costante sforzo interpretativo da parte della Corte di cassazione, chiamata ad interpretarne la *ratio*, a precisarne i contorni e i limiti, a chiarirne, talvolta, anche gli aspetti di dettaglio, senza che ciò "togliesse" discrezionalità al giudice nell'applicazione degli istituti, ed anzi lasciando all'autorità giudiziaria ampi margini di intervento.

Ciò è accaduto con la messa alla prova, con la particolare tenuità del fatto e sta accadendo, ora, con le pene sostitutive delle pene detentive brevi.

Con la messa alla prova, le prime due sentenze "gemelle" Sez. U, n. 36272 del 31/03/2016, Sorcinelli, Rv. 267238–01 e Sez. U, n. 33216 del 31/03/2016, Rigacci, Rv. 267237-01, hanno spiegato la *ratio* dell'istituto, precisandone i contorni ed i limiti; più di recente, Sez. U, n. 14840 del 27/10/2022 (dep. 2023) PG in proc. La Sportiva Rv. 284273-01-02, pur intervenendo su un aspetto di dettaglio (il potere di impugnativa del procuratore generale presso la Corte di appello avverso l'ordinanza applicativa della messa alla prova), in una fattispecie particolare (la messa alla prova dell'ente) si è soffermata sulla natura dell'istituto, sottolineandone la connotazione sanzionatorio "tarata" sulla persona fisica e non già sulla persona giuridica (di qui, l'affermazione che la messa alla prova non è applicabile all'ente).

Si è quindi detto, con le prime due decisioni del massimo consesso (e lo si è ribadito in Sez. U, La Sportiva), che con la "messa alla prova per gli imputati maggiorenni" si è infranto il binomio classico del processo di cognizione, cui segue l'esecuzione della pena, rinunciando ad istruire un processo nei confronti di un indagato (o imputato) che, come per ogni rito speciale, chieda al giudice, entro determinati termini e con riferimento ad un certa categoria di reati, di sottoporsi ad un programma di trattamento – elaborato con il suo consenso da un ufficio esecuzione penale esterno e comprensivo di prestazioni di natura riparativa, recuperatoria e risocializzante, tra cui, quale componente imprescindibile, il lavoro di pubblica utilità -, il cui esito positivo, realizzato previa sospensione del procedimento di cognizione, è l'estinzione del reato, che interviene, prima ed a prescindere da un processo, e solo per il positivo superamento della prova, che si sostanzia, sempre, nel lavoro di pubblica utilità e, ove possibile, nella riparazione delle conseguenze del reato, nonché in una serie di voci aggiuntive che compongono un trattamento sanzionatorio sicuramente complesso ed articolato.

La sospensione del procedimento con messa alla prova ha infatti messo al centro dell'istituto proprio il lavoro di pubblica utilità, rendendolo una sanzione "tipica" del nuovo rito, che si potrebbe definire "trattamentale", perché non c'è messa alla prova, senza un programma di trattamento che contempli il lavoro di pubblica utilità. Con la messa alla prova, il lavoro di pubblica utilità non è più solo una sanzione sostitutiva, ammessa nei casi contemplati dal legislatore (si pensi alle violazioni del codice della strada, o all'art. 73, comma 5-*bis* e 5-*ter,* d.P.R. 309/90, altro ambito di applicazione innanzi al tribunale ordinario), o una sanzione amministrativa accessoria (in caso di condanna per reati commessi in violazione del C.d.S.), o la prestazione cui subordinare la pena sospesa, ma diviene sanzione vera e propria, sostanzialmente principale, mutuando in ciò l'esperienza dei procedimenti innanzi al giudice di pace (laddove il d. lgs 28 agosto 2000, n. 274, che ne disciplina la competenza penale, prevede espressamente il lavoro di pubblica utilità come sanzione principale) e facendo da "apripista" rispetto al lavoro di pubblica utilità sostitutivo, oggi previsto dall'art. 20-*bis* cod. pen.

Recependo i principi della Corte nel suo massimo consesso e i *dicta* della Corte costituzionale (Corte cost. sent. n. 240 del 2015, n. 91 del 2018, n. 68 del 2019, n. 14 del 2020, n. 146 del 2022, n. 174 del 2022) i giudici di legittimità hanno sottolineato la peculiarità più significativa dell'istituto, ossia quella di sostanziarsi in un percorso rieducativo e riparativo, chiesto dall'imputato, non eseguibile coattivamente, ma ciò nonostante sanzionatorio (in questo senso, espressamente, Sez. U, La Sportiva), che conduce, in caso di esito positivo, ad una pronuncia che non dichiara la responsabilità dell'imputato per quel fatto di reato (principio, questo, affermato da Corte cost., sent. n 91 del 2018 e ripreso poi in tutte le successive pronunce della Consulta e della Corte di cassazione), ma l'estinzione dello stesso per il buon esito della prova

Così delineato il quadro degli iniziali interventi della Corte sull'istituto, può affermarsi che attualmente il giudizio della Corte di cassazione sulla messa alla prova si concentra su aspetti più di dettaglio che riguardano il rapporto con gli altri riti speciali, in particolare con l'abbreviato (Sez. 5, n. 4259 del 06/12/2021 Ud., dep. 2022, Carminati, Rv. 282739–01; Sez. 6, n. 13747 del 10/02/2021, El Moutaouakil, Rv. 280853-01) e il patteggiamento (Sez. 4, Sentenza n. 8531 del 17/02/2022, Calligaro, Rv. 282761-02); la motivazione del provvedimento di sospensione (Sez. 5, n. 48258 del 04/11/2019, Cusimano, Rv. 277551–01); il contenuto del programma di trattamento (cfr, in relazione al soggetto tossicodipendente Sez. 4, n. 10787 del 14/01/2020, Buemi, Rv. 278653–01;) o la sua modifica (Sez. 3, n. 5784 del 26/10/2017, dep. 2018, Tortola, Rv. 272006–01; Sez. 5, n. 4761 del 03/12/2019, dep. 2020, Di Leo, Rv. 278306–01); la compatibilità del giudice (Sez. 4, n. 33260 del 09/07/2019, Marinelli, Rv. 276689–01) la motivazione della sentenza, con particolare riferimento alla riqualificazione del fatto (Sez. 2, n. 5837 del 04/02/2022, Bruno, Rv. 282956–01; Sez. 3, n. 8982 del 05/12/2019, dep. 2020, Bahir, Rv. 278402–01); le sanzioni amministrative accessorie (Sez. 6, n. 29796 del 25/05/2017, Feraboli, Rv. 270348–01; Sez. 3, n. 39455 del 10/05/2017, La Barbera, Rv. 271642–01) e più in generale gli effetti che derivano da una pronuncia in cui manca un accertamento sul merito dell'accusa e sulla responsabilità (Sez. 5, n. 49478 del 13/11/2019, Annunziata, Rv. 277519–01; Sez. 3, n. 36822 del 14/09/2022, Aquaro, Rv. 283664–01).

Tali essendo le ultime e più recenti decisioni, si coglie complessivamente, in tutte le pronunce della Corte di cassazione che si sono succedute in questo decennio di applicazione dell'istituto (e anche negli altrettanto numerosi interventi della Consulta, chiamata a più riprese a valutare la legittimità costituzionale di un rito che porta ad un trattamento sanzionatorio, in difetto di una dichiarazione di responsabilità penale in capo all'autore del fatto) un costante sforzo di adattare, nel sistema, un istituto peculiare (come peculiari sono tutti i nuovi trattamenti sanzionatori), nel quale manca, come detto, una dichiarazione di responsabilità, e ciò nonostante il giudice irroga un trattamento sanzionatorio definito, dal legislatore, nei suoi tratti essenziali, essendo individuata la tipologia di voce trattamentale e i presupposti di applicabilità, ma il cui contenuto è lasciato all'autorità giudiziaria, che, quanto più riesce a modularlo al fatto di reato e alla persona, tanto più rende efficace ed effettiva la sanzione trattamentale. Lo sforzo è quindi quello di prescindere dalla affermazione di responsabilità, di limitarsi a valutare nel merito il fatto, ma solo per escludere una pronuncia *ex* art. 129 cod proc. pen., e di lasciare margini di discrezionalità al giudice (e per suo tramite agli uffici di esecuzione penale esterna e alla parte richiedente), senza con questo trascurare la necessità di una motivazione che, proprio per la modulabilità del trattamento sanzionatorio, dia conto del percorso decisionale assunto (di qui, le decisioni sopra indicate sulla motivazione e sul contenuto del programma trattamentale, oltre che sul contenuto della decisione).

Non diversamente, anche la particolare tenuità del fatto, prevista dall'art. 131-*bis* cod. pen. è stata interessata da una serie di iniziali pronunce, soprattutto delle Sezioni Unite, ad iniziare da Sez. U. Tushaj n 13681 del 25/2/2016 che ne ha delineato i tratti salienti, non solo in relazione alla fattispecie per la quale la questione era stata rimessa (la compatibilità, da un lato, con la previsione di soglie di punibilità, nello specifico quella prevista dall'art. 186 C.d.S., e, dall'altro, con il reato di rifiuto di sottoporsi all'accertamento alcolimetrico, oltre alla possibilità di applicare la sanzione amministrativa della sospensione della patente di guida di competenza del Prefetto) ma più in generale con riferimento alla natura della decisione, che si sostanzia in una valutazione complessa e congiunta di tutte le peculiarità della fattispecie concreta; alla nozione di abitualità, da intendersi riferita ad almeno due illeciti – già giudicati o ritenuti tenui o per i quali si procede – oltre quello preso in esame;

alla applicabilità dell'art. 2, comma quarto, cod. pen., e alla possibilità di rilevarla d'ufficio, nel giudizio di legittimità, *ex* art. 129 c.p.p.

Nell'evidenziare che il giudizio sulla tenuità del fatto richiede «una valutazione complessa che ha ad oggetto le modalità della condotta e l'esiguità del danno o del pericolo valutate ai sensi dell'art. 133, primo comma, cod. pen. Si richiede, in breve, una equilibrata considerazione di tutte le peculiarità della fattispecie concreta; e non solo di quelle che attengono all'entità dell'aggressione del bene giuridico protetto», il Collegio riunito ha sottolineato come «La nuova normativa non si interessa della condotta tipica, bensì ha riguardo alle forme di estrinsecazione del comportamento, al fine di valutarne complessivamente la gravità, l'entità del contrasto rispetto alla legge e conseguentemente il bisogno di pena».

Nel premettere che il legislatore delegato ha esplicato una complessa elaborazione per definire l'ambito dell'istituto, si rimarca come sia proprio questa complessa elaborazione che deve a sua volta guidare l'interprete nell'applicazione della causa di non punibilità, in una sequenza che, ad un tempo, segna il tracciato della decisione, e rispecchia, a sua volta e pienamente, il dettato normativo.

Il legislatore delegato «da un lato ha compiuto una graduazione qualitativa, astratta, basata sull'entità e sulla natura della pena; e vi ha aggiunto un elemento d'impronta personale, pure esso tipizzato, tassativo, relativo alla abitualità o meno del comportamento. Dall'altro lato ha demandato al giudice una ponderazione quantitativa rapportata al disvalore di azione, a quello di evento, nonché al grado della colpevolezza. Ha infine limitato la discrezionalità del giudizio escludendo alcune contingenze ritenute incompatibili con l'idea di speciale tenuità: motivi abietti o futili, crudeltà, minorata difesa della vittima ecc".

Se queste sono le connotazioni dell'istituto, dice la Corte, da esse «emerge un dato di cruciale rilievo, che deve essere con forza rimarcato: l'esiguità del disvalore è frutto di una valutazione congiunta degli indicatori afferenti alla condotta, al danno ed alla colpevolezza».

Secondo la Corte, quindi, ogni indicatore va soppesato e bilanciato prudentemente, tenendo conto della situazione concreta, specifica, nella quale ognuno di essi concorre a comporre il giudizio di tenuità, perché nessuno è da solo sufficiente a fondare o escludere il giudizio di tenuità del fatto.

Alla luce di quanto sopra sinteticamente riportato, emerge ciò che le Sezioni Unite hanno detto in ordine all'applicazione dell'istituto, ossia che il giudizio di tenuità è un giudizio complesso, che va condotto rapportandosi alla fattispecie concreta, in tutte le sue sfaccettature e sfumature, e non già guardando alla fattispecie astratta, tipizzata.

Non è, dunque, un giudizio sulla condotta tipica, o sulla tipologia di reato in astratto: il 131-*bis* cod. pen. va applicato in relazione alla fattispecie concreta e va declinato rapportandosi ad essa, tenendo conto, ai sensi dell'art. 133, comma primo, cod. pen. (riferimento, questo, che è rimasto anche dopo la riforma Cartabia, che non ha richiamato anche il secondo comma dell'articolo da ultimo menzionato) e congiuntamente delle modalità della condotta, del grado di colpevolezza da esse desumibile e dell'entità del danno o del pericolo.

Sez. U. n 53683 del 22/06/2017, Pmp ed altri, Rv 271587-01 e Rv 271588-01 che ha escluso l'applicabilità ai reati di competenza del giudice di pace, affermando la prevalenza del 131-*bis* cod. pen. sulla improcedibilità *ex* art. 34 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 74, in caso di reati connessi; Sez. U, n. 20569 del 18/01/2018 Ksouri Rv 272715-01, che ha escluso l'abnormità nel caso della restituzione degli atti al pubblico ministero nel procedimento per decreto per valutare la richiesta di archiviazione per tenuità; Sez. U, n. 38954 del 30/05/2019, De Martino, Rv 276463-01 sulla iscrizione nel casellario giudiziale del provvedimento di archiviazione, fino a Sez. U, n. 18891 del 27/01/2022, Ubaldi, Rv 283064-01, sulla compatibilità con il reato continuato a determinate condizioni, hanno delimitato anche il

campo di applicazione dell'istituto ed hanno a loro volta restituito una visione dello stesso in linea con Sez. U, Tushaj, valorizzando quel giudizio di tenuità che deve guidare l'interprete nell'applicazione concreta dell'istituto.

Sotto questo profilo, può ritenersi ormai consolidato il principio in base al quale il giudizio di particolare tenuità del fatto postula necessariamente la positiva valutazione di tutte le componenti richieste per la integrazione della fattispecie, sicché i criteri indicati nel primo comma dell'art. 131-*bis* cod. pen. sono, al tempo stesso, cumulativi, quanto al giudizio finale circa la particolare tenuità dell'offesa, e dunque ai fini del riconoscimento della causa di non punibilità, essendosi affermato che non è necessaria la disamina di tutti gli elementi di valutazione previsti, ma è sufficiente l'indicazione di quelli ritenuti rilevanti, mentre sono alternativi quanto al diniego, nel senso che l'applicazione di detta causa è preclusa dalla valutazione negativa anche di uno solo di essi (**Sez. 2, n. 9397, del 01/02/2024, Ndiaye, Rv 286130-01**; Sez. 7, n. 10481 del 19/01/2022, Deplano, Rv. 283044; Sez. 6 n. 55107 del 08/11/2018, Milone, Rv. 274647; Sez. 3 n. 34151 del 18/06/2018, Foglietta, Rv. 273678).

Se quindi, tuttora, le maggiori problematiche interpretative ed applicative derivano dalla definizione di abitualità del comportamento contenuta all'art. 131-*bis*, comma terzo, cod. pen., che ne limita l'ambito di applicazione, è indubbio che laddove si è "aperto" alla particolare tenuità del fatto, anche con pronunce di rottura o in contrasto (spesso solo apparente) rispetto ad orientamenti ostativi, lo si è fatto compiendo proprio quel giudizio di tenuità indicato dalle Sezioni Unite, Tushaj, che richiede una «valutazione complessa e congiunta di tutte le peculiarità della fattispecie concreta». In questo modo si sono neutralizzate limitazioni nell'applicazione di un istituto che opera a favore dell'imputato, ed allo stesso tempo si sono assicurate e conseguite quelle finalità – della proporzionalità della pena, del sistema penale come *extrema ratio* e della deflazione – per le quali la causa di non punibilità era stata pensata.

3.4. Le pene sostitutive.

Le pene sostitutive delle pene detentive brevi, oltre a costituire una forma nuova (perché sostanzialmente diversa dalle "vecchie", e poco applicate, sanzioni sostitutive previste dalla legge n. 689 del 1981) di trattamento sanzionatorio, rappresentano una delle grandi novità della riforma Cartabia.

Sulle caratteristiche delle pene sostitutive e su come le stesse si inseriscano nel sistema del trattamento sanzionatorio si riporta di seguito quanto affermato da **Sez. 3, n. 20573 del 13/03/2024, Staffieri, Rv. 286360-01**:

«Con la "Legge Cartabia" è stata operata una modifica di estrema importanza al sistema sanzionatorio penale, posto che, quelle previste dalla legge 689/1981, non sono più rubricate «sanzioni» sostitutive, ma «pene sostitutive di pene detentive brevi».

Il Collegio concorda con quella dottrina secondo cui la modifica non è ispirata da intenzioni di mera «cosmesi nominalistica», ma deriva dalla volontà di chiarire, attraverso un uso preciso e performativo del linguaggio, che le pene sostitutive non sono alternative «a basso costo» a una penalità che è stata sempre fatta coincidere con la pena carceraria, ma sono, al contrario, pene esse stesse, munite di eguale dignità.

Sempre in dottrina si è evidenziato che il dato fondativo della riforma Cartabia è che la pena detentiva non debba più costituire la pietra angolare sulla quale puntellare il sistema sanzionatorio.

Tale conclusione trova conforto nel testo dell'articolo 20-*bis* cod. pen., introdotto dal d.lgs. n. 150 del 2022, il quale stabilisce che le «pene sostitutive della reclusione e dell'ar-

resto» sono disciplinate dal Capo III della legge 24 novembre 1981, n. 689 (artt. 53-76), e sono le seguenti:

- la «semilibertà sostitutiva» e la «detenzione domiciliare sostitutiva» (che possono essere applicate dal giudice in caso di condanna alla reclusione o all'arresto non superiori a quattro anni);
- il «lavoro di pubblica utilità sostitutivo» (che può essere applicato dal giudice in caso di condanna alla reclusione o all'arresto non superiori a tre anni);
- la «pena pecuniaria sostitutiva» (che può essere applicata dal giudice in caso di condanna alla reclusione o all'arresto non superiori a un anno).

Per effetto del rinvio recettizio contenuto nella norma succitata, si deve ritenere che il «sistema» sanzionatorio penale è oggi costituito dalle «pene principali» e dalle «pene accessorie», disciplinate dagli artt. 20 e seguenti del codice penale, nonché dalle «pene sostitutive», previste dall'art. 20-*bis* cod. pen. e disciplinate dagli artt. 53 e seguenti della legge n. 689 del 1981.

Come ancora evidenziato dalla dottrina, con valutazione che il Collegio condivide, le «pene sostitutive» vanno tenute nettamente distinte dalle «pene alternative alla detenzione» previste dalla legge sull'ordinamento penitenziario, le quali, pur condividendo con quelle in parola lo scopo comune di riconoscere al soggetto autore del reato la possibilità di espiare la pena mediante una misura differente da quella carceraria, differiscono nettamente nella disciplina in quanto – come visto – applicate dal giudice dell'esecuzione anziché della cognizione.

A marcare la differenza tra le due specie di pena soccorre altresì l'eliminazione, nella "legge Cartabia", rispetto alla proposta avanzata dalla c.d. "Commissione Lattanzi" di riforma del sistema sanzionatorio, dell'affidamento in prova al servizio sociale dal catalogo delle pene sostitutive, per lasciarlo solo tra le pene alternative alla detenzione applicabili *in executivis*.

Sotto il profilo processuale, poi, l'articolo 545-*bis* cod. proc. pen. introduce il principio del processo di merito «bifasico»: in esito alla fase del giudizio di responsabilità, si aggiunge quella della determinazione della pena in concreto da applicare (c.d. "*sentencing*"), il che – a giudizio del Collegio – significa che oggi non è più sostenibile la tesi secondo cui l'applicazione delle sanzioni sostitutive concerne la fase della «esecuzione» della pena, rientrando invece, pienamente, la sostituzione della pena detentiva con le pene sostitutive nella fase di «merito» e segnatamente a quella di individuazione della pena concretamente irrogata, nella specie e nella misura».

Le pene sostitutive delle pene detentive brevi si collocano appieno in quel processo, descritto in precedenza, che vede il giudice della cognizione avvicinarsi a quello della esecuzione: è il giudice della cognizione che le applica e, nel caso del lavoro di pubblica utilità sostitutivo, è lui che ne segue anche l'esecuzione. Non solo. Le pene sostitutive delle pene detentive brevi rispondono all'esigenza di applicare il prima possibile il trattamento sanzionatorio, e di modularlo, previo consenso dell'imputato, oltre che al fatto di reato, all'autore dello stesso. Sono quindi espressione di una nuova forma di trattamento sanzionatorio che prende molto dall'esperienza acquisita con il lavoro di pubblica utilità trattamentale e più in generale con la messa alla prova, ma che va oltre la stessa, costituendo, appunto, una nuova pena, che riprendendo le parole di Sez. 3, Staffieri, si aggiunge, nel sistema del trattamento sanzionatorio, alle pene principali.

Tanto premesso, e senza pretese di esaustività, emerge, dall'analisi delle pronunce già assunte dalla Corte di cassazione, che il sindacato se, da un lato, investe attualmente gli aspetti procedurali della decisione assunta all'udienza di *sentencing*, dall'altro, non si spinge

fino a sindacare la valutazione operata dal giudice, essendosi affermato – in questo senso, **Sez. 3, n. 9708 del 16/02/2024, Tornese, Rv. 286031-01** – che il giudice, anche a seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 150, è vincolato nell'esercizio del suo potere discrezionale alla valutazione dei criteri di cui all'art. 133 cod. pen., sicché il suo giudizio, se sul punto adeguatamente motivato, sfugge al sindacato di legittimità.

Se è, infatti, illegittimo il rigetto fondato sulla mancata produzione del programma di trattamento, ritualmente richiesto all'ufficio di esecuzione penale, posto che incombe sul giudice l'obbligo di compulsare l'ente competente al fine di acquisire ogni elemento utile ai fini della decisione (in questo senso, **Sez. 6, n. 21929 del 23/04/2024, E., Rv. 286486-01)**, si è affermato, nella menzionata decisione, che «mentre l'omessa richiesta di informazioni alla polizia giudiziaria o all'U.E.P.E. non viola l'art. 545 *bis* cod. proc. pen. – non essendo il giudice vincolato a procedervi quando fondatamente ritenga di avere elementi per escludere la sostituibilità della pena detentiva (cfr. Sez. 4, n. 42847 del 11/10/2023, Palumbo, Rv. 285381-01) e potendo ritenere, con valutazione discrezionale adeguatamente motivata, la non necessità di procedere alla sospensione del processo dopo la lettura del dispositivo, al fine di acquisire informazioni utili a decidere sulla sostituzione della pena detentiva ed a scegliere quella sostitutiva più adeguata al caso (Sez. 6, n. 43263 del 13/09/2023, Lo Monaco, Rv. 285358-01) – la motivazione contenuta nella sentenza impugnata, che si limita a reputare ostativo il precedente specifico di cui l'imputato è gravato, integra il vizio di motivazione carente e viola le disposizioni, evocate in ricorso, di cui agli artt. 58 e 59 l. 689/1981».

Richiamando il consolidato orientamento della Corte in tema di sanzioni sostitutive, si è ribadito che, anche dopo la riforma Cartabia, «la richiesta di sostituzione della pena detentiva avanzata dall'imputato impone al giudice di motivare le eventuali ragioni di diniego (Sez. 1, n. 25833 del 23/04/2012, Testi, Rv. 253102). La sostituzione delle pene detentive brevi è rimessa ad una valutazione discrezionale del giudice, che deve essere condotta con l'osservanza dei criteri di cui all'art. 133 cod. pen., prendendo in considerazione, tra l'altro, le modalità del fatto per il quale è intervenuta condanna e la personalità del condannato (Sez. 3, n. 19326 del 27/01/2015, Pritoni, Rv. 263558; Sez. 2, n. 25085 del 18/06/2010, Amato, Rv. 247853; Sez. 2, n. 5989 del 22/11/2007, dep. 2008, Frediani, Rv. 239494), pur senza dover esaminare tutti i parametri contemplati nella suddetta previsione, potendo la sua discrezionalità essere esercitata motivando sugli aspetti ritenuti decisivi in proposito, quali l'inefficacia della sanzione (Sez. 5, n. 10941 del 26/01/2011, Orabona, Rv. 249717). Come di regola accade allorquando il giudice di merito è chiamato a svolgere valutazioni discrezionali di tipo prognostico alla luce dei parametri indicati nell'art. 133 cod. pen. – ed appare particolarmente pertinente l'analogia rispetto al giudizio sul riconoscimento del beneficio della sospensione condizionale della pena – la conclusione raggiunta, avendo riguardo alla specificità della condotta posta in essere, si sottrae, se adeguatamente motivata, ad ogni sindacato in sede di legittimità (Sez. 1, n. 2328 del 22/05/1992, Mazzanti, Rv. 191311), senza che nel giudizio di cassazione sia possibile muovere contestazione attinente alla attendibilità del giudizio prognostico, positivo o negativo (Sez. 1, n. 326 del 24/01/1992, Galati, Rv. 189611).

Trattandosi, tuttavia, di discrezionalità vincolata all'impiego dei richiamati criteri legali, il giudice di merito ha l'obbligo di informare ad essi la propria valutazione e di darne conto in motivazione ed il sindacato di questa Corte sul punto può essere esercitato nei consueti termini di cui all'art. 606, comma 1, lett. e), cod. proc. pen.».

In tale decisione la Corte ha annullato la decisione reiettiva dell'istanza di sostituzione della pena detentiva (che nel caso di specie poteva essere solo quella della semilibertà e

della detenzione domiciliare – per le quali la parte aveva comunque espresso il proprio consenso –, e non anche quella del lavoro di pubblica utilità sostitutivo, essendo stata irrogata una pena superiore a tre anni di reclusione), fondata esclusivamente sulla sussistenza, a carico dell'imputato, di un unico precedente penale, senza che fossero stati valutati gli altri documentati elementi, rilevanti per l'accertamento della capacità a delinquere.

In particolare, si è evidenziato che «il precedente penale richiamato, sia pur specifico – e tale da integrare gli estremi della contestata recidiva infraquinquennale, in primo grado ritenuta subvalente rispetto alle circostanze attenuanti generiche – riguarda un reato commesso nel 2010 ritenuto non ostativo ad un giudizio prognostico favorevole ai fini del beneficio della sospensione condizionale della pena in allora concesso. La risalenza di quel primo reato nel tempo rispetto al fatto *sub iudice* (commesso nel 2018) e, soprattutto, rispetto al momento del giudizio sulla sostituibilità della pena reso nel 2023 non rende quest'elemento di per sé bastevole a fornire logica motivazione del diniego. Del resto, a norma dell'art. 133, secondo comma, cod. pen. la capacità a delinquere dev'essere desunta anche dagli altri elementi, diversi dall'unico considerato e riconducibile alla previsione di cui sub n. 2), rispetto ai quali la Corte territoriale non ha espresso alcuna valutazione benché alcuni di questi fossero stati ritualmente allegati e documentati con la memoria contenente motivi di appello aggiunti». Di qui l'annullamento con rinvio della decisione, limitatamente alla sostituibilità della pena detentiva.

Ancora più netta, sulla (ir)rilevanza dei precedenti penali un'altra decisione, questa volta assunta da **Sez. 2, n. 8794 del 14/02/2024, Pesce, Rv. 286006-02**, secondo cui il giudice di merito non può respingere la richiesta di applicazione in ragione della sola sussistenza di precedenti condanne, in quanto il rinvio all'art. 133 cod. pen. contenuto dall'art. 58 legge 24 novembre 1981, n. 689, come riformato dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, deve essere letto in combinato disposto con l'art. 59 della stessa legge, che prevede, quali condizioni ostative, solo circostanze relative al reato oggetto di giudizio, non comprensive dei precedenti penali.

Non diversamente, la circostanza che il condannato sia sottoposto a misura alternativa alla detenzione per altra causa, non costituisce causa ostativa all'applicazione delle menzionate pene sostitutive (**Sez. 1, n. 11950 del 02/02/2024, Maggio, Rv. 285989-01** e **Sez. 1, n. 13133 del 07/12/2023, dep. 2024, De Francesco, Rv. 286129-01**), così come non è causa ostativa che il condannato sia detenuto in espiazione di altra pena definitiva (**Sez. 1, n. 19776 del 05/12/2023, dep. 2024, Angileri, Rv. 286400-01**).

Interessanti, sono poi alcune decisione assunte dalla Corte in tema di pena pecuniaria sostitutiva.

Si è sul punto affermato che il giudice, nel determinare il valore giornaliero della pena pecuniaria sostituiva di pena detentiva breve, è tenuto a motivare in base ai parametri indicati dall'art. 56-*quater* legge 24 novembre 1981, n. 689, introdotto dall'art. 71, comma 1, lett. d), d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, quali le complessive condizioni economiche, patrimoniali e di vita dell'imputato e del suo nucleo familiare. (**Sez. 6, n. 14873 del 12/03/2024, Schintu, Rv. 286235-01**).

Nella menzionata decisione si è affermato che l'art. 56-*quater* legge n. 689 del 1981, introdotto dalla riforma Cartabia anche in considerazione delle iniquità che potevano derivare dalla precedente normativa e dei principi espressi da Corte cost. n. 28 del 2022, configura «la pena pecuniaria sostitutiva (che può applicarsi anche senza il consenso del condannato) come commisurabile entro l'ampio arco di un valore giornaliero (corrispondente alla parte di reddito giornaliero che può essere impiegata per il pagamento della pena pecuniaria) che va da un limite minimo non inferiore a 5 euro a un limite massimo non superiore a

2500 euro, tenendo conto delle complessive condizioni economiche, patrimoniali e di vita dell'imputato e del suo nucleo familiare, che il giudice dovrà accertare nell'udienza *ex* art. 545-*bis* cod. proc. pen. (Sez. 5, n. 18812 del 10/03/2023, Pizzo, non massimata)».

Sempre in tema di pena pecuniaria sostitutiva, si registrano alcune decisioni che offrono una lettura forse apparentemente differente dell'art. 58 legge n. 689 del 1981, ossia della norma che prima della riforma Cartabia disciplinava il potere discrezionale del giudice nella sostituzione della pena detentiva e che oggi disciplina il potere discrezionale del giudice nell'applicazione e nella scelta delle pene sostitutive.

Da un lato, si è affermato che il giudice può rigettare la richiesta di applicazione della sanzione pecuniaria, pur concedibile a colui che si trovi in disagiate condizioni economiche, nel caso in cui formuli, in base ad elementi di fatto, un giudizio sulla solvibilità del reo con prognosi negativa in ordine alla capacità di adempimento. (**Sez. 2, n. 15927 del 20/02/2024, Cisse, Rv. 286318-01**).

Richiamando l'orientamento della Corte, si è affermato che «la sostituzione delle pene detentive brevi è rimessa alla valutazione discrezionale del giudice, che nell'esercizio del potere di sostituzione, deve tenere conto dei criteri indicati nell'art. 133 cod. pen., e può rigettare la richiesta nel caso in cui, in base ad elementi di fatto, sia possibile esprimere un giudizio sulla solvibilità del reo, con prognosi negativa in ordine alla capacità di adempiere (Sez. 5, n. 44402 del 10/10/2022, dep. 22/11/2022, Rv. 283954-01). Nel rimarcare come l'applicazione della pena, ivi comprese le pene sostitutive, e la scelta di quella più idonea a garantire la funzione social-preventiva nel caso concreto, compete al giudice di merito, alle cui valutazioni discrezionali è rimessa anche la considerazione delle condizioni personali e sociali del reo, deve dunque ritenersi, che il rigetto della sostituzione della pena detentiva con la pena pecuniaria, laddove motivato in modo logico in applicazione dei criteri di cui all'art. 133 c.p., sfugge alle censure in sede di legittimità (v. anche Sez. 4, n. 48574 del 07/11/2013, Rv. 258092)».

Nella fattispecie sottoposta al vaglio della Corte, la Corte di appello aveva dato conto nella propria decisione delle ragioni alla base della prognosi negativa di futuro adempimento, richiamando la circostanza che l'imputato era stato ammesso al gratuito patrocinio in ragione della mancanza di reddito: valutazione, questa, che è stata ritenuta correttamente e logicamente argomentata e tale da resistere ai rilievi posti dal ricorrente.

A fronte di queste decisioni, si registrano alcune altre pronunce che offrono una lettura ulteriore (non necessariamente in contrasto) rispetto a quella di Sez. 5, n. 44402 del 10/10/2022, Majer, Rv. 283954-01 (così massimata: In tema di sostituzione di pene detentive brevi con sanzioni pecuniarie, pur potendo beneficiare della sostituzione colui che si trovi in disagiate condizioni economiche, il giudice può respingerne la richiesta nel caso in cui, in base ad elementi di fatto, sia possibile esprimere un giudizio sulla solvibilità del reo con prognosi negativa in ordine alla capacità di adempiere).

Sez. 1, n. 2357 del 12/10/2023, dep. 2024, Paris, Rv. 285786-02 e anche da **Sez. 2, n. 9397 del 01/02/2024, Ndiaye**, **non massimata sul punto** hanno entrambe richiamato Sez. U, n. 24476 del 22/04/2010, Gagliardi, Rv. 247274-01, in cui, sia pur sotto la precedente normativa (che tuttavia in *parte qua* non è mutata, motivo per il quale si rimarca l'attualità della decisione) si è statuito che «la sostituzione della pena detentiva con quella pecuniaria a norma dell'art. 58 della legge n. 689 del 1981 è consentita anche in relazione a condanna inflitta a persona in condizioni economiche disagiate, in quanto la presunzione di inadempimento, ostativa in forza del secondo comma dell'articolo citato, si riferisce soltanto alle pene sostitutive di quella detentiva accompagnate da prescrizioni (semidetenzione o libertà controllata), e non alla pena pecuniaria sostitutiva, che non prevede alcuna prescrizione

particolare. La *ratio* delle pene sostitutive ha natura premiale; cerniera del sistema diventa il primo comma dell'art. 58, poiché il giudice, nell'esercitare il suo potere discrezionale di sostituire le pene detentive brevi con le pene pecuniarie corrispondenti, con la semidetenzione o con la libertà controllata, deve tenere conto dei criteri indicati nell'art. 133 cod. pen., tra i quali è compreso quello delle condizioni di vita individuale, familiare e sociale dell'imputato, ma non quello delle sue condizioni economiche».

Di qui il principio di diritto espresso da **Sez. 1, n. 2357 del 12/10/2023, dep. 2024, Paris, Rv. 285786-02**, così massimato: La sostituzione delle pene detentive brevi è rimessa alla valutazione discrezionale del giudice ed è consentita anche in relazione a condanna inflitta a persona in condizioni economiche disagiate, poiché la prognosi di inadempimento, ostativa alla sostituzione in forza dell'art. 58, comma 2, legge 24 novembre 1981, n. 689, si riferisce soltanto alle pene sostitutive di quella detentiva accompagnate da prescrizioni, ossia alla semidetenzione e alla libertà controllata.

In tutte le indicate decisioni si rimarca la necessità di assicurare al giudice piena valutazione discrezionale nella sostituzione delle pene detentive brevi, ovviamente nei limiti riconosciutigli dal legislatore e nella sussistenza dei presupposti legali, oltre alla possibilità di procedervi anche nei confronti di persona che si trovi in disagiate condizioni economiche. La questione, a ben vedere, diventa allora quella di capire se sia possibile operare una prognosi negativa, ancorata ad elementi di fatto concreti, che facciano presumere che quelle condizioni economiche escludano la possibilità di pagare la pena pecuniaria, tenendo presente che la pena pecuniaria sostitutiva può essere modulata entro una forbice molto ampia, proprio per assicurare maggiori capacità di adempimento, può anche essere rateizzata, e che le preclusioni, laddove assolute, sono in contrasto con il principio di eguaglianza, determinando disparità di trattamento.

In ogni caso, ai sensi degli artt. 56-*quater* e 58 della legge 24 novembre 1981, n. 689, «se per un verso le deduzioni e produzioni dell'imputato possono guidare la valutazione discrezionale del giudice sulla quantificazione della pena pecuniaria, avuto riguardo alla individuazione del valore giornaliero, per altro verso l'assenza di tali informazioni non può determinare una sorta di decadenza dal diritto di ottenere la sostituzione della pena detentiva con la pena pecuniaria» (**Sez. 2, n. 9397 del 01/02/2024, Ndiaye, Rv. 286130-01**, così massimata: in tema di sostituzione di pene detentive brevi, il disposto di cui all'art. 56-*quater* legge 24 novembre 1981, n. 689, introdotto dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, consentendo al giudice di determinare, in maniera personalizzata, il valore giornaliero della pena pecuniaria sostitutiva, lo obbliga ad acquisire d'ufficio tutte le informazioni sulle condizioni di vita individuale, familiare, sociale ed economica dell'imputato, in quanto l'omessa indicazione delle stesse da parte di quest'ultimo non comporta alcuna decadenza ai fini della conversione, non essendo previsto, al riguardo, un onere di allegazione).

SEZIONE III

IL REATO

CAPITOLO I

IMPUTAZIONE SOGGETTIVA E *VERSARI IN RE ILLICITA*

(di Maria Eugenia Oggero)

SOMMARIO: 1.Premessa. – 2. Il principio di colpevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la "storica" sentenza n. 364 del 1988 e le decisioni n. 1085 del 1988 e n. 322 del 2007. – 3. La fondamentale sentenza Sez. U, n. 22676 del 22/01/2009, Ronci. – 4. Una premessa in ordine al criterio di imputazione dell'evento non voluto. L'interpretazione conforme a Costituzione – 5. La giurisprudenza di legittimità in tema di omicidio preterintenzionale. Una prima analisi. – 5.1. La preterintenzione come dolo di lesioni/percosse e assorbimento, in tale dolo, della prevedibilità nella "intenzione di risultato". – 5.2. La preterintenzione come dolo misto a colpa. – 5.3. Le più recenti decisioni afferenti all'omicidio preterintenzionale: dolo di lesioni o percosse e prevedibilità in relazione all'evento-morte. – 6. Il concorso di persone cd. "anomalo". Cenni. – 7. Il mutamento del titolo del reato per taluno dei concorrenti. – 8. I reati aggravanti dall'evento: qualche osservazione sui delitti di maltrattamenti contro familiari o conviventi e di rissa aggravati.

1. Premessa

Nell'anno trascorso, si sono registrate alcune decisioni che inducono a rinnovare la riflessione sul ruolo del principio di colpevolezza nella giurisprudenza di legittimità, la quale sembra attraversata da un fenomeno volto a sospingere il paradigma del *versari in re illicita* all'esterno del perimetro della responsabilità penale.

Si tratta di un percorso che trae linfa dai principi statuiti dalla giurisprudenza costituzionale e dagli argomenti sviluppati ed enucleati dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite.

Volgendo lo sguardo al passato, appare incontestabile il ruolo di definitiva cesura che, rispetto al precedente panorama penalistico, rappresentò, in seno alla giurisprudenza costituzionale, l'elaborazione in tema di principio di colpevolezza.

Una serie di decisioni – Corte cost. n. 364 del 1988, Corte cost. n. 1085 del 1988 e, a distanza di un ventennio, Corte cost. n. 322 del 2007 – mutarono irreversibilmente il sistema del diritto penale, contribuendo a disegnare, sul versante del principio di colpevolezza, lo statuto costituzionale della responsabilità penale.

Altrettanto fondamentale, nella giurisprudenza di legittimità, fu l'arresto del Massimo consesso nomofilattico, **Sez. U, n. 22676 del 22/01/2009, Ronci, Rv. 243381-01**.

Ponendo principi fondamentali relativi al principio di colpevolezza, si ritiene che tale pronuncia possieda una portata ampia e generale, non circoscritta all'interno dei confini del delitto di cui all'art. 586 cod. pen.

Il quadro interpretativo che, alla luce delle sentenze della Consulta e dell'arresto del Massimo Consesso nomofilattico, appariva perfettamente tratteggiato, in coerenza con il principio di colpevolezza, non ha tuttavia impedito un percorso giurisprudenziale caratterizzato da *stop and go* sul quale ci si sarà modo di ragionare.

Gli esiti di questa complessa attività esegetica si colgono, in particolare, in tema di omicidio preterintenzionale, ma anche di concorso di persone cd. "anomalo", di mutamento del titolo del reato per taluno dei concorrenti e, infine, nell'ambito dei reati aggravanti dall'evento, istituti accomunati dalla problematica attribuzione di un evento *non voluto* da parte dell'agente.

2. Il principio di colpevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la "storica" sentenza n. 364 del 1988 e le successive decisioni n. 1085 del 1988 e n. 322 del 2007.

A distanza di alcuni decenni, la sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, *in parte qua,* dell'art. 5 cod. pen., è unanimemente considerata una decisione dotata di fondamentale rilievo sistemico, avendo con essa il Giudice costituzionale provveduto a definire il contenuto *minimo* del principio di colpevolezza, che deve essere inteso quale sinonimo di *rimproverabilità* all'agente della sua condotta illecita.

La pronuncia, gravida di conseguenze in ordine allo statuto della responsabilità penale, non solo si è innervata nella successiva giurisprudenza costituzionale (sent. n. 1085 del 1988 e sent. n. 322 del 2007), ma ha altresì costituito motore della produzione legislativa posteriore, come si evince dalla disciplina introdotta con legge 7 febbraio 1990, n. 19, che ha provveduto ad armonizzare, modificando l'art. 59, comma secondo, cod. pen., il criterio di attribuzione delle circostanze aggravanti del reato al principio di colpevolezza.

La Corte costituzionale, nel tratteggiare gli indefettibili caratteri della responsabilità penale, lambendo una serie di questioni ad essa strettamente legate, ha affermato che «*Il fatto imputato, perché sia legittimamente punibile, deve necessariamente includere almeno la colpa dell'agente in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica (…). Il ristabilimento dei valori sociale "dispregiati" e l'opera rieducatrice ed ammonitrice sul reo ha senso soltanto sulla base della dimostrata "soggettiva antigiuridicità" del fatto», prescrivendo, altresì, un'essenziale opera di verifica al fine di stabilire «se le singole ipotesi criminose (collegate con le disposizioni di parte generale) siano o meno conformi, quanto ad elementi subiettivi, ai requisiti minimi richiesti dalle autonomamente interpretate norme costituzionali*.».

Non solo: richiamando l'ampio dibattito svoltosi in seno all'Assemblea costituente, ove si confrontarono coloro che sostenevano l'opportunità di esplicita *costituzionalizzazione*, all'art. 27 Cost., del principio di colpevolezza e chi, invece, assumeva prioritaria la previsione del divieto di responsabilità per fatto altrui, la Corte, dopo avere osservato che «*La responsabilità penale sorge, dunque, solo nell'effettiva presenza dell'elemento subiettivo: non si può mai dare per presunta la colpa. (..) per quanto si usino le espressioni fatto proprio e fatto altrui, che possono indurre in errore, in realtà, in tutti i lavori preparatori relativi al primo comma dell'art. 27 Cost., i Costituenti mirarono, sul piano dei requisiti d'imputazione del reato, ad escludere che si considerassero costituzionalmente legittime ipotesi carenti di elementi subiettivi di collegamento con l'evento e, sul piano politico, a non far ricadere su "estranei" "colpe altrui"*», ha altresì precisato che «*con riferimento all'esegesi dell'art. 27, terzo comma, Cost., soltanto quando alla pena venisse assegnata esclusivamente una funzione deterrente (ma ciò è sicuramente da escludersi, nel nostro sistema costituzionale, data la grave strumentalizzazione che subirebbe la persona umana) potrebbe configurarsi come legittima una responsabilità penale per fatti non riconducibili* (…) *alla predetta colpa dell'agente, nella prevedibilità ed evitabilità dell'evento.*».

Ma, soprattutto, ha chiaramente statuito il principio secondo cui gli elementi più significativi della fattispecie penale debbono essere assistiti, quanto meno, da colpa, così affer-

mando: *« (…) ove non si ritenga di restringere la c.d. responsabilità oggettiva «pura» alle sole ipotesi nelle quali il risultato ultimo vietato dal legislatore non è sorretto da alcun coefficiente subiettivo, va, di volta in volta, a proposito delle diverse ipotesi criminose, stabilito quali sono gli elementi più significativi della fattispecie che non possono non essere «coperti» almeno dalla colpa dell'agente perché sia rispettato da parte del disposto di cui all'art. 27, primo comma, Cost. relativa al rapporto psichico tra soggetto e fatto.».*

Con la successiva pronuncia – sent. n. 1085 del 1988 -, la Corte costituzionale, nell'affrontare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 626, primo comma, n. 1 cod. pen., muove da una ricostruzione di giurisprudenza e dottrina che, in ipotesi di mancata restituzione per caso fortuito o forza maggiore della cosa sottratta al fine di farne uso momentaneo con l'intenzione di restituirla, ritengono configurabile il (più grave) furto comune, secondo una lettura che sconta – annota il Giudice delle leggi – un vizio di origine del vigente codice penale, corpo normativo in seno al quale «*non soltanto è prevista la responsabilità oggettiva ma vige il principio* qui in re illicita versatur respondit etiam pro casu».

Tale principio «*contrasta con l'art. 27, primo comma, Cost. (…). Risulta richiesto, quale criterio subiettivo di imputazione, oltre alla coscienza e volontà dell'azione od omissione, della colpa quale collegamento subiettivo tra l'autore del fatto e il dato significativo (sia esso evento oppure no) addebitato (…) Perché l'art. 27, primo comma, Cost. sia pienamente rispettato e la responsabilità penale sia autenticamente personale è indispensabile che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all'agente (siano, cioè, investiti dal dolo o dalla colpa) ed è altresì indispensabile che tutti e ciascuno dei predetti elementi siano allo stesso agente rimproverabili e cioè anche soggettivamente disapprovati».*

Ritorna, trovando ancor più esplicita affermazione, la tematica degli *«elementi più significativi della fattispecie»* (nella denominazione di "dato significativo" della fattispecie)*, «sia esso evento oppure no»:* la Corte costituzionale prende quindi definitivamente le distanze dalle due categorie del Codice penale del 1930, responsabilità oggettiva e *versari in re illicita*, declinazione della prima, incompatibili con il principio di personalità della responsabilità penale, secondo una lettura non minimalista dello stesso e cioè non limitata al solo divieto di responsabilità per fatto altrui.

A completare il quadro, è intervenuta la sentenza Corte cost. n. 322 del 2007: pronunciandosi sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. art. 609-*sexies* cod. pen., secondo cui l'autore di atti sessuali con minore infra-quattordicenne non può invocare a propria scusa l'ignoranza dell'età della persona offesa (salvo che si tratti di ignoranza inevitabile), ha chiarito che *«con la sentenza n. 364 del 1988 – posteriore a tutte le pronunce dianzi ricordate* (n.d.r.: sentenze n. 209 del 1983, n. 20 del 1971 e n. 107 del 1957) *– questa Corte, innovando l'indirizzo interpretativo sino ad allora seguito, ha tuttavia riconosciuto che il principio di personalità della responsabilità penale, sancito dall'art. 27, primo comma, Cost., non si esaurisce nel mero divieto della responsabilità per fatto altrui, ma va inteso,* amplius*, come principio della responsabilità per fatto proprio colpevole: postulando, quindi, un "coefficiente di partecipazione psichica" del soggetto al fatto, rappresentato quanto meno dalla colpa "in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica"»*, aggiungendo che *«Il principio di colpevolezza partecipa, in specie, di una finalità comune a quelli di legalità e di irretroattività della legge penale (art. 25, secondo comma, Cost.): esso mira, cioè, a garantire ai consociati libere scelte d'azione (sentenza n. 364 del 1988), sulla base di una valutazione anticipata ("calcolabilità") delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta; "calcolabilità" che verrebbe meno ove all'agente fossero*

addossati accadimenti estranei alla sua sfera di consapevole dominio, perché non solo non voluti né concretamente rappresentati, ma neppure prevedibili ed evitabili.».

Di indiscutibile univocità appare l'affermazione secondo cui «*Il principio di colpevolezza non può essere «sacrificato» dal legislatore ordinario in nome di una più efficace tutela penale di altri valori, ancorché essi pure di rango costituzionale*» e, soprattutto, che il predetto principio si pone non soltanto come criterio orientativo per il legislatore, ma anche quale canone ermeneutico per il giudice, così definitivamente consacrando il delicato compito della giurisprudenza di procedere, nell'applicazione delle disposizioni penali, ad una interpretazione adeguatrice rispetto allo statuto costituzionale del diritto penale, nella specie iconicamente rappresentato dal principio di colpevolezza.

In conclusione, è compito del giudice procedere alla interpretazione delle disposizioni penali alla luce dei principi enunciati dalla Costituzione, per cui la Consulta censura il percorso interpretativo che non abbia seguito tale paradigma: «*Il giudice rimettente non si pone neppure il problema di verificare la praticabilità di una interpretazione* secundum constitutionem *della disposizione denunciata: acclarando, in specie, se sia o meno possibile ritenere che l'ipotesi dell'ignoranza inevitabile resti estranea alla regola dell'inescusabilità sancita dalla disposizione stessa. E ciò perché il principio di colpevolezza – quale delineato dalle sentenze n. 364 e n. 1085 del 1988 di questa Corte – si pone non soltanto quale vincolo per il legislatore, nella conformazione degli istituti penalistici e delle singole norme incriminatici; ma anche come canone ermeneutico per il giudice, nella lettura e nell'applicazione delle disposizioni vigenti*».

3. La fondamentale sentenza Sez. U, n. 22676 del 22/01/2009, Ronci.

Il reato previsto all'art. 586 cod. pen. non ebbe che scarsa applicazione nella prassi giurisprudenziale, fino a quando, nell'ultimo ventennio dello scorso millennio, fu protagonista di una inaspettata rivitalizzazione, connessa alle vicende relative a cessione di sostanze stupefacenti da cui sia conseguita, epilogo non voluto, la morte dell'assuntore della sostanza; si tratta di un filone giurisprudenziale che annovera, tra le decisioni più risalenti, Sez. 1, n. 2538 del 14/11/1988, Gentilini, Rv. 179848-01, e che ha visto il perimetro applicativo della disposizione esteso anche all'ipotesi, invero non infrequente, di plurime cessioni della stessa sostanza prima del suo utilizzo letale da parte del cessionario finale, sul rilievo che il nesso causale tra la prima cessione e la morte dell'ultimo cessionario-utilizzatore non potrebbe ritenersi interrotto dalle cessioni intermedie, concause che, lungi dall'essere eccezionali, costituirebbero evenienza prevedibile da parte dei vari ante-cedenti (cfr., tra le molte, Sez. 6, n. 16609 del 22/03/1990, Pergolesi, Rv. 186020-01).

Il delitto di morte o lesione quale conseguenza di altro delitto, pur non sovrapponibile, presenta innegabili analogie rispetto all'omicidio preterintenzionale, trattandosi, in entrambi i casi, dell'attribuzione all'agente di un evento ulteriore, non voluto, intervenuto nell'ambito di una situazione di rischio determinata da un'attività illecita.

Il grado di rischio innescato dall'agente risulta però di differente livello, in quanto la commissione di una condotta violenta (percosse/lesioni) implica la maggiore probabilità che possa derivarne la morte della vittima, tanto che la sanzione associata dal legislatore alla fattispecie di cui all'art. 584 cod. pen. è più severa rispetto all'art. 586 cod. pen., pur se, in entrambi i casi, l'evento più grave deve non essere voluto dall'agente.

In concomitanza con l'inedita svolta applicativa dell'art. 586 cod. pen., sorsero le note criticità relative al titolo soggettivo di attribuzione dell'evento morte, conseguenza non voluta dall'agente, rinvenendosi un consistente orientamento giurisprudenziale che, nell'ipotesi di cessione di stupefacenti dalla cui assunzione ne era derivata la morte dell'assun-

tore, affermava la responsabilità *ex* art. 586 cod. pen. sulla base del solo nesso causale e quindi a titolo di responsabilità oggettiva.

A fronte dell'insorto contrasto rispetto ad un orientamento, più recente, che, sempre in tema di cessione di stupefacente dalla cui assunzione era conseguita la morte dell'assuntore, aveva ritenuto necessario, ai fini della sussistenza della responsabilità per tale evento, l'accertamento della colpa, la questione fu rimessa alle Sezioni unite.

La sentenza Ronci, nell'affrontare la specifica questione rimessa al giudizio del massimo Consesso di legittimità, è intervenuta con chiarezza sul tema, muovendo da una puntuale analisi delle teorie circa l'attribuzione di responsabilità per l'evento lesivo o la morte, conseguenza non voluta del delitto di cui all'art. 586 cod. pen.

E, affermando che, non soltanto l'orientamento – assolutamente prevalente per lungo tempo – secondo cui l'evento più grave deve essere attribuito sulla base del solo nesso causale si rivela viziato per incorrere nel divieto di responsabilità oggettiva, ma analogo difetto presenta la tesi secondo cui la responsabilità per l'evento più grave è imputata a titolo di colpa specifica per inosservanza della norma penale incriminatrice del delitto base, le Sezioni unite mettono un punto fermo sull'incompatibilità costituzionale di una categoria all'apparenza articolata, ma, a ben vedere, riconducibile ad una medesima matrice dogmatica.

Secondo la più accreditata elaborazione, la configurabilità dell'illecito colposo postula la individuazione di una regola cautelare diversa da quella incriminatrice, dalla violazione della quale è prevedibile – e osservando la quale è evitabile – la verificazione dell'evento pregiudizievole, per cui è evidente che il criterio cui si è fatto riferimento (colpa per inosservanza della norma penale), finisce per *bypassare* l'accertamento della colpevolezza in capo all'agente per l'evento più grave e non voluto, così travalicando nella attribuzione oggettiva dell'evento.

E pure ricade nella responsabilità oggettiva la ricostruzione che si poggia sulla mera prevedibilità in astratto dell'evento più grave, in assenza, quindi, di una specifica indagine sul fatto concreto, richiamando nozioni, quali la frequenza del rischio connesso ad una determinata condotta, secondo *id quod plerumque accidit*, ovvero il pericolo presuntivamente insito nel delitto doloso di base che non consentono di pervenire all'accertamento psicologico rispettoso del principio di colpevolezza.

Secondo le Sezioni Unite Ronci, «*…anche questa tesi della prevedibilità in astratto si pone sullo stesso piano di quella della responsabilità oggettiva e di quella della colpa presunta per violazione della legge penale…l'evento morte non voluto viene sempre messo a carico del soggetto che ha compiuto il delitto doloso sulla sola base del nesso di causalità … indipendentemente da una indagine sull'elemento psicologico ad esso relativo*».

La disamina cade altresì sulla teoria della responsabilità da rischio totalmente illecito che, accolta in due pronunce di legittimità (**Sez. 1, n. 7566 del 28/05/1993, Cimare, Rv. 194773-01**; **Sez. 1, n. 2955 del 29/01/1997, Sambataro, Rv. 207274-01**), tenta di risolvere il nodo della violazione di norme cautelari laddove, come nel caso, si versa in ipotesi di trasgressione ad un precetto penale: nella specie, l'assunzione del rischio totalmente illecito giustificherebbe la responsabilità per l'evento non voluto, punito più rigorosamente del corrispondente reato colposo, a prescindere, ancora una volta, dalla sussistenza di una colpa effettiva e sulla base, invece, del mero nesso causale.

Al fine di individuare la soluzione preferibile, si osserva che è necessario focalizzarsi sulle affermazioni e le correlate implicazioni della sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988 e delle successive, n. 1085 del 1988, n. 2 del 1991, n. 179 del 1991, n. 61 del 1995 e n. 322 del 2007, le quali hanno costituzionalizzato e definito, nella cornice della Costituzione, i contorni del principio di colpevolezza.

Il citato principio partecipa di «*una finalità comune a quelli di legalità e di irretroattività della legge penale (art. 25, secondo comma, Cost.): esso mira, cioè, a garantire ai consociati libere scelte d'azione, sulla base di una valutazione anticipata ("calcolabilità") delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta*», altresì rivestendo un ruolo fondante rispetto alla funzione rieducativa della pena e, tutto ciò premesso, «*l'unica interpretazione conforme al principio costituzionale di colpevolezza è quella che richiede, anche nella fattispecie dell'art. 586 cod. pen., una responsabilità per colpa in concreto, ossia ancorata ad una violazione di regole cautelari di condotta e ad un coefficiente di prevedibilità ed evitabilità, in concreto e non in astratto, del rischio connesso alla carica di pericolosità per i beni della vita e dell'incolumità personale, intrinseca alla consumazione del reato doloso di base…è l'unica conforme ai principi costituzionali, ma è anche quella che si pone più in armonia con il vigente sistema penale, dal momento che la configurazione di un'ipotesi di responsabilità oggettiva per l'evento più grave non voluto, in assenza di alcun coefficiente di prevedibilità in concreto, sarebbe anche incoerente con il regime di imputazione delle circostanze aggravatrici di cui all'art. 59, comma secondo, cod. pen., come innovato dall'art. 1 della legge 07/02/1990, n. 19*».

Come si evince dal passo riportato, le considerazioni svolte dalle Sezioni unite possiedono una portata generalmente riferibile anche ad altre ipotesi di responsabilità oggettiva nel cui ambito dogmatico si inscrive l'ipotesi di cui all'art. 586 cod. pen., ma altresì quella, di cui ci si occupa, dell'omicidio preterintenzionale, risultando particolarmente significativa l'affermazione secondo cui «*ritenere che non sia accettabile la tesi secondo cui ogni norma penale, nel momento in cui punisce una condotta, porrebbe anche una regola preventiva sulla pericolosità della condotta stessa, non significa affatto negare la possibilità che, in occasione della esecuzione dolosa di un reato, l'agente possa anche essere destinatario di regole cautelari per la prevenzione di ulteriori eventi, purché, ovviamente, non si pretenda di ricavare regole cautelari, in modo automatico e scontato, proprio dalla stessa disposizione penale incriminatrice della fattispecie dolosa*».

In tale prospettiva, viene altresì osservato che, nell'ordinamento italiano, analogamente a quanto accade in altri ordinamenti positivi, l'evento non voluto – quale evento aggravatore o comunque qualificante -, derivato da un delitto doloso, viene imputato sulla base della colpa, e nella medesima direzione si muove la giurisprudenza costituzionale laddove, nel caso preso in esame dalla sentenza n. 1085 del 1988, che dà rilievo all'ipotesi di mancata restituzione della cosa sottratta per farne uso momentaneo, nel solo caso in cui non sia stata possibile restituire per caso fortuito o forza maggiore, indirettamente ponendo un onere di diligenza in capo all'agente di una condotta dolosamente sottrattiva.

Del resto, anche la rinnovata disciplina dell'attribuzione delle circostanze aggravanti *ex* art. 59, comma secondo, cod. pen. ha reso possibile una combinazione di dolo per il reato semplice e colpa, rispetto alla circostanza aggravante, che sono attribuibili all'agente nel caso in cui siano ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa, ammettendo pertanto che il rimprovero, *rectius*, la rimproverabilità tipica della colpa nella fascia di operatività della responsabilità dolosa.

Particolarmente perspicuo si rivela il passaggio in cui le Sezioni Unite affermano che, anche sul terreno del compimento di un'attività illecita, all'agente che abbia determinato, quale evento non voluto, la morte o le lesioni della vittima (nel caso, del cessionario di stupefacenti) tale ulteriore accadimento sia attribuito sulla base della sussistenza della colpa che, non diversamente dal caso di illecito colposo *tout court*, si sostanzia della violazione di una regola cautelare dalla quale era prevedibile, per un agente della medesima categoria cognitiva e professionale, la derivazione dell'evento, evitabile tenendo la condotta alternativa corretta.

4. Una premessa in ordine al criterio di imputazione dell'evento non voluto. L'interpretazione conforme a Costituzione.

Si è fatto cenno all'interpretazione adeguatrice, altrimenti definita, con espressioni assimilabili, interpretazione conforme, ovvero *secundum Constitutionem,* paradigma esegetico incentrato sulla necessità che sia data una lettura interpretativa organica e coerente con la Costituzione di ogni fonte primaria sotto ordinata, nella gerarchia delle fonti, alla Carta costituzionale: ciò, a patto che il tenore letterale consenta tale possibilità, così evitando l'incidente di legittimità costituzionale, altrimenti ineludibile.

Il dato letterale di una disposizione è volto a segnare il perimetro entro il quale deve muoversi l'interprete, così dissolvendo la preoccupazione che tale criterio interpretativo possa determinare lo sconfinamento nella rimodulazione della portata di una disposizione di legge mediante l'attribuzione di contenuti ultronei, mirando, tale lettura, ad estrarre dalla disposizione di legge i soli significati compatibili con la *littera legis*: non necessariamente gli unici in astratto evincibili dalla medesima, bensì quelli che i principi e la coerenza sistematica ragionevolmente consentono di cogliere.

E tale operazione, alla luce delle imprescindibili indicazioni provenienti dalla Corte costituzionale, si rivela irrinunciabile, ai fini della armonizzazione del sistema nella sua integralità e per evitare potenziali incidenti di costituzionalità, laddove sia possibile una interpretazione della disposizione conforme alla Carta costituzionale.

Ne deriva il complesso compito, affidato alla giurisdizione, di applicare la legge, interpretandola, nella ineludibile prospettiva di renderla armonica, ove possibile, con il sistema dei principi costituzionali.

Date queste premesse, le disposizioni del Codice penale che prevedono forme di responsabilità oggettiva e che, come tali, si rapportano in termini problematici con il principio di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27 Cost. non è dubitabile che si pongano in linea di collisione con la Carta costituzionale.

La tradizionale impostazione, ispirata a coerenza con l'originale impianto codicistico, che dichiaratamente contemplava forme di responsabilità oggettiva, non pare invece volere affrontare il delicato profilo della compatibilità costituzionale del criterio di attribuzione dell'evento morte, non voluto dall'agente, ineludibile, laddove si faccia impiego, ai fini della ricostruzione dell'elemento soggettivo della preterintenzione, del paradigma dolo di percosse e le lesioni ed accertamento del solo nesso causale rispetto all'evento morte.

Così procedendo, si concreta il tangibile rischio di vanificare il puntuale e stringente richiamo della Corte costituzionale che, nella già citata sentenza n. 1085 del 1988, impone al giudice, in sede interpretativa, di conformare le norme penali incriminatrici al principio di colpevolezza.

L'interprete deve maturare la consapevolezza di muoversi all'interno di un sistema costituzionalmente orientato, in cui corre obbligo di interpretare la legge in conformità ai principi costituzionali: non è ammesso, in definitiva, prescindere dal quadro costituzionale (né da quello sovranazionale, in virtù del meccanismo, ancora una volta stabilito dalla Costituzione, di cui all'art. 117 Cost.) e, conseguentemente, con riferimento al tema in oggetto, non è dato esimersi dal fornire una interpretazione di ciascuna disposizione penale alla luce del principio di colpevolezza.

Si procederà, attraverso il prisma della *conformità a Costituzione,* ad un'analisi di percorsi interpretativi che affiorano nella giurisprudenza, laddove la logica del *versari in re illicita*, pur nominalmente ripudiata, talvolta si riaffaccia in alcune decisioni, non mancando, per contro, orientamenti che, di contro, sono frutto di un processo di consapevole

allontanamento dalla responsabilità oggettiva, alla luce della compiuta metabolizzazione del principio di colpevolezza.

5. La giurisprudenza di legittimità in tema di omicidio preterintenzionale. Una prima analisi.

Sez. 5, n. 43093 del 16/10/2024, Loi, Rv. 287244-01, che ha affermato il principio così massimato: «L'elemento psicologico del delitto di omicidio preterintenzionale è una combinazione di dolo, per il reato di percosse o di lesioni, e di prevedibilità in concreto, per l'evento mortale. (Nella fattispecie, la Corte ha ritenuto sussistente il coefficiente psicologico della prevedibilità in concreto, alla luce sia delle evidenti condizioni di grave alterazione psico-fisica della vittima, dovuta all'abuso di alcool, sia della posizione della stessa, che si trovava ai margini di un ballatoio rialzato rispetto alla sede stradale, dove rovinava a seguito di una spinta datale dall'imputato, che ne causava la morte, a causa delle gravissime lesioni craniche riportate per il violento impatto col suolo).».

La decisione si colloca all'interno di un segmento esegetico che prende le distanze dalla attribuzione della morte della vittima, quale evento non voluto dall'agente, a titolo di responsabilità oggettiva, tanto nella sua forma dichiarata, quanto in quella cripto-oggettiva.

Ciò non di meno, la Corte esclude di aderire alla tesi, già tratteggiata da alcune pronunce di legittimità (tra cui, in ultimo, **Sez. 5, n. 49667 del 10/11/2023, Fossatocci, Rv. 285490-01**, sulla quale si dirà meglio *ultra)* che ricostruiscono la preterintenzione come dolo per il delitto di percosse o lesioni, misto a colpa per l'evento morte, in relazione a cui, come è ovvio, deve essere innanzi tutto accertata la sussistenza del nesso causale rispetto alla condotta dell'agente.

Con la pronuncia *de qua*, nel solco dei più recenti precedenti, la preterintenzione viene declinata come dolo di percosse o di lesioni, unita alla prevedibilità, in concreto, per l'evento più grave, ove derivato dalla condotta dell'agente.

In tale senso, precedente di qualche mese soltanto, **Sez. 5, n. 23926 del 02/05/2024, Sansone, Rv. 286574-01**, con la quale la Corte aveva espresso analogo principio, partendo da una sintesi dei tre orientamenti della giurisprudenza di legittimità.

Il primo indirizzo, che ritiene l'omicidio preterintenzionale come caratterizzato da dolo di percosse e lesioni ed attribuzione sulla base del solo nesso causale e quindi meramente oggettiva, del più grave evento della morte, si presenta debole, secondo il Collegio, sul versante della coerenza con il principio di colpevolezza, anche alla luce delle affermazioni espresse dalla Corte cost., sent. n. 364 del 1988.

La seconda soluzione, accolta nell'ambito di una serie di decisioni di legittimità – si citano **Sez. 5, n. 13673 del 08/03/2006, Haile, Rv. 234552-01**; **Sez. 5, n. 40389 del 17/05/2012, Perini, Rv. 253357-01** – ritiene l'elemento soggettivo dell'omicidio preterintenzionale caratterizzato dal solo dolo di percosse o lesioni, atteso che l'art. 43 cod. pen. assorbirebbe la prevedibilità dell'evento più grave nell'intenzione "di risultato", ma, così procedendo, il rischio di verificazione dell'evento non voluto discende dalla valutazione, normativamente cristallizzata ed effettuata, una volta per tutte, dal legislatore: anche la tesi prospettata finirebbe per attribuire l'evento ulteriore secondo il criterio, non compatibile con la Costituzione, della responsabilità oggettiva, in assenza di ogni dovuto accertamento sulle specifiche caratteristiche della condotta tenuta dall'agente, non valutabile, una volta per tutte, dal legislatore.

Viene fatto altresì di rilevare che, a seguire questa via, si renderebbe ardua la distinzione tra omicidio con dolo eventuale e preterintenzionale, a detrimento dello spazio applicativo di quest'ultimo, a fronte di condotte lesive dotate di un alto grado di offensività che con-

sentirebbe, con frequenza molto alta, la formulazione di un giudizio di astratta prevedibilità dell'evento ulteriore e più grave.

Il terzo filone giurisprudenziale imposta la preterintenzione come dolo per il delitto di percosse o di lesioni, misto a colpa per l'evento più grave non voluto e causalmente derivato dalla condotta dell'agente: le criticità enucleate dalla sentenza Sansone si appuntano, questa volta, su di una sorta di ontologica incompatibilità tra la colpa, quale violazione di una regola cautelare (generica o specifica) da cui è prevedibile (ed evitabile) discenda l'evento dannoso, ed il compimento di una condotta dolosa che, per ciò solo, si porrebbe al di fuori del fuoco della responsabilità colposa.

Il Collegio si accinge così ad intraprendere una quarta soluzione, secondo la quale «*nell'omicidio preterintenzionale il principio di colpevolezza è rispettato con il solo giudizio della prevedibilità in concreto da parte del soggetto agente dell'evento ulteriore e più grave, come possibile epilogo della condotta in relazione alle specifiche circostanze della situazione concreta*», nella prospettiva indicata dalla Corte cost., sent. n. 42 del 1965 in tema di concorso anomalo *ex* art. 116 cod. pen.

Nel solco tracciato dal Giudice costituzionale anche nella risalente sentenza interpretativa, si osserva come sia consentito, tanto al legislatore, quanto all'interprete, di graduare il coefficiente psicologico di partecipazione dell'autore al fatto, indefettibile ai fini dell'affermazione della responsabilità per fatti di reato, ma graduabile, per l'appunto, secondo una scala di intensità, in rapporto alla natura della fattispecie e dei beni giuridici da tutelare: a sostegno di tale lettura, la Corte richiama la giurisprudenza relativa all'attribuzione dell'evento-morte nei delitti aggravati dall'evento di cui agli artt. 572, comma quarto, 588, comma secondo, cod. pen. (**Sez. 6, n. 8097 del 23/11/2021, dep. 2022, P., Rv. 282908-01**; **Sez. 5, n. 45356 del 02/10/2019, C., Rv. 277084-01**).

In definitiva, ad avviso del Collegio, «*il problema cruciale è, allora, quello dell'indicazione degli indici fenomenici della prevedibilità dell'evento*», avendo cura di non fare coincidere tale nozione con quella – che si tradurrebbe in una forma di cripto-responsabilità oggettiva – di prevedibilità in astratto dell'evento morte.

Conseguentemente, con le Sezioni unite "Ronci", si raccomanda la necessaria valorizzazione di «*tutte le eventuali circostanze del caso concreto che facciano prevedere l'evento morte*» ovvero «*un concreto pericolo per l'incolumità della vittima*», dovendo tenersi conto delle specifiche peculiarità dell'omicidio preterintenzionale, ove la condotta dolosa, in quanto offensiva dell'incolumità fisica della vittima, assume «*un'originaria, specifica e marcata dimensione di pericolosità, di modo che è necessario accertare quale sia stata la proiezione in concreto di tale pericolosità sussistente in astratto, tale da consentire al soggetto agente, nella fattispecie contingente, di avere un margine di "calcolabilità" quanto alle conseguenze del proprio agire*».

Nel caso di specie, molteplici indici fenomenici (ripetute percosse alla vittima, anche quando già giaceva a terra, struttura fisica più gracile della vittima, più anziana di quindici anni) sono stati giudicati inequivocabilmente significativi della concreta prevedibilità che dall'azione violenta sarebbe potuta derivare la letale conseguenza per la vittima, decidendo la Corte, esaminati gli ulteriori motivi di doglianza, per il rigetto del ricorso.

Da queste ultime considerazioni sembra affiorare, in filigrana, il tema della ontologica dimensione di pericolo insita nella condotta di aggressione – mediante di atti diretti a cagionare percosse e lesioni, pur se nella forma *minima* del tentativo – di talché la necessità di accertare la concreta pericolosità della condotta, pur contenuta nella sentenza Sansone, potrebbe essere destinata a dissolversi nella mera petizione di principio insita nell'affermazione circa la «*originaria, specifica e marcata dimensione di pericolosità*».

A dispetto delle intenzioni, l'illustrata opzione esegetica finirebbe per rivelarsi incapace di risolvere il problema cruciale della responsabilità dell'omicidio preterintenzionale, che si annida nel rischio di attribuire l'evento più grave secondo il mero parametro della causalità, in una prospettiva definitivamente incompatibile con i principi costituzionali, con quelli sovranazionali e con la giurisprudenza costituzionale, perché confliggente con l'applicazione del paradigma della necessaria sussistenza, ai fini della responsabilità penale, quanto meno dell'elemento soggettivo della colpa.

In proposito, la **Sez. 5, Sansone, cit.**, àncora l'attribuzione del fatto più grave scaturito dalla condotta di percosse o lesioni al solo parametro della prevedibilità dell'evento morte, conseguenza non voluta dall'agente ma dubita, *apertis verbis*, che sia applicabile, in tale contesto, il paradigma della colpa – che, come noto, postula, quale passaggio prioritario rispetto all'accertamento della prevedibilità (ed evitabilità) dell'evento, l'individuazione della regola cautelare generica o specifica, dalla cui inosservanza è prevedibile (ed evitabile) la verificazione dell'evento – alla condotta penalmente illecita.

5.1. La preterintenzione come dolo di lesioni/percosse e assorbimento, in tale dolo, della prevedibilità nella "intenzione di risultato".

Un certo numero di pronunce di legittimità costruisce la preterintenzione come un autonomo edificio, contraddistinto dal solo dolo per il reato base, sul rilievo che la valutazione circa l'attribuzione dell'evento morte, non voluto dall'agente, sarebbe stata compiuta, una volta per tutte, dal legislatore: la disposizione di cui all'art. 43 cod. pen., nell'ottica di tale teoria, assorbirebbe la prevedibilità dell'evento più grave nell'intenzione di risultato.

Per limitarsi alle più recenti, tra quelle oggetto di massimazione, sembra opportuno segnalare **Sez. 5, n. 791 del 18/10/2012, dep. 2013, Palazzolo, Rv. 254386-01**: «L'elemento soggettivo del delitto di omicidio preterintenzionale non è costituito da dolo e responsabilità oggettiva né dal dolo misto a colpa, ma unicamente dal dolo di percosse o lesioni, in quanto la disposizione di cui all'art. 43 cod. pen. assorbe la prevedibilità di evento più grave nell'intenzione di risultato. Pertanto, la valutazione relativa alla prevedibilità dell'evento da cui dipende l'esistenza del delitto "de quo" è nella stessa legge, essendo assolutamente probabile che da una azione violenta contro una persona possa derivare la morte della stessa. (In applicazione del principio di cui in massima la S.C. ha ritenuto immune da censure la decisione con cui il giudice di merito ha affermato la responsabilità dell'imputato, per avere nel corso di una colluttazione colpito la vittima, la quale cadeva a terra e decedeva per "un accidente cardiovascolare acuto in soggetto cardiopatico").», si colloca all'interno dell'impostazione che associa la responsabilità per l'evento non voluto alla valutazione normativa, effettuata una volta per tutte, circa la prevedibilità che, da condotte lesive, possa derivare la morte dell'aggredito.

Con **Sez. 5, n. 44986 del 21/09/2016, Mulé, Rv. 268299-01**, che esplicitamente afferma «L'elemento soggettivo del delitto di omicidio preterintenzionale non è costituito da dolo e responsabilità oggettiva né dal dolo misto a colpa, ma unicamente dal dolo di percosse o lesioni, in quanto la disposizione di cui all'art. 43 cod. pen. assorbe la prevedibilità di evento più grave nell'intenzione di risultato. (In applicazione del principio la S.C. ha ritenuto immune da censure la decisione con cui il giudice di merito ha affermato la responsabilità dell'imputato a titolo di omicidio colposo aggravato dalla previsione dell'evento e non di omicidio preterintenzionale, con riferimento alla morte di una donna per soffocamento, verificatasi nel corso di un rapporto sessuale con l'imputato, che prevedeva l'adozione di comune accordo di tecniche di "bondage", ossia di costrizione fisica mediante legatura).», la Corte, mediante un'operazione di ortopedia interpretativa e pur evitando di sistematizzare

la preterintenzione all'interno della categoria della responsabilità oggettiva ovvero di quella colpevole, sembra dare seguito alla teoria della valutazione legislativa dell'intenzione di risultato.

Con la decisione, il Collegio ha rigettato, tra l'altro, il ricorso della Pubblica accusa che lamentava la violazione di legge in relazione alla mancata applicazione dell'ipotesi di cui all'art. 584 cod. pen., in luogo dell'omicidio colposo a fronte di pratiche sessuali di cd. *bondage*, accompagnate dal consenso della vittima.

Pare rivelare una certa fragilità il passaggio motivazionale in cui la Corte ha escluso che il cd. *bondage* costituisca condotta lesiva o di percosse, sul rilievo che le stesse debbono essere sorrette dalla volontà di serbare un comportamento violento o, comunque, aggressivo e tale da cagionare nella vittima una sensazione di dolore, nel caso essendo invece la condotta finalizzata a procurare piacere.

Per tale via, la Corte ritiene non configurabile il presupposto stesso dell'omicidio preterintenzionale, ma, così procedendo, mette a nudo una torsione logico-giuridica, fino a sovrapporre i piani del dolo generico e del dolo specifico, in una nebulosa che lascia perplessi, anche alla luce della asimmetria valutativa rispetto all'ipotesi dell'altrui iniezione di stupefacente da cui sia derivata la morte, non voluta, dell'assuntore della sostanza.

Sez. 5, n. 23606 del 04/04/2018, Perrone, Rv. 273284-01, «Il delitto previsto dall'art. 586 cod. pen., (morte come conseguenza di altro delitto) si differenzia dall'omicidio preterintenzionale perché nel primo reato l'attività del colpevole è diretta a realizzare un delitto doloso diverso dalle percosse o dalle lesioni personali, mentre nel secondo l'attività è finalizzata a realizzare un evento che, ove non si verificasse la morte, costituirebbe reato di percosse o lesioni. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto corretta la qualificazione di omicidio preterintenzionale in relazione alla morte causata da un'azione violenta consistita in strattoni e spintoni nei confronti della vittima, che, a causa di tale condotta, era caduta dal pianerottolo riportando gravissime lesioni craniche, alle quali era seguito il decesso)».

Richiamando l'orientamento maggioritario, che ha abbandonato la teoria del dolo misto a colpa, recepito, secondo il Collegio, *«in due sole sentenze del 1979»*, la sentenza Perrone afferma che l'elemento soggettivo della preterintenzione non è neppure il dolo misto a responsabilità oggettiva, bensì unicamente il dolo di percosse o di lesioni, in quanto la previsione dell'art. 43 cod. pen. assorbe la prevedibilità dell'evento più grave nell'intenzione di risultato, così richiamando, tra le altre, Sez. 5, n. 44986 del 21/09/2016, Mulè, cit. ed esprimendo, altresì, un giudizio negativo circa interrelazioni, escluse dal Collegio, rispetto alla fattispecie e alla relativa lettura all'esito di Sez. U, Ronci, di cui all'art. 586 cod. pen.

Ricalca il modello interpretativo tratteggiato, infine, **Sez. 5, n. 4564 del 09/11/2023, dep. 2024, A. Rv. 286014-01**, «L'elemento soggettivo del delitto di omicidio preterintenzionale non è costituito da dolo e responsabilità oggettiva, né dal dolo misto a colpa, ma unicamente dal dolo di percosse o lesioni, in quanto la disposizione di cui all'art. 43 cod. pen. assorbe la prevedibilità di evento più grave nell'intenzione di risultato. (In motivazione la Corte ha sottolineato che, quanto all'elemento psicologico, il delitto di omicidio preterintenzionale si differenzia da quello previsto dall'art. 586 cod. pen. nel quale l'attività del colpevole è diretta a realizzare un delitto doloso diverso dalle percosse o dalle lesioni personali).» ricorrendo alla teoria della "prevedibilità di un evento più grave nell'intenzione di risultato", trae argomento, al fine di giustificare la non riferibilità, a tale ipotesi, dei principi elaborati in ordine al principio di (necessaria) colpevolezza dalle Sezioni unite "Ronci", dalla differente natura – reato contro la persona, nel caso di cui all'art. 584 cod. pen., delitto non colposo, diverso da quelli contro la persona, nell'art. 586 cod. pen. – del delitto volontario da cui deriva, quale conseguenza non voluta, la morte della vittima.

In definitiva, l'enfatizzazione del dolo di lesioni o di percosse produce l'effetto collaterale di eludere l'accertamento della concreta prevedibilità dell'evento non voluto, affidando il coefficiente soggettivo alla sola "intenzione di risultato", espressione che, pur non priva di una certa pregnanza evocativa, si rivela, in definitiva, veicolo di attribuzione oggettiva dell'evento.

In altre parole, in tanto all'agente è attribuita la responsabilità per l'evento più grave, non voluto, in quanto – sulla base di una sorta di *dolus generalis* – abbia inteso procurare lesioni o percosse dalle quali, causalmente connessa, sia derivata la morte della vittima.

Conseguentemente, l'operazione esegetica confligge con il necessario accertamento della colpevolezza, che deve accompagnare ogni elemento significativo della fattispecie.

5.2. La preterintenzione come dolo misto a colpa.

Coerente con il principio di personalità della responsabilità penale, nella duplice declinazione di divieto di attribuzione della responsabilità per fatto altrui e di divieto di attribuzione per fatto proprio incolpevole, risulta la ricostruzione della preterintenzione come dolo misto a colpa.

Da queste pronunce affiora una netta presa di coscienza circa la problematica tenuta costituzionale della preterintenzione, laddove l'attribuzione dell'evento più grave avvenga quale mera conseguenza della sua azione, omettendo di assumere la prova della sussistenza, nel medesimo, di un coefficiente di colpevolezza rispetto all'evento-morte, epilogo non voluto della sua condotta.

Il filone giurisprudenziale, nel quale si annoverano pure decisioni risalenti (**Sez. 1, n. 9294 del 10/06/1983, Galletti; Rv. 161038-01 Sez. 1, n. 10437 del 24/10/1984, Scarpiello, Rv. 166800-01**) sembra in qualche misura anticipare i tempi rispetto alla Corte cost., sent. n. 364 del 1988, mostrando una particolare sensibilità ai principi cardine del diritto penale *costituzionale*, quasi a cercare di chiudere la stagione del *versari in re illicita*, in tempi ancora lontani dalla netta presa di posizione della Consulta.

Si coglie una vera e propria svolta in **Sez. 1, n. 19611 del 24/06/2006, Grillo, non massimata**, che, nel rigettare il ricorso teso all'annullamento della decisione di conferma della sussistenza dell'omicidio volontario, respingendo il motivo relativo alla configurabilità del meno grave delitto di cui all'art. 584 cod. pen., procede alla disamina delle teorie ricostruttive dell'elemento soggettivo in oggetto.

Preso atto che il «*dominante indirizzo dottrinale e il prevalente orientamento giurisprudenziale (…) ricostruiscono la fattispecie preterintenzionale come ipotesi di dolo misto a responsabilità oggettiva, (…) la seconda riferita all'evento più grave non voluto (...) ascritto sulla base del semplice nesso di causalità materiale*», rileva i problemi di coerenza costituzionale e sistematica di tale approccio, incompatibile con l'insegnamento della Corte costituzionale in tema di colpevolezza (sent. n. 364 del 1988).

Il Collegio precisa che il criterio dell'attribuzione dell'evento non voluto sulla a base della concreta prevedibilità ed evitabilità da parte dell'agente, e quindi, a titolo di colpa (citando, a tale fine, Sez. 1, n. 11055 del 19/10/1998, D'Agata, Rv. 211611-01), si salda con il principio di colpevolezza, fissato dalla Corte cost. sen. n. 364 del 1988, dovendosi ascrivere l'evento morte tra quelli "più significativi della fattispecie".

Muovendo da tali premesse, ipotizza la possibile alternativa esegetica di un inquadramento dell'art. 584 cod. pen. tra i delitti dolosi aggravati dall'evento, ove l'evento aggravatore sia necessariamente non voluto, la cui collocazione tra le fattispecie circostanziate comporterebbe l'applicazione della disciplina di cui all'art. 59, secondo comma, cod. pen. e quindi l'imputazione soggettiva dell'evento morte.

Sembra potersi affermare che, nella giurisprudenza della Prima Sezione, si sia realizzata una compiuta metabolizzazione degli insegnamenti della Corte costituzionale relativi al principio di colpevolezza, come declinati nelle due sentenze "gemelle" del 1988: la Corte, nel rigettare il motivo di ricorso che lamentava la violazione di legge per mancato inquadramento della condotta, anziché nell'ipotesi di omicidio volontario, in quella di cui all'art. 584 cod. pen., ha affermato che «*L'elemento psicologico del delitto preterintenzionale deve essere individuato, coerentemente con il principio di colpevolezza e con le affermazioni contenute nella sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988, nel dolo misto a colpa, riferito il primo al reato meno grave e la seconda all'evento più grave in concreto realizzatosi, dovendosi verificare, di volta in volta, la concreta prevedibilità ed evitabilità dell'evento maggiore ai fini dell'imputazione. Deve necessariamente postularsi la colpa dell'agente almeno in relazione agli elementi più significativi della fattispecie, tra i quali il complessivo e ultimo risultato vietato, se non si vuole incorrere nel divieto ex art. 27 commi 1 e 3 Cost. della responsabilità oggettiva c.d. pura o propria*»: la prova di tale elemento psicologico, osserva la Corte, deve essere ricostruita alla stessa stregua di qualsiasi altro elemento della fattispecie, e quindi anche attraverso il procedimento logico-induttivo, articolato intorno ai datti fattuali acquisiti al processo.

Ricalca le orme tracciate da questo intervento ad alta valenza chiarificatrice **Sez. 1, n. 5871 del 22/12/2006, dep. 2007, Hu, non massimata**, con la quale, in analoga ipotesi di rigetto del ricorso che lamentava la violazione di legge per inosservanza dell'art. 584 cod. pen., a fronte della configurazione dell'omicidio volontario, si propongono argomenti e si affermano principi sostanzialmente sovrapponibili a quelli del precedente poc'anzi citato della Prima Sezione.

Più di recente, **Sez.** 5, n. 46467 del 27/09/2022, D., Rv. 283892-02 ha affermato che «L'elemento soggettivo del delitto di omicidio preterintenzionale è costituito dal dolo per i reati di percosse o di lesioni volontarie, misto a colpa in relazione all'evento mortale. (In motivazione, la Corte ha chiarito che la prevedibilità deve essere valutata in concreto, tenendo conto delle circostanze della situazione reale, conoscibili e correttamente valutabili da un agente modello, calate nelle condizioni di tempo e di luogo in cui ha operato l'imputato). (Conf.: n. 9294 del 1983, Rv. 161038-01 e n. 10994 del 1981, Rv. 151265-01).».

Si tratta del caso di un uomo che aveva praticato una pressione violenta sul corpo della anziana madre, delle cui precarie condizioni di salute era a conoscenza, condotta dalla quale era derivata, tra l'altro, la frattura dell'osso ioide e l'innesco del decorso causale causativo della morte della donna.

Il Collegio si muove sul terreno della preterintenzione, consapevolmente proponendosi di sgomberare il campo dal «*rischio di surrettizia reintroduzione del concetto di responsabilità oggettiva*», di cui rammenta l'incompatibilità costituzionale.

A tale fine, evidenzia come il cuore del problema, facendo riferimento alla decisione della **Sez. 5, n. 15269 del 21/01/2022, Bouimadaghen, Rv. 283016-01**, riposi sul terreno della concreta prevedibilità dell'evento non voluto, da tenere distinto rispetto all'accertamento implicante la sussistenza del dolo eventuale.

Se, come è noto, si prospetta il dolo eventuale ove l'agente abbia previsto ed accettato come possibile l'evento, aderendo psichicamente a tale prospettiva, si dissolve l'equivoco che si annida nel ritenere che la prevedibilità dell'evento non voluto, tipizzante la preterintenzione, condurrebbe a confonderne i confini con il dolo.

In tanto è configurabile la preterintenzione, in quanto è assente, nell'atteggiamento soggettivo dell'agente, ogni volontà per la causazione dell'evento ulteriore, che, cionondimeno, deve essere in concreto prevedibile dall'agente.

La teoria della prevedibilità dell'evento più grave nell'intenzione di risultato – precisa la Corte – prescindendo dall'accertamento della prevedibilità in concreto e rinviando ad un concetto di prevedibilità in astratto, perché compiuto, una volta per tutte, dal legislatore, non è in grado di preservare dal rischio di attribuzione oggettiva dell'evento non voluto.

Quanto premesso, apre la strada per inquadrare la preterintenzione nell'alveo del dolo di percosse o di lesioni, accompagnato dalla colpa in relazione all'evento morte, in quanto solo in tale contesto assume significato il criterio della prevedibilità in concreto in ordine alle circostanze conoscibili e valutabili da un soggetto modello, calato nel contesto in cui si trova ad agire. A sostegno della lettura proposta, il Collegio si rifà ai precisi contenuti espressi, in tema di colpevolezza, dalla Corte costituzionale (sentenze n. 364 e 1085 del 1988), ma anche dalle Sez. U, Ronci, precisando, con riferimento a quest'ultima pronuncia, che l'omicidio preterintenzionale condivide con il delitto *ex* art. 586 cod. pen. la medesima struttura in ordine alla progressione criminosa.

A tale affermazione consegue una netta presa di posizione rispetto alle numerose decisioni che hanno invece escluso la riferibilità dei principi delle Sez. U, Ronci all'omicidio preterintenzionale in ragione di una pretesa eterogeneità tra le due fattispecie criminose.

Traspare la consapevolezza dell'interprete in ordine alle difficoltà che, sul terreno dell'attività dolosa, si incontrano nell'impiegare le categorie della colpa, convenendo con Sez. U, Ronci circa l'inutilizzabilità, a tale fine, del parametro dell'inosservanza del precetto penale.

Si giunge così a preferire la tesi che individua nel precetto penale un «significato ambivalente», volto, da un lato, a fare sì che, *in primis,* i consociati si astengano dal tenere condotte illecite, dall'altro, ad orientarne i comportamenti nel caso in cui il comando principale abbia fallito ed avente quindi, nella seconda frazione, lo scopo di prescrivere all'agente di agire, violando il precetto penale, secondo le modalità meno lesive.

Si tratta della nozione di "colpa comune", che si compone dell'«inosservanza del dovere di astenersi dal compiere attività pericolose non autorizzate» (regola cautelare), e della prevedibilità (ed evitabilità), in concreto, dell'evento lesivo non voluto, alla luce del quadro di contesto in cui l'azione si inscrive, secondo il modello dell'«uomo giudizioso».

Sez. 5, n. 49667 del 10/11/2023, Fossatocci, Rv. 285490-01, recita, in massima: «L'elemento psicologico del delitto di omicidio preterintenzionale è una combinazione di dolo, per il reato di percosse o di lesioni, e di colpa in concreto, per l'evento mortale.».

La decisione muove dalla presa d'atto della sopravvivenza, rispetto alle Sez. U, Ronci e nonostante le chiare indicazioni provenienti dal Massimo Consesso di legittimità sulla attribuzione soggettiva dell'evento non voluto, riferibili anche all'omicidio preterintenzionale, di differenti paradigmi interpretativi sulla imputazione dell'evento morte non voluto dall'agente, letture riconducibili alla logica del *versari in re illicita.*

Secondo l'orientamento maggioritario, l'elemento soggettivo del delitto di cui all'art. 584 cod. pen. è unicamente costituito dal dolo di percosse o di lesioni dalle quali sia derivata, quale evento non voluto dall'agente, la morte della vittima: e ciò, sulla base della considerazione che la prevedibilità dell'evento più grave è stata valutata, una volta per tutte, dal legislatore, in quanto insita nell'area di rischio connessa alla condotta di aggressione che si concretizza nella condotta di percosse o lesioni, per cui l'agente, a fronte della probabilità *ex lege* della verificazione di un evento più grave di quello voluto, sarebbe automaticamente consapevole circa l'eventualità di derivazione, dalla sua condotta, della morte della persona offesa.

Viene dato dà altresì conto di pronunce (**Sez. 1, 19611 del 26/04/2006, Grillo, Sez. 1, n.37385 del 22/09/2006, Ivascu, Sez. 5, n. 46467 del 27/09/2022, D., Rv. 283892-01**) che, conformandosi alla giurisprudenza costituzionale, hanno optato per la tesi che richiede, ai

fini dell'attribuzione soggettiva dell'evento morte, non voluto, annoverabile tra gli elementi più significativi della fattispecie, la concreta sua prevedibilità ed evitabilità, rimarcando come, nella interpretazione che prescinde dal concetto di prevedibilità in concreto circa l'evento morte, si annida, sotto mentite spoglie, una vera e propria forma di responsabilità oggettiva.

Così, soltanto l'accertamento della prevedibilità in concreto dell'evento non voluto « (..) *è in grado di assicurare alla fattispecie di omicidio preterintenzionale un elemento psicologico in linea con la nozione di colpevolezza nella pregnante accezione delineata e individuata come costituzionalmente necessaria dal giudice delle leggi*», atteso che il principio di personalità della responsabilità penale – da intendersi, non solo come divieto di responsabilità per fatto altrui, ma anche quale divieto di attribuzione di un fatto incolpevolmente determinato dall'agente –, oltre a vincolare il legislatore, rappresenta canone interpretativo per il giudice.

Il fondamentale passaggio motivazionale – che fa seguito alla citazione delle due sentenze della Corte costituzionale n. 364 e 1085 del 1988, con il conseguente stigma per le forme di attribuzione della responsabilità sulla base della logica del *versari in re illicita* – riprende le affermazioni di Corte cost., sent. n. 322 del 2007, offrendone piena e compiuta valorizzazione, nella misura in essa si esorta alla lettura della disposizione secondo i dettami dell'interpretazione costituzionalmente orientata che pone l'interprete di fronte all'imprescindibile dovere di interpretare una disposizione di legge, ove il suo tenore letterale non costituisca insormontabile ostacolo, *secundum Constitutionem*.

Così, come è avvenuto con la sentenza Sez. U, Ronci, che ha conferito della disposizione *ex* art. 586 cod. pen. la lettura che consentiva di garantirne la conformità a Costituzione.

E, in sintonica armonia con le affermazioni della Corte costituzionale, si ricorda che il principio di colpevolezza non tollera alcun sacrificio sull'altare di una più efficace tutela di altri valori, pure di rango costituzionale, rivelandosi, di conseguenza, non condivisibile l'argomento – speso in molte delle decisioni che aderiscono al criterio dell'attribuzione oggettiva dell'evento morte – afferente all'omogeneità dei valori tutelati dalle disposizioni incriminatrici in oggetto (artt. 581, 582, 584 cod. pen.), tale da giustificare l'attribuzione dell'evento non voluto sulla base del solo nesso di causalità.

In definitiva, l'evento mortale «*deve essere caratterizzato dal coefficiente di imputazione soggettiva della colpa in senso stretto, necessario ad evitare un manifesto contrasto della fattispecie ex art. 584 cod. pen. con l'art. 27 Cost. Il che rappresenta un argomento decisivo autosufficiente per sostenere la tesi cui aderisce il Collegio*».

Questa ultima affermazione appare di particolare importanza, intendendo la Corte prendere così netta posizione circa la (ir)rilevanza degli ulteriori argomenti – tra tutti, assunta eterogeneità tra delitto di cui all'art. 586 cod. pen. e quello che ci occupa -, tesi a ritenere inoperanti le chiare statuizioni della sentenza Ronci rispetto all'omicidio preterintenzionale.

In altre parole, è dirimente, nella elaborazione della Corte, la consonanza tra criterio di attribuzione della responsabilità per l'evento non voluto e art. 27 Cost., ciò che scolora, fino a relegare sul terreno dell'irrilevanza, i temi impiegati dalla giurisprudenza nelle pronunce che, pretermettendo, per scelta esplicita o indiretta, il precetto costituzionale, finiscono per aderire al paradigma della responsabilità oggettiva.

Riprendendo i passaggi motivazionali più significativi delle Sez. U, Ronci viene fatto di rammentare che «*il criterio della prevedibilità in astratto è invocato come mero omaggio formale al principio di colpevolezza*», richiamo che non consente di discostarsi dall'attribuzione dell'evento non voluto su base oggettiva, così come si assimila al paradigma della responsabilità oggettiva la teoria della "colpa presunta per violazione della legge penale", essendo la responsabilità dell'evento morte ascritta sulla base del solo nesso di causalità.

Nell'aderire al percorso indicato dalle Sezioni unite, è quindi necessario compiere l'avvenuta violazione di una norma cautelare di condotta, non derivante dalla norma incriminatrice e, in seconda battuta, deve essere accertata la prevedibilità ed evitabilità dell'evento non voluto, all'esito di un giudizio svolto in concreto, alla luce di tutti gli elementi fattuali che hanno caratterizzato la situazione, il contesto in cui l'agente si è mosso e la potenziale pericolosità della sua condotta di base (percosse/lesioni) rispetto alla vita e all'altrui incolumità.

E ciò, anche alla luce delle statuizioni espresse da Corte cost., sent. n. 1085 del 1988 che – sottolinea il Collegio – «*ha esplicitamente riferito il requisito della colpa anche ad attività illecite*», con ciò dissolvendo i dubbi di coloro che non fosse logicamente compatibile con la commissione di un illecito doloso il rimprovero per non avere assunto ogni cautela prudenziale che ne avrebbe evitato conseguenze ulteriori e non volute, atteso che la nozione di colpa non vede logiche e giuridiche restrizioni di operatività, insistendo anche sugli autori dei delitti dolosi il dovere di evitare la verificazione di eventi più gravi, prevedibili dalla trasgressione delle comuni regole prudenziali.

Se taluno ancora coltivava dubbi circa la compatibilità del paradigma della colpa rispetto a condotte dolose – e nonostante le chiare statuizioni del Giudice delle leggi – il legislatore della legge 7 febbraio 1990, n. 19, che ha modificato l'art. 59, comma secondo, cod. pen., li ha implicitamente risolti, atteso che la riforma del criterio di attribuzione delle circostanze aggravanti ha reso possibile una combinazione di dolo (relativamente al delitto base) e colpa (relativamente all'elemento circostanziale aggravatore).

Viene inoltre rilevato che una presunzione, come quella che si pretende insita nella valutazione di consequenzialità, operata dal legislatore, della morte (non voluta) rispetto a condotte di percosse o lesioni, ha natura assoluta e, come tale, si pone in contrasto con il principio di uguaglianza: la Corte costituzionale (sent. n. 195 del 2015, n. 232 e 213 del 2013, n. 182 e 164 del 2011, n. 265 e 139 del 2010) ha segnalato l'incompatibilità, nel diritto penale, del paradigma della presunzione assoluta per contrasto con l'art. 3 Cost.

E, prosegue il Collegio, non si ritrova alcuna massima di esperienza indicativa del fatto che, da condotte di percosse o di lesioni – che, anche per l'ampia lettura conferita dalla giurisprudenza alla nozione di lesione, quale alterazione anatomico-funzionale ravvisabile anche a fronte di un solo livido – sia prevedibile la derivazione della morte della vittima, quale conseguenza non voluta dall'agente: del resto, le Sez. U, Ronci hanno escluso una ricorrenza sequenziale tra cessione di stupefacente e morte dell'assuntore, richiedendo, ai fini della configurabilità dell'art. 586 cod. pen., l'accertamento della colpa in concreto, ancorata alla violazione di norme cautelari ed a un coefficiente di prevedibilità ed evitabilità, per l'agente, dell'evento non voluto.

Se ritenessimo che l'attribuzione dell'evento morte nell'art. 584 cod. pen. deve avvenire sulla base di un diverso criterio (non soggettivo ma oggettivo) si imporrebbe al giudice di sollevare questione di legittimità costituzionale per contrasto della disposizione con l'art. 27 Cost., per il quale deve sussistere la colpa dell'agente in relazione agli elementi più significativi della fattispecie, tra cui va indubbiamente posto l'evento morte.

5.3. Le più recenti decisioni afferenti all'omicidio preterintenzionale: dolo di lesioni o percosse e prevedibilità in relazione all'evento-morte.

Nelle più recenti decisioni della Quinta Sezione, si evidenzia un riposizionamento rispetto a quanto affermato dalla sentenza Fossatocci e rispetto alle decisioni, anche risalenti, che costruiscono la preterintenzione come dolo di percosse o di lesioni e colpa, in relazione all'evento, non voluto, più grave rispetto a quello oggetto di volontà dolosa.

Questo orientamento, pur ponendo la preterintenzione nell'alveo della responsabilità *colpevole*, si discosta dal paradigma della preterintenzione come dolo misto a colpa, associando, invece, l'evento non voluto alla sola prevedibilità in concreto da parte dell'agente.

Si è accennato alla sentenza **Sez. 5, n. 23926 del 02/05/2024, Sansone, cit**., la quale segue una diversa strada nella ricostruzione dell'elemento soggettivo della preterintenzione, sintetizzabile con l'assunto, in essa contenuto, secondo cui «*Ai fini dell'attribuzione dell'evento morte non voluto, la prevedibilità è sufficiente*».

L'indirizzo di cui si tratta, condivide il rifiuto delle teorie che finiscono per sfociare nella attribuzione oggettiva dell'evento non voluto, ma, ciò non di meno, muove alcuni rilievi critici anche alla tesi recepita e sviluppata nelle due sentenze Sez. 5, Fossatocci, cit. e Sez. 5, D., cit., ovvero alla ricostruzione dell'elemento soggettivo della preterintenzione come dolo misto a colpa.

Sotto un primo profilo, si rievocano le difficoltà logico-giuridiche a configurare la colpa in capo a chi, volontariamente ledendo o percuotendo, cagioni la morte, non voluta, della vittima, poiché sarebbe arduo ravvisare la violazione di regole cautelari nell'agire illecito, sia nella forma della colpa generica, sia in quella specifica.

E comunque, secondo il Collegio, anche ad ipotizzare l'esistenza di una regola cautelare cui fare riferimento in tali contesti, resterebbe insuperata la difficoltà di individuare la figura dell'agente modello cui parametrare la condotta e l'enucleazione, di pari difficoltà, del comportamento alternativo lecito.

Alla luce delle esposte criticità, il Collegio afferma che «*nell'omicidio preterintenzionale il principio di colpevolezza è rispettato con il solo giudizio della prevedibilità in concreto*», in capo all'agente, dell'evento morte, quale possibile epilogo della condotta violenta, sulla base di un giudizio che sia rapportato alle concrete circostanze fattuali dell'azione.

A tale fine, la Corte richiama le coordinate tratteggiate dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 42 del 1965, relativa all'art. 116 cod. pen. che, in tema di responsabilità cd. anomala, per il reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, pronunciando una sentenza interpretativa di rigetto, ebbe ad affermare, con principio successivamente sviluppatosi nella giurisprudenza di legittimità, che il criterio di imputazione del reato diverso risiede nella prevedibilità in concreto, per il cui accertamento deve tenersi conto di tutte le peculiarità del caso di specie: per tale via, si garantisce la sussistenza del coefficiente di partecipazione, anche psichica, rispetto al fatto diverso, non voluto dal concorrente al quale, in tanto è ascrivibile la responsabilità per tale fatto, in quanto esso sia rappresentabile alla mente dell'agente, quale sviluppo logicamente prevedibile rispetto all'ordinaria sequenza degli accadimenti umani.

La graduazione del coefficiente psicologico – alla luce del fatto che il reato diverso da quello voluto è imputato sulla base della prevedibilità della evoluzione fattuale sfociata nella sua commissione giusta deliberazione di uno dei concorrenti – è ritenuto dalla Corte costituzionale coerente rispetto alla natura della fattispecie e ai beni giuridici tutelati, secondo il paradigma operante, in giurisprudenza, per i delitti aggravati dall'evento, ove, ai fini dell'attribuzione dell'evento aggravatore (non voluto), occorre accertare che la sua verificazione fosse prevedibile dall'agente.

È cruciale – ammonisce la Corte – che sia svolto un accertamento, in concreto, degli indici fenomenici in cui si inscrive l'evento, allo scopo di ricadere nella prevedibilità in astratto, foriera di slittamenti verso la responsabilità oggettiva, che riaffiora laddove, in luogo della ricostruzione *case by case*, si proceda per astrazioni.

Tale operazione deve essere condotta, valorizzando, secondo l'insegnamento delle Sez. U, Ronci, «*tutte le circostanze del caso concreto che facciano prevedere l'evento morte*», non senza tenere conto che, nell'omicidio preterintenzionale, la condotta di base è origi-

nariamente contrassegnata da una marcata dimensione di pericolosità, essendo pertanto necessario ricalcare sull'agente la effettiva proiezione di tale pericolosità rispetto alla sua concreta condotta.

La soluzione prospettata dal Collegio riposa su di un certo scetticismo verso la possibilità di ravvisare la colpa in ambito doloso – tali le percosse e lesioni primigenie -, con la conseguente difficoltà ad individuare una norma cautelare, pur configurante colpa generica, sulla cui base formulare il giudizio di rimproverabilità.

Ma si intravede altresì, in controluce, la considerazione che i delitti base di percosse e lesioni siano ontologicamente muniti della capacità di introdurre un coefficiente di pericolo nella realtà fattuale sulla quale si innestano e che, di conseguenza, in tanto è garantita la compatibilità del dato normativo con il principio di colpevolezza, in quanto sia accertata la sola prevedibilità del fatto non voluto.

In conclusione, ad avviso della Corte, tale criterio, sintonico con il principio di colpevolezza, consentirebbe altresì di rispettare la finalità rieducazione della pena ed il suo corollario, il principio di proporzionalità tra la misura della colpevolezza e la sanzione edittale comminata dalla legge per un determinato illecito penale.

In altre parole, la severa risposta sanzionatoria apprestata dall'art. 584 cod. pen. risulta proporzionale (e quindi giustificata) rispetto alla condotta, avendo essa introdotto un fattore di rischio prevedibile all'agente, al quale è pertanto attribuita la responsabilità per l'evento non voluto.

Due osservazioni scaturiscono da quanto statuito nella sentenza Sansone: la soluzione prospettata dal Collegio, pur nell'intento di perseguire il rispetto del principio di colpevolezza, non ritiene percorribile la strada della colpa nell'attività illecita, con ciò, tuttavia, trascurando che la Consulta ha esplicitamente riconosciuto la compatibilità della colpa rispetto all'attività illecita (così, definitivamente, Corte cost., sent. n. 1085 del 1988), sicché il richiamo a quanto enunciato nella precedente decisione della Consulta – Corte cost., sent. n. 42 del 1965 – non sembra legittimare ad una lettura minimalista della successiva e puntuale elaborazione della Consulta medesima in tema di colpevolezza.

Ciò precisato, si pone nello stesso solco della sentenza Sansone, **Sez. 5, n. 34342 del 05/07/2024, Matin, Rv. 286931-01**, che ha analogamente affermato: «L'elemento psicologico del delitto di omicidio preterintenzionale è una combinazione di dolo, per il reato di percosse o di lesioni, e di prevedibilità in concreto, per l'evento mortale. (Nella fattispecie, la Corte ha ritenuto sussistente il coefficiente psicologico della prevedibilità in concreto alla luce delle modalità dell'aggressione subita dalla vittima, oggetto di duplice manovra di bloccaggio e compressione di dorso e torace, ed il cui capo era interamente coperto da un cappuccio che gli ostruiva la vista e le vie respiratorie).».

Limitando l'analisi alla trattazione, da parte della Corte, del tema relativo all'elemento soggettivo (par. 4 della sentenza), sono state rammentate le teorie dell'attribuzione dell'evento non voluto e quella dell'"intenzione di risultato", quest'ultima seguita dalla giurisprudenza maggioritaria, e la declinazione, che ha segnato un'apertura all'ingresso della colpa nella costruzione della preterintenzione, secondo cui l'evento morte deve essere pur sempre il prodotto della situazione di pericolo generata dall'agente, dovendo, per contro, essere esclusa la preterintenzione, per lasciare posto alla colpa, a fronte di evento mortale cagionato da una serie causale diversa da quella originata dalle percosse o lesioni primigenie (in tale senso, **Sez. 5, n. 15269 del 21/01/2022, Bouimadaghen, Rv. 283016-01; Sez. 5, n. 3946 del 03/12/2002, Belquacem, Rv. 224903-01**).

Si sofferma, altresì, sulle decisioni, tra cui **Sez. 5, n. 49667 del 10/11/2023, Fossatocci, cit.**, **Sez. 1, n. 19611 del 26/04/2006, Grillo, non massimata**, **Sez. 1, n. 37385 del**

22/09/2006, Ivascu, non massimata) che hanno impostato la preterintenzione quale dolo misto a colpa ma, pur apprezzandone la coerenza sistematica, aderisce alla lettura accolta nella **Sez. 5, n. 23926 del 02/05/2024, Sansone**, cit. di cui richiama le osservazioni critiche alla teoria del dolo misto a colpa.

Così, si afferma, con riferimento alla sentenza Sansone che «*l'esigenza di rispetto del principio di colpevolezza appare utilmente perseguita ritenendo condizione necessaria e sufficiente per l'addebito ex art. 584 cod. pen. che l'evento morte sia riconducibile all'autore della condotta in termini di "prevedibilità in concreto" delle conseguenze letali della condotta diretta a percuotere o ledere*», esegesi che poggia, tra l'altro, sulla sentenza Corte cost. n. 55 del 2021 che, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, comma quarto, cod. pen., nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 116, comma secondo, cod. pen. sulla recidiva *ex* art. 99, comma quarto, cod. pen., affermando che l'imputazione soggettiva di un reato è imprescindibile da un criterio di riferibilità soggettiva, ha tuttavia precisato che tale criterio può essere oggetto di graduazione che, nel caso di reato diverso da quello voluto, riposa sulla prevedibilità in concreto di tale diverso illecito penale da parte del concorrente anomalo.

In altre parole, in tanto al concorrente che non abbia voluto il diverso reato è imputabile il differente reato realizzato, in quanto esso sia rappresentabile come sviluppo logicamente prevedibile di quello voluto.

Questa ricostruzione valorizza, inoltre, «*la condizione di pericolo in cui l'autore del fatto si pone dando luogo ad una condotta etero-aggressiva*» richiedendo, in ogni caso, che l'evento morte sia prevedibile sulla scorta di dati obiettivi, evinti dalle circostanze di tempo, di luogo e alle condizioni della vittima.

Infine, questa tesi ha il pregio di non contrastare con l'art. 43 cod. pen. e le forme dell'elemento soggettivo previste dal legislatore, il quale ha categorizzato, autonomamente, la preterintenzione, tanto rispetto al dolo, quanto rispetto alla colpa.

Dopo di che, il tema della individuazione degli indici secondo i quali la condotta può essere ritenuta "concretamente prevedibile" riguarda, come aveva già ricordato Sez. 5, Sansone cit., le circostanze di tempo, di luogo relative alla commissione del fatto, le condizioni della vittima le quali, se percepite dall'agente, consentano di prevedere i possibili risvolti infausti della aggressione, ulteriori, rispetto a quanto voluto dall'agente.

Decidendo su di un ricorso afferente ad un incidente di esecuzione, **Sez. 7, ord. n. 40934 del 10/10/2024, Alessio, Rv. 287177-01** – «Non è ravvisabile il vincolo della continuazione tra delitto doloso ed omicidio preterintenzionale, caratterizzato dalla necessaria assenza di volontà per l'evento più grave, indipendentemente dall'adesione alla tesi del dolo misto a colpa, a quella del dolo e prevedibilità in concreto per l'evento più grave, ovvero alla prospettiva dell'unità del dolo con prevedibilità dell'evento più grave assorbita nell'intenzione di risultato.» – affronta, risolvendolo in prevedibile senso negativo, il problema della compatibilità del vincolo della continuazione tra delitto preterintenzionale e delitto doloso.

Nella specie, si trattava di ricorso avverso l'ordinanza del giudice dell'esecuzione che aveva respinto la istanza di riconoscimento, in sede esecutiva, della continuazione tra il delitto di estorsione continuata in danno dei nonni materni e quello di omicidio preterintenzionale della nonna materna dell'imputato, avvenuti in un arco spazio unitario. Nel giudicare il ricorso inammissibile, la Corte ha dato conto delle tre teorie sulla cui base, in giurisprudenza, viene ricostruito l'elemento soggettivo della preterintenzione, facendo rilevare che costituisce dato comune ai vari orientamenti la mancanza di volontà circa l'evento più grave.

Quindi, disattesa la tesi del ricorrente, il quale, sulla scorta del fatto che la decisione emessa in sede di cognizione aveva aderito all'orientamento della preterintenzione quale dolo di

percosse o di lesioni, rispetto al quale la disposizione di cui all'art. 43 cod. pen. assorbe la prevedibilità dell'evento più grave nell'intenzione di risultato, ventilava, valorizzando il dolo di lesioni, la ravvisabilità della continuazione, la Corte ha affermato che l'unicità di disegno criminoso consiste nella ideazione di contemporanea di una pluralità di azioni illecite sorrette dal dolo: in definitiva, non è possibile affermarsi che l'evento non programmato, ma semplicemente prevedibile, possa essere ricondotto al concetto di identità di disegno criminoso di cui all'art. 81 cod. pen.

Sez. 5, n. 43093 del 16/10/2024, Loi, cit., si pone sulla linea di **Sez. 5, n. 23926 del 02/05/2024, Sansone, cit. e Sez. 5, n. 34342 del 05/07/2024, Matin, cit.**, secondo un orientamento, sviluppatosi recentemente nell'ambito della Quinta Sezione che, al fine di recuperare coerenza con il principio di colpevolezza, ma, d'altro canto, non persuasa della tesi del dolo misto a colpa, percorre la via della attribuzione dell'evento non voluto, sulla base della prevedibilità, in concreto, della sua verificazione.

La decisione prende atto che, secondo l'orientamento maggioritario, la preterintenzione è volontà di infliggere percosse o di provocare lesioni, all'unica condizione che la morte della vittima sia causalmente connessa a tale aggressione, in quanto, per espressa previsione legislativa, l'agente risponde dell'evento più grave, essendo probabile che da un'azione violenta contro la persona, derivi la sua morte. (*Ex multis*, **Sez. 5, n. 35582 del 27/06/2012, Tarantino, cit**., e, da ultimo, **Sez. 5, n. 36402 del 03/04/2023, Ursu, cit.**).

Dà altresì conto delle decisioni che hanno proteso per il dolo misto a colpa (per tutte, Sez. 5, n. 49667 del 10/11/2023, Fossatocci, cit.), per preferire, tuttavia, la terza via, segnata da Sez. 5, 02/05/2024, Sansone, cit., della prevedibilità in concreto dell'evento più grave.

E ciò, in sintesi, sulla base dei seguenti argomenti:

- Corte cost., sent. n. 55 del 2021, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, comma quarto, cod. pen., ove vieta il giudizio di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 116, comma secondo, cod. pen. in bilanciamento con la recidiva di cui all'art. 99, comma quarto, cod. pen., si è mossa secondo l'angolazione prospettica, ai fini dell'attribuzione al concorrente che non l'abbia voluto, della prevedibilità in concreto per il reato diverso o più grave rispetto a quello voluto;

- gli approdi più recenti della giurisprudenza in tema di maltrattamenti in famiglia (**Sez. 6, n. 8097 del 23/11/2021, dep. 2022, P., Rv. 282908-01**) fanno impiego del criterio di attribuzione soggettiva della prevedibilità in concreto dell'evento morte (nella specie, suicidio della vittima), da parte del soggetto maltrattante;

- non sarebbe accettabile l'assunto per cui la valutazione della prevedibilità dell'evento sarebbe insita nella norma che sanziona la causazione dell'evento più grave, non solo perché, ricomprese nelle percosse tutte quelle manomissioni violente dell'altrui persona, sarebbe inaccettabile sostenere la probabilità che ne possa derivare la morte della vittima, ma soprattutto per l'incompatibilità del meccanismo presuntivo assoluto in ambito di responsabilità penale (Corte cost., sent. n. 191 del 2020);

- presenterebbe insormontabili difficoltà individuare – ove si aderisse alla tesi del dolo misto a colpa – l'autonoma violazione di regole cautelari in contesti illeciti e non potendo funzionare, in tale caso, caratterizzato dall'unitarietà della condotta, il modello bifasico (dolo nel primo segmento comportamentale, colpa nella seconda fase), trattandosi, per l'appunto, di azione unitariamente connotata.

6. La giurisprudenza sul concorso di persone cd. anomalo: cenni.

Un *fil rouge* lega **Sez. 5, n. n. 23926 del 02/05/2024, Sansone, cit.** alla sentenza della Corte cost. n. 42 del 1965, cui fa esplicito richiamo: ad avviso del Collegio, la risalente deci-

sione della Consulta racchiude un generale criterio di attribuzione dell'evento (non voluto), ove sia accertata la sussistenza della prevedibilità da parte dell'agente.

Con la nota pronuncia, interpretativa di rigetto, la Corte costituzionale ebbe ad affermare, con principio successivamente recepito e sviluppato nella giurisprudenza di legittimità, che il modello di imputazione del reato diverso da quello voluto risiede nella prevedibilità della sua verificazione da parte del concorrente che non ha compiuto l'azione tipica.

È chiaro che debbono tenersi distinte, per le connesse e intuibili ricadute, la prevedibilità in astratto, cui fece ricorso la Corte costituzionale, dalla prevedibilità in concreto, dovendo fin d'ora evidenziarsi che i più recenti approdi giurisprudenziali si attestano, per l'appunto, su questa seconda declinazione, quale parametro di attribuzione del reato diverso al concorrente che non ha voluto il reato ulteriore, per il cui accertamento deve tenersi conto di tutte le peculiarità del caso di specie.

Per tale via, viene garantita la sussistenza del coefficiente di adesione psichica rispetto al fatto diverso e non voluto dal concorrente che in tanto gli può essere ascritto, in quanto è rappresentabile alla sua mente, quale sviluppo logicamente prevedibile rispetto all'ordinaria sequenza degli accadimenti umani e in quella specifica situazione fattuale.

In altre parole, l'accento viene posto sulla necessità di accertare il coefficiente di partecipazione psichica del concorrente *anomalo* rispetto al fatto voluto da altro compartecipe nel reato. Resta il fatto, ai fini di una ipotizzabile disparità di trattamento sanzionatorio, anche considerata la prevista attenuazione di pena, la natura *anomala* di siffatta responsabilità, atteso che il concorrente è chiamato, sulla base di un atteggiamento colposo, a rispondere di un reato doloso.

Così, con **Sez. 5, n. 32162 del 19/06/2024, M., Rv. 286874-01**, a fronte dei riaffiorati dubbi di costituzionalità, sono stati espressi i principi così massimati: «In tema di concorso anomalo di persone nel reato, è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 116 cod. pen. in relazione all'art. 27 Cost., atteso che, per un verso, l'evento non voluto non è imputato all'agente a titolo di responsabilità oggettiva, bensì di colpa in concreto rispetto alla previsione ovvero alla prevedibilità dell'evento non voluto posto in essere da uno o più concorrenti nel delitto voluto, tenuto conto delle caratteristiche dello stesso, delle modalità della condotta e della personalità del reo e, per altro verso, la previsione di una circostanza attenuante va a riequilibrare il trattamento sanzionatorio per il reato non voluto.» e « In tema concorso anomalo di persone nel reato, è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 116 cod. pen. in relazione all'art. 3 Cost., con riferimento al trattamento sanzionatorio meno grave previsto dall'art. 83 cod. pen. per il reato aberrante monolesivo, trattandosi di istituti non identici tra loro, in quanto, mentre nella cd. *"aberratio delicti"* il soggetto agente è uno solo e la condotta colposamente posta in essere è diversa da quella dolosamente preordinata, l'istituto di cui all'art. 116 è connotato da una maggiore pericolosità determinata dall'azione criminosa collettiva, nonché dal colposo affidamento del soggetto che non ha voluto il reato diverso, all'attività dolosa altrui su cui non ha alcun dominio.».

Il tema della diversa risposta punitiva apprestata dal legislatore a fronte di condotte monosoggettive e concorsuali viene risolto con l'argomento del maggior grado di potenzialità offensiva di queste ultime, profilo che viene parimenti evocato nelle decisioni che ricostruiscono la preterintenzione come "prevedibilità di un evento più grave nell'intenzione di risultato", (anche) allo scopo di giustificare l'inapplicabilità, in questo ambito, dei chiari enunciati delle Sez. U, Ronci.

Sembra restare irrisolto il tema, afferente al principio di proporzionalità tra fatto e sanzione (art. 27 Cost.), ma anche quello, più strettamente connesso al principio di ugua-

glianza, per cui, incrinandolo, a fronte del contributo colposo del concorrente anomalo, il sistema risponde con l'irrogazione della pena prevista per il delitto doloso, disparità che si coglie pure rispetto al paradigma dell'art. 83 cod. pen., laddove il diverso delitto commesso per colpa rispetto a quello voluto viene attribuito a titolo di colpa, ove previsto dalla legge come delitto colposo.

Il principio di diritto espresso da **Sez. 1, n. 11495 del 12/10/2022, dep. 2023, Dahret, Rv. 284246-01**, «In tema di concorso anomalo *ex* art. 116 cod. pen., la responsabilità del concorrente, quali che siano il suo grado di partecipazione e il suo ruolo, trova fondamento nel necessario affidamento alla condotta e alla volontà dei compartecipi, che gli impone di non sottovalutare il pericolo che taluno di essi, deviando dall'azione esecutiva concordata per fronteggiare eventuali difficoltà improvvisamente sopravvenute, possa realizzare un reato diverso da quello inizialmente previsto.», se chiarisce con nettezza la *ratio* che ispira la disciplina dell'art. 116 cod. pen., impone di rammentare come il principio di colpevolezza imponga di accertare la concreta prevedibilità, da parte del concorrente *anomalo*, dell'evento non voluto, che deve essere rappresentabile alla sua mente in quanto sviluppo logicamente prevedibile rispetto all'ordinaria sequenza degli accadimenti che, nel caso concreto, si sono susseguiti.

La necessaria valorizzazione di quest'ultimo profilo giustifica l'affermazione del seguente principio di diritto «In tema di concorso anomalo, la diminuente di cui all'art. 116, comma secondo, cod. pen. esclude il riconoscimento della continuazione tra i più reati commessi, trattandosi di categorie concettualmente incompatibili, che postulano, l'una, la mera prevedibilità dell'evento ulteriore, l'altra la piena volizione anche di quest'ultimo nel quadro della programmazione unitaria del piano delittuoso. (In applicazione del principio, la Corte ha escluso la continuazione tra il delitto di omicidio, per il quale era stata riconosciuta la diminuente del concorso anomalo, e quello di rapina).» (**Sez. 1, n. 25445 del 22/03/2024, Velluso, Rv. 286596-02**; conf. Sez. 1, n. 11595 del 15/12/2015, dep. 2016, Cinquepalmi, Rv. 266648-01), affermazione che evoca quanto statuito con riferimento all'esclusione della configurabilità della continuazione tra omicidio preterintenzionale e altro delitto volontario, commesso dal medesimo agente (**Sez. 7, ord. n. 40934 del 10/10/2024, cit**.).

Si distingue per una accurata ricostruzione del quadro epistemico in cui si colloca la responsabilità anomala **Sez. 5, n. 306 del 18/11/2020, dep. 2021, Tasca, Rv. 280489-01.**

Essa afferma il principio così massimato: «In tema di concorso anomalo *ex* art. 116 cod. pen., l'affermazione di responsabilità per il reato diverso commesso dal concorrente richiede la verifica della sussistenza di un nesso, non solo causale ma anche psicologico, tra la condotta del soggetto che ha voluto soltanto il reato meno grave e l'evento diverso, che si identifica con il coefficiente della colpa in concreto, da accertarsi, secondo gli ordinari criteri della prevedibilità del diverso reato, sulla base della personalità dell'esecutore materiale e del contesto fattuale nel quale l'azione si è svolta.», ricorrendo, con rigore sistematico, alla nozione di colpa, al cui concreto accertamento la Corte esorta.

L'analisi svolge una approfondita disamina in ordine al principio di colpevolezza, evidenziando la svolta che, in tema, ha rappresentato la pronuncia della Corte cost. n. 364 del 1988, decisione la cui incidenza viene colta a pieno dal Collegio, laddove, nel valorizzare anche i correlati enunciati della sentenza "gemella" Corte cost., n. 1085 del 1988 e pure con la successiva Corte cost., n. 322 del 2007, sottolinea il cambio di passo, impresso dalla giurisprudenza costituzionale in tema di principio di colpevolezza.

Le Sez. U, Ronci, la connessa critica e il relativo superamento della tesi della prevedibilità in astratto, trovano spazio nella decisione *de qua*, sul rilievo che, anche sul terreno del concorso di persone nel reato, occorre adeguare al dettato costituzionale, attraverso i pre-

visti meccanismi esegetici, quella che, storicamente, costituiva una ipotesi di responsabilità oggettiva.

E, sottilmente, si prendono le distanze da quelle affermazioni giurisprudenziali – **Sez. 6, n. 17052 del 13/12/2017, dep. 2018, Larosa, Rv. 272893-01** («In tema di concorso anomalo *ex* art. 116 cod. pen., il soggetto che non ha voluto il reato diverso, pur avendolo previsto e ritenuto sicuramente evitabile, risponde di un reato doloso sulla base di un atteggiamento colposo, consistente nell'essersi affidato, per realizzare l'altra condotta concorsualmente prevista con dolo, anche all'attività altrui, la quale come tale non è finalisticamente controllabile. (In motivazione la Corte ha precisato che al cospetto di un'azione collettiva si dilata l'onere di previsione a carico dell'aderente al progetto comune, specie nel caso di azione violenta contro una persona)» – che, rieditando il paradigma della colpa in astratto, corrono il rischio di sfumare nella responsabilità oggettiva: a chiare lettere, si enuncia che affidarsi all'altrui azione concorsuale non può, di per sé, connotarsi di profili colposi.

La sentenza Tasca si rifà quindi al concetto di colpa in concreto, che, anche nel caso di concorso ed ai fini dell'attribuzione di responsabilità per il reato diverso rispetto a quello voluto dal concorrente anomalo, impone di accertare, mediante gli ordinari criteri e, segnatamente, alla luce delle caratteristiche e della personalità dell'esecutore materiale e del contesto nel quale l'azione si è svolta, la prevedibilità di quel diverso accadimento illecito da parte del compartecipe.

7. Il mutamento del titolo del reato voluto da taluno dei concorrenti.

Restando in ambito di concorso di persone nel reato – va incidentalmente detto che è pacifica la possibilità di concorrere nel reato proprio per i soggetti che non possiedono la qualifica voluta dalla legge (cd. intraneo) – anche l'elaborazione giurisprudenziale relativa all'art. 117 cod. pen. presenta profili di interesse, nell'economia di questo lavoro.

Nel caso in cui il soggetto estraneo sia a conoscenza della qualifica soggettiva di quello intraneo, nessun dubbio ricorre circa la configurabilità del concorso di costui nel reato proprio.

Il problema sorge nel caso in cui l'estraneo ignori la qualifica del concorrente: in linea di principio, se è commesso un reato proprio esclusivo, tale ignoranza dovrebbe escludere la responsabilità dell'estraneo, mentre, ove si tratti di reato proprio non esclusivo, essa non impedisce di configurare la responsabilità in capo all'estraneo, quanto meno, per il corrispondente reato comune.

La disciplina dell'art. 117 cod. pen. non reca traccia, ai fini dell'operatività del meccanismo del "mutamento del titolo del reato per taluno dei concorrenti", circa la necessità del dolo in capo all'estraneo ma, alla luce del principio costituzionale di necessaria colpevolezza del reato, la giurisprudenza, facendo ricorso allo strumento della interpretazione costituzionalmente orientata, mostra di farsi carico di tale aporia sistemica, cercando di mitigare i rigori della responsabilità oggettiva, nel cui perimetro si colloca anche questo istituto, ancora una volta espressione della logica ispirata al *versari in re illicita*.

In questi termini, risulta essersi pronunciata **Sez. 6, n. 5636 del 28/11/2023, dep. 2024, ACI Global spa, Rv. 286081-01**, così massimata: «In tema di peculato, l'estensione della responsabilità al concorrente "*extraneus*" ai sensi dell'art. 117 cod. pen. presuppone la prova della conoscibilità della qualifica soggettiva pubblicistica del concorrente "*intraneus*", da accertare a titolo quanto meno di colpa in concreto. (Nella specie, la Corte ha annullato con rinvio la condanna affinché si verifichi la consapevolezza della qualifica di incaricato di pubblico servizio del direttore amministrativo di ACI Global s.p.a., esercente

servizi di assistenza alla mobilità, tenuto conto che la "stabilizzazione" giurisprudenziale della controversa natura pubblicistica della controllante ACI s.p.a., per conto della quale il predetto ente operava, è avvenuta solo con la sentenza delle Sezioni Unite civ. n. 8673 del 2019, in epoca successiva ai fatti).».

E, nel medesimo solco, si distingue **Sez. 6, n. 25390 del 31/01/2019, Gorbunova, Rv. 276804-01**, di rilievo anche per la preziosa esplicitazione dell'*interpretatio secundum Constitutionem,* «In tema di concorso di persone, l'estensione al concorrente "*extraneus*" della responsabilità a titolo di reato proprio, ai sensi dell'art. 117 cod. pen., presuppone la conoscibilità della qualifica soggettiva del concorrente "*intraneus*". (In motivazione, la Corte ha precisato che l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art.117 cod. pen. richiede l'accertamento di una responsabilità dell'*extraneus* quanto meno a titolo di colpa in concreto, non essendo consentita l'attribuzione di una responsabilità a titolo di dolo ad un soggetto che senza dolo né colpa non si sia rappresentata l'esistenza della qualifica soggettiva dell'"*intraneus*").», richiamando il criterio della colpa in concreto.

Il Collegio ricostruisce il quadro normativo, così tratteggiandolo: «*L'art. 117 cod. pen. introduce una deroga ai principii che regolano la disciplina della partecipazione criminosa e dell'imputazione dolosa, riferendo il diverso titolo di reato – determinato dalla presenza di determinate condizioni o qualità personali dell'autore ovvero dai suoi rapporti con la persona offesa – a tutti i compartecipi, indipendentemente dalla consapevolezza dello specifico elemento di qualificazione. Si verifica, in tal modo, in ossequio al principio codicistico della unitarietà del titolo di responsabilità concorsuale, una sua estensione a tutti i compartecipi, configurandosi, in termini eccezionali rispetto ai principii che governano l'elemento soggettivo doloso, una ipotesi di responsabilità oggettiva, dalla stessa dottrina definita "anomala", che nella struttura originaria del codice Rocco veniva a collocarsi, quale conseguenza di una situazione storico-fattuale di base connotata dal* versari in re illicita*, sulla stessa linea di rigore repressivo tracciata dal legislatore con riferimento al similare istituto disciplinato nell'art. 116 cod. pen. Entrambe le disposizioni, infatti, secondo l'originario disegno del legislatore, estendono la responsabilità a taluno dei concorrenti su un piano meramente obiettivo, ma nella ipotesi prevista dall'art. 116 il fatto risulta diverso da quello che taluno dei concorrenti si è rappresentato ed ha voluto, mentre in quella disciplinata dall'art. 117 il fatto si presenta identico nella sua materialità, mutando il suo inquadramento giuridico per effetto della qualifica soggettiva ricoperta* dall'intraneus.» e, «(…) *l'attuale disciplina dell'art. 117 cit. si ponga in una problematica relazione di compatibilità con il contenuto pregnante del principio di colpevolezza, in quanto l'imputazione oggettiva degli effetti connessi alle qualità personali che determinano il mutamento del titolo di reato allontana dalla dimensione della colpevolezza un elemento, quello della qualifica soggettiva, che incide in misura qualitativamente rilevante sul reato, modificandone per l'appunto il "titolo": sarebbe pertanto difficile negare, all'interno di una interpretazione costituzionalmente orientata della fattispecie, che anche tale elemento, che concorre a contrassegnarne il disvalore di evento, debba poter essere assistito dal dolo o dalla colpa.(…) Emerge con chiarezza, dalle linee direttrici di tale sintetico quadro ricostruttivo, il contrasto con il principio "personalistico" sancito dall'art. 27, comma 1, Cost. sia della eventuale previsione di forme di responsabilità oggettiva pura o propria, sia del principio* qui in re illicita versatur respondit etiam pro casu *(v., in motivazione, Sez. U, n. 22676 del 22/01/2009, Ronci). Alla luce del principio costituzionale di colpevolezza, così come scolpito all'esito della fondamentale opera di riordino sistematico portata a termine dal Giudice delle leggi, una corretta interpretazione della forma di responsabilità "mutante" originata dall'applicazione della regola generale dettata dall'art. 117 cod. pen. può trovare, sulla scia delle riflessioni avviate da un*

condivisibile indirizzo dottrinale, una solida base di riferimento nella considerazione del principio di prevedibilità-evitabilità come immanente nell'ordinamento giuridico-penale e rimodellarsi, di conseguenza, come responsabilità a titolo di colpa, nel senso che essa può configurarsi solo a condizione che la mancata rappresentazione della qualifica soggettiva sia stata determinata da un atteggiamento colposo dell'estraneo, basando in definitiva l'imputazione del diverso titolo di reato sul profilo attinente ai requisiti di conoscibilità della qualifica.».

Il pregio evidente della ricostruzione sviluppata nella sentenza Gorbunova si apprezza nel puntuale richiamo, ai fini della lettura dell'art. 117 cod. pen., sia della giurisprudenza costituzionale, sia delle Sezioni Unite, Ronci, la cui portata generale viene riconosciuta dal Collegio.

Più risalente, ma non meno significativa per il chiaro quadro tratteggiato in ordine ai rapporti tra artt. 110 e 117 cod. pen., è la decisione **Sez. 1, n.** 39292 del 23/09/2008, Letizia, Rv. 241129-01, massimata nei seguenti termini: «Ai fini dell'applicabilità dell'art. 117 cod. pen., che disciplina il mutamento del titolo del reato per taluno dei concorrenti, è necessario che il fatto commesso dall'estraneo costituisca comunque reato anche in mancanza della qualifica rivestita dall'autore principale. Ne consegue che, quando l'azione del concorrente è di per sé lecita e la sua illiceità dipende dalla qualità personale di altro concorrente, trova applicazione la norma generale sul concorso di persone, di cui all'art. 110 cod. pen. (Fattispecie relativa a falsità materiale in atto pubblico consistita nella sostituzione, in un verbale, degli estremi identificativi di una autovettura, operata da un ufficiale dei carabinieri in concorso con un privato cittadino).».

In motivazione, il Collegio chiarisce che «*L'art. 117 cod. pen. disciplina ipotesi di concorso di persone in reati che richiedono l'esistenza di una speciale qualifica o funzione da parte del soggetto attivo del reato e trova fondamento nella necessità di evitare – nel quadro della concezione unitaria del reato concorsuale – che alcuni siano puniti per un reato ed altri per un diverso titolo, unicamente perché abbiano interferito particolari qualità di un concorrente (o particolari rapporti di costui con la persona offesa). Peraltro, l'ipotesi prevista dall'art. 117 cod. pen. è solo quella in cui il fatto commesso dall'estraneo costituirebbe comunque reato anche in mancanza della qualifica di pubblico ufficiale, rivestita dall'autore principale. Quando, invece, l'azione del concorrente è di per sé lecita e l'illiceità dipende dalla qualità personale di altro concorrente, trova applicazione la norma generale di cui all'art. 110 cod. pen. (…). È, poi, da sottolineare che il richiamo operato dall'art. 117 cod. pen. alle condizioni o alle qualità personali del colpevole (o ai suoi rapporti con l'offeso) non si riferisce ad uno qualsiasi dei concorrenti, ma ad un concorrente che agisca in maniera analoga a quella che, nei casi di esecuzione monosoggettiva dell'illecito, contraddistingue l'autore tra le persone che concorrono nel reato. Occorre, perciò, operare una distinzione a seconda che si tratti di concorrenti che agiscono nello stesso modo che se fossero gli autori esclusivi del fatto criminoso ovvero di concorrenti che restano in una posizione subordinata e accessoria: se l'intraneo rientra nella prima categoria, si ha mutamento del titolo del reato, altrimenti la qualità di intraneo non determina alcuna modificazione sulla qualificazione giuridica del fatto (…)*.».

8. I reati aggravati dall'evento: qualche osservazione sui delitti di maltrattamenti contro familiari o conviventi e di rissa aggravati.

La struttura ed i connessi profili di criticità di cui si è trattato si ripropongono per i reati aggravati dall'evento, categoria con cui si intendono delitti in cui alla fattispecie base dolosa, normalmente caratterizzata da un indice di pericolosità ed integrante il reato base,

è associato un aggravamento di pena per l'ipotesi in cui ne derivi, quale conseguenza non voluta dall'agente, un fatto più grave.

La realizzazione dell'evento più grave (morte, lesioni, disastro) si pone, esattamente come nell'omicidio preterintenzionale, oltre l'intenzione dell'agente, derivando l'interrogativo circa il criterio di attribuzione psicologica di tale evento.

Come è noto, le singole disposizioni incriminatrici attestate su questo paradigma non contengono esplicite indicazioni circa il criterio di attribuzione soggettiva dell'evento aggravatore che, tradizionalmente si riteneva attribuibile all'agente sulla base del solo rapporto causale, secondo il canone del *versari in re illicita*.

Ciò premesso, la più recente giurisprudenza fa registrare un percorso teso alla armonizzazione, rispetto al principio di colpevolezza, anche di tali forme delittuose.

Emblematicamente rappresentativa di questo sforzo giurisprudenziale, **Sez. 6, n. 8097 del 23/11/2021, dep. 2022, P., Rv. 282908-01**, è stata così massimata: «In tema di maltrattamenti in famiglia, l'imputazione soggettiva dell'evento aggravatore, non voluto, della morte della vittima per suicidio postula un coefficiente di prevedibilità in concreto di tale evento come conseguenza della condotta criminosa di base, in modo che possa escludersi – in ossequio al principio di colpevolezza e di personalità della responsabilità penale – che la condotta suicidiaria sia stata oggetto di una libera capacità di autodeterminarsi della vittima, imprevedibile e non conoscibile da parte del soggetto agente.».

Il caso sottoposto a giudizio era relativo a fatti la cui valutazione, giudicata dal Collegio immune da censure, restituiva un quadro di condotte di progressiva e ingravescente nullificazione della persona offesa.

Le vessazioni, fisiche e psichiche, le umiliazioni ripetute al cospetto di terzi, le richieste continue di denaro, avevano provocato una progressiva elisione della capacità della donna di autodeterminarsi.

Il giorno del suicidio, in una sorta di disperata ribellione, aveva detto all'uomo che, se non avesse smesso di tenere quelle condotte, si sarebbe buttata dalla finestra, gesto che era stato portato a effettivo compimento.

Accanto alla sussistenza del nesso causale tra le descritte condotte di sopraffazione ed il suicidio, la Corte ha ritenuto che fosse stato correttamente accertato anche l'elemento psicologico del reato, osservando, con particolare riferimento all'ipotesi in cui dalle condotte maltrattanti sia seguito il suicidio della vittima, che «*Il tema, come è noto, attiene alla compatibilità di un delitto aggravato dall'evento morte per suicidio con il principio di colpevolezza, così come delineato dalla giurisprudenza costituzionale (Corte cost., n. 364 del 1988; n. 1085 del 1988); è necessario che l'evento ulteriore, per essere attribuito all'agente, sia ancorato a un coefficiente di prevedibilità concreta del rischio derivante dalla consumazione del reato base*», evento che non è possibile ascrivere all'agente, nel caso in cui sia imprevedibile tale epilogo, essendo demandato al giudice di accertare, secondo il meccanismo della cd. prognosi postuma, l'esistenza di segnali dai quali l'agente stesso avrebbe potuto prevedere, alla luce dei dettami di Sez. U, Ronci, il successivo suicidio.

La Sez. 6, cit., si salda con la precedente, anch'essa relativa ad un caso di suicidio della vittima di maltrattamenti, così massimata «In tema di reato di maltrattamenti in famiglia, l'imputazione soggettiva dell'evento aggravatore, non voluto, della morte della vittima per suicidio ne richiede la prevedibilità in concreto come conseguenza della condotta criminosa di base, in modo che possa escludersi che sia stato oggetto di una libera capacità di autodeterminarsi della vittima.» (**Sez. 6, n.** 12129 del 29/11/2007, **dep. 2008, P., Rv. 239585-01**), nel cui corpo motivazionale, anteriore alle Sez. U, Ronci, il Collegio afferma come, in casi siffatti, si tratta di accertare, al fine di non incorrere nel divieto di responsabilità oggettiva

di cui all'art. 27 Cost., se l'evento ulteriore, più grave e non voluto dall'agente possa essergli rimproverato, giudizio che postula la verifica, in capo al medesimo, della colpevolezza, in proposito cristallizzata nella nuova disciplina, a seguito delle modifica apportate, con la legge 7 febbraio 1990, n. 3, all'art. 59, comma secondo, cod. pen. circa il regime di imputazione delle circostanze aggravanti.

Con specifico riferimento al suicidio della vittima, il Collegio precisa che, ai fini della attribuzione del tragico epilogo all'autore dei maltrattamenti, è necessario accertare che esso sia conseguenza prevedibile della condotta di base, potendosi escludere che invece sia frutto della imprevedibile scelta della vittima, indagine che postula una attenta ricerca dei concreti sintomi in base ai quali verificare la prevedibilità del suicidio, unica ipotesi a fronte della quale l'agente sarà rimproverabile per quanto accaduto.

Sembra potersi cogliere, in giurisprudenza, una certa convergenza sul terreno del principio di colpevolezza anche nell'ambito delle pronunce relative al delitto di rissa aggravata.

Per il caso in cui si verifichi l'evento aggravatore delle lesioni o della morte, non volontariamente causate, recentemente si è affermato (**Sez. 5, n. 33678 del 04/06/2024, M., Rv. 286936-01**), con riferimento al corrissante non autore del fatto tipico aggravatore, che «La circostanza prevista dall'art. 588, comma secondo, cod. pen., che ricorre quando nella rissa taluno rimane ucciso o riporta una lesione personale, integra un'aggravante oggettiva imputabile al corrissante, che non sia stato autore o coautore dei delitti di sangue, solo ove questi abbia conosciuto o ignorato per colpa la sussistenza dei suoi elementi costitutivi, secondo una verifica che va compiuta in base al canone della prevedibilità in concreto dell'evento ulteriore, da svolgersi attraverso l'esame delle modalità dell'azione e di tutte le circostanze rilevanti del fatto. (Fattispecie in cui la Corte ha censurato la motivazione dei Giudici di merito che, nel riconoscere l'aggravante in capo al ricorrente, non avevano adeguatamente valutato che la rissa si era svolta a mani nude e che le lesioni e l'omicidio che ne erano conseguiti erano derivati dall'azione fulminea di altro corrissante il quale, estraendo un coltello con un gesto repentino e inatteso, ne aveva colpiti altri due, ferendo il primo e uccidendo il secondo).».

In questa decisione, il Collegio si muove all'interno delle coordinate del principio di colpevolezza, nella specifica declinazione dell'imputazione delle circostanze aggravanti, richiamando il criterio della prevedibilità in concreto – cui dà effettiva applicazione, rilevando che i giudici di merito non avevano svolto i necessari accertamenti relativi alla sussistenza delle circostanze sintomatiche della possibilità, per il corrissante estraneo all'azione aggravatrice tipica, di prevederne la realizzazione.

Così, la Corte osserva che la fattispecie di cui all'art. 588, comma secondo, cod. pen., costituisce ipotesi aggravata del delitto di rissa, che concorre, in riferimento all'autore materiale o morale del fatto aggravatore (lesioni o morte), rispettivamente, con lesioni od omicidio volontari.

Per quanto riguarda il corrissante che non abbia contribuito, né materialmente, né moralmente, alla verificazione di tale evento ulteriore, è ipotizzabile la rissa aggravata, ma, puntualizza il Collegio, a patto che sia stata accertato, alla stregua dei criteri di imputazione soggettiva delle circostanze aggravanti *ex* art. 59, comma secondo, cod. pen., la sussistenza, per il corrissante, del coefficiente psicologico.

Precisa opportunamente la motivazione che la mancata previsione, all'art. 59 cit., delle circostanze *successive* – come risultano le evenienze di cui si tratta – deve essere colmata, anche in relazione ad esse, secondo i principi affermati, in tema di colpevolezza, dalla Corte costituzionale nella sent. n. 364 del 1988 e quindi declinando la conoscenza (riferibile solo alle circostanze preesistenti e a quelle concomitanti) come previsione o prevedibilità dell'evento aggravatore.

Queste affermazioni sembrano marcare una significativa evoluzione rispetto a decisioni – **Sez. 1, n. 14346 del 22/01/2008, Oglialoro, Rv. 240134-01**, massimata nei seguenti termini: «Il reato di rissa aggravata ai sensi dell'art. 588, comma secondo, cod. pen. concorre con i reati di lesioni personali e di omicidio con esclusivo riferimento al corrissante autore degli ulteriori fatti. (In motivazione, la S.C. ha precisato che, fuori dai casi di concorso morale o materiale, i reati di lesioni personali e di omicidio non possono essere ascritti in via autonoma agli altri corrissanti nei confronti dei quali essi integrano la citata circostanza aggravante).» – nel cui corpo motivazionale, pur a fronte di pregevole ricostruzione di tale delitto, in relazione alla responsabilità in capo ai corrissanti non compartecipi nei fatti oggetto di aggravanti, si afferma che, sol per avere partecipato alla rissa nel cui corso taluno sia rimasto ucciso o abbia subito lesioni, è configurabile la rissa aggravata: e ciò, a prescindere da ogni indagine, che sarebbe invece imposta *ex* art. 59, comma secondo, cod. pen., in ordine al coefficiente psicologico nel corrissante estraneo alla determinazione dell'accadimento ulteriore.

Appare quindi di tutta evidenza l'importanza di decisioni che, dando origine ad orientamenti giurisprudenziali, operano invece una ricostruzione puntuale e coerente rispetto al principio di colpevolezza, ponendo attenzione all'insidiosità di quelle forme di responsabilità oggettiva cd. occulta, che talvolta si annidano invece tra le pieghe di decisioni all'apparenza ineccepibili rispetto ai principi, ma, a ben valutare, non risultano adeguatamente rispettose dei medesimi.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte costituzionale:

Corte cost., sent. n. 42 del 1965;
Corte cost. sent. n. 364 del 1988;
Corte cost., sent. n. 1085 del 1988;
Corte cost., sent. n. 2 del 1991;
Corte cost., ord. n. 121 del 1994;
Corte cost., ord. n. 451 del 1994;
Corte cost., sent. n. 61 del 1995;
Corte cost., sent. n. 322 del 2007;
Corte cost., sent. n. 139 del 2010;
Corte cost., sent. n. 265 del 2010;
Corte cost., sent. n. 164 del 2011;
Corte cost. sent. n. 182 del 2011;
Corte cost., sent. n. 213 del 2013;
Corte cost, sent. n. 232 del 2013;
Corte cost., sent. n. 195 del 2015;
Corte cost., sent. n. 42 del 2017;
Corte cost. sent. n. 191 del 2020;
Corte cost., sent. n. 55 del 2021.

Sentenze della Corte di cassazione:

Sez. 1, n. 9294 del 10/06/1983, Galletti; Rv. 161038-01;
Sez. 1, n. 10437 del 24/10/1984, Scarpiello, Rv. 166800-01;
Sez. 1, n. 2538 del 14/11/1988, Gentilini, Rv. 179848-01;
Sez. 6, n. 16609 del 22/03/1990, Pergolesi, Rv. 186020-01;
Sez. 1, n. 7566 del 28/05/1993, Cimare, Rv. 194773-01;
Sez. 5, n. 5139 del 05/04/1995, Russo, Rv. 201323-01;
Sez. 1, n. 2955 del 29/01/1997, Sambataro, Rv. 207274-01;
Sez. 1, n. 11055 del 19/10/1998, D'Agata, Rv. 211611-01;
Sez. 5, n. 3946 del 03/12/2002, Belquacem, Rv. 224903-01;
Sez. U, n. 23016 del 31/03/2004, Pezzella, Rv. 227523-01
Sez. 5, n. 13673 del 08/03/2006, Haile, Rv. 234552-01;
Sez. 1, n. 19611 del 24/06/2006, Grillo, non massimata;
Sez. 1, n. 37385 del 22/09/2006, Ivascu, non massimata;
Sez. 1, n. 5871 del 22/12/2006, dep. 2007, Hu, non massimata;
Sez. 1, n. 14346 del 22/01/2008, Oglialoro, Rv. 240134-01;
Sez. 1, n. 29292 del 23/09/2008, Letizia, Rv. 241129-01;
Sez. U, n. 22676 del 22/01/2009, Ronci, Rv. 243381-01;
Sez. 1, n. 40202 del 13/10/2010, Gesuito, Rv. 248438-01;
Sez. 5, n. 40389 del 17/05/2012, Perini, Rv. 253357-01;

Sez. 5, n. 791 del 18/10/2012, dep. 2013, Palazzolo, Rv. 254386-01;
Sez. 1, n. 31466 del 08/11/2012, dep. 2013, Faenza, Rv. 255750-01;
Sez. 1, n. 11595 del 15/12/2015, dep. 2016, Cinquepalmi, Rv. 266648-01;
Sez. 5, n. 44986 del 21/09/2016, Mulé, Rv. 268299-01;
Sez. 6, n. 17052 del 13/12/2017, dep. 2018, Larosa, Rv. 272893-01;
Sez. 5, n. 23606 del 04/04/2018, Perrone, Rv. 273284-01;
Sez. 5, n. 45356 del 02/10/2019, C., Rv. 277084-01;
Sez. 6, n. 25390 del 31/01/2019, Gorbunova, Rv. 276804-01;
Sez. 5, n. 306 del 18/11/2020, dep. 2021, Tasca, Rv. 280489-01;
Sez. 4, n. 32899 del 08/01/2021, Castaldo, Rv. 281997-17;
Sez. 6, n. 8097 del 23/11/2021, dep. 2022, P., Rv. 282908-01;
Sez. 5, n. 15269 del 21/01/2022, Bouimadaghen, Rv. 283016-01;
Sez. **5, n. 46467 del 27/09/2022, D., Rv. 283892-02**;
Sez. 1, n. 11495 del 12/10/2022, dep. 2023, Dahret, Rv. 284246-01;
Sez. 5, n. 49667 del 10/11/2023, Fossatocci, Rv. 285490-01;
Sez. 5, n. 4564 del 09/11/2023, dep. 2024, A. Rv. 286014-01;
Sez. 6, n. 5636 del 28/11/2023, dep. 2024, ACI Global spa, Rv. 286081-01;
Sez. 1, n. 25445 del 22/03/2024, Velluso, Rv. 286596-02;
Sez. 5, n. 23926 del 02/05/2024, Sansone, Rv. 286574-01;
Sez. 5, n. 32162 del 19/06/2024, M., Rv. 286874-01;
Sez. 5, n. 34342 del 05/07/2024, Matin, Rv. 286931-01;
Sez. 7, ord. n. 40934 del 10/10/2024, Alessio, Rv. 287177-01;
Sez. 5, n. 43093 del 16/10/2024, Loi, Rv. 287244-01.

CAPITOLO II

LA DIVERSIFICAZIONE DEI TITOLI DI RESPONSABILITÀ DEI CORREI, TRA CONCORSO DI PERSONE NEL REATO E CONCORSO APPARENTE DI NORME: LA SENTENZA GAMBACURTA DELLE SEZIONI UNITE

(di Michele Toriello)

SOMMARIO: 1. La questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite. – 2. I due orientamenti in contrasto. – 3. La soluzione recepita dalle Sezioni Unite.

1. La questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite.

Le risalenti, ma ancora attuali e dibattute riflessioni in merito alla possibilità di contestare titoli di reato diversi a coloro che concorrano nel medesimo fatto plurisoggettivo, valorizzando i peculiari caratteri del concreto contributo fornito da ciascuno dei correi, sono state oggetto di un recente ed atteso intervento del massimo consesso nomofilattico.

Nell'ambito di un procedimento a carico di numerosi soggetti per delitti di narcotraffico di cui agli artt. 73 e 74 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, uno degli imputati riportava condanna tanto per la fattispecie associativa, quanto, tra l'altro, per un reato fine integrato dalla cessione ad un tossicofilo, in concorso con altri due soggetti estranei al sodalizio, di gr. 6,3 lordi di cocaina.

L'imputato ricorreva in cassazione dolendosi, tra l'altro, della disparità di trattamento rispetto ai due originari coimputati che, partecipi nella stessa condotta, erano stati prosciolti già in primo grado, poiché, riqualificati i fatti nel meno grave delitto di cui all'art. 73, comma 5, del Testo Unico sugli stupefacenti, si era preso atto dell'intervenuto decorso dei termini massimi di prescrizione: richiamato il consolidato orientamento giurisprudenziale ad avviso del quale «il medesimo fatto storico non può essere qualificato ai sensi dell'art. 73, comma 1 o 4, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, nei confronti di alcuni concorrenti e contemporaneamente ricondotto nell'ambito dell'art. 73, comma quinto, nei confronti di altri, stante l'unicità del reato nel quale si concorre, che non può, quindi, atteggiarsi in modo diverso rispetto ai singoli concorrenti» (Sez. 4, n. 30233 del 07/07/2021, D'Agostino, Rv. 281836-01), il ricorrente invocava, dunque, la derubricazione dei fatti.

Il ricorso veniva rimesso alle Sezioni Unite (Sez. 4, ord. n. 32320 del 23/06/2023, Gambacurta, n.m.), sul rilievo che «La questione della possibile differenziazione dei titoli di responsabilità tra concorrenti a fronte di un medesimo fatto di reato in materia di detenzione e traffico di sostanze stupefacenti affonda le sue radici nella ricostruzione dogmatica dell'istituto del concorso eventuale di persone nel reato nonché nella natura unitaria o differenziata del fatto di reato realizzato plurisoggettivamente»: ricostruiti ed illustrati nel dettaglio i due contrapposti orientamenti, l'ordinanza di rimessione invitava, pertanto, il massimo consesso nomofilattico a chiarire «Se, in tema di concorso di persone nel reato di cessione di sostanze stupefacenti, il medesimo fatto storico possa essere ascritto a un concorrente a norma dell'art. 73, comma 1, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 e a un altro concorrente a norma dell'art. 73, comma quinto, del medesimo d.P.R.».

2. I due orientamenti in contrasto.

La questione sottoposta all'esame delle Sezioni unite riguarda le possibili forme di manifestazione del concorso eventuale di persone nel reato di cui all'art. 73 d.P.R. 9 ottobre 1990,

n. 309: ci si chiede, in particolare, se, in presenza di una condotta illecita realizzata in concorso tra più soggetti, tutti i correi debbano necessariamente rispondere dello stesso, unico, reato, ovvero se sia possibile derubricare solo per alcuni di essi il fatto nel meno grave reato di cui al quinto comma dell'indicata norma incriminatrice.

Il primo orientamento, fondato sul dogma dell'unicità del reato concorsuale predicato dalla dottrina tradizionale, ricava dall'interpretazione sistematica delle regole sulla compartecipazione criminosa «la tendenziale necessità della parificazione della responsabilità dei concorrenti, attesa l'unicità del reato in cui concorrono» (così, in motivazione, Sez. 4, n. 34413 del 18/06/2019, Khess, Rv. 276676-02), e coglie importanti elementi di riscontro nelle regole dettate dagli articoli 116 e 117 cod. pen., funzionali a garantire l'omogeneità del titolo di responsabilità anche quando sussistano significativi elementi di differenziazione delle posizioni dei diversi correi: dunque, il medesimo fatto storico non può essere qualificato in termini diversi nei confronti dei diversi correi, stante l'unicità del reato nel quale si concorre.

Il secondo orientamento ritiene, invece, che «dalla combinazione delle norme di parte speciale con quelle sul concorso di persone nel reato discendono tante fattispecie plurisoggettive differenziate quanti sono i concorrenti», e che, conseguentemente, pur avendo in comune il medesimo sostrato materiale, dette fattispecie «possono distinguersi tra loro per l'atteggiamento psichico di ciascun compartecipe e per alcuni aspetti esteriori, inerenti soltanto alla condotta dell'uno o dell'altro compartecipe» (così, in motivazione, Sez. 3, n. 16598 del 20/02/2020, Graziani, Rv. 278945-01); questo orientamento, sviluppando la teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale, elaborata da una parte della dottrina proprio al fine di differenziare le condotte concorsuali in ossequio ad un approccio individualistico e personalizzante, ritiene che gli artt. 116 e 117 cod. pen. garantiscano eccezionalmente ed in funzione aggravatrice l'unicità del titolo di reato, e che, pertanto, al di fuori dei casi ivi indicati, non può escludersi la diversificazione dei titoli di responsabilità in relazione al medesimo fatto storico.

Il caso di specie riguarda, come si è detto, il delitto di cui all'art. 73 del Testo Unico sugli stupefacenti: occorre in proposito tenere a mente che il fatto di lieve entità, introdotto nell'ordinamento dal legislatore del 1990 quale circostanza attenuante ad effetto speciale, è stato trasformato in ipotesi autonoma di reato dall'art. 2 d.l. 24 dicembre 2013, n. 146, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2014, n. 10; né l'appena indicato intervento legislativo, né le successive novelle del 2014 e del 2023 hanno inciso sui presupposti applicativi dell'istituto, rimasti inalterati fin dalla originaria formulazione della norma: i parametri che l'art. 73, comma 5, del Testo Unico considera sintomatici di un'offesa attenuata all'interesse protetto, di quella più limitata incisione dei beni giuridici della salute collettiva e dell'ordine e della sicurezza pubblici su cui si fonda la *ratio* della previsione legislativa, continuano, così, a riguardare per un verso l'oggetto materiale del reato (quantità e qualità delle sostanze), e per altro verso l'azione, e dunque i mezzi, le modalità e le altre circostanze della stessa.

Ebbene, applicando alla fattispecie in questione i generali principi in tema di concorso eventuale di persone nel reato, se ne può ricavare, seguendo l'orientamento tradizionale, che, concorrendo i complici «nel medesimo reato», come testualmente recita l'art. 110 c.p., deve essere loro ascritta l'unica ed immutabile fattispecie delittuosa "ordinaria", indipendentemente dalla sussistenza di elementi che potrebbero far ritenere meno significativo e grave il contributo fornito da qualcuno di essi: in termini, nella più recente giurisprudenza di legittimità, oltre alla già citata Sez. 4, n. 34413 del 18/06/2019, Khess, Rv. 276676-02, anche Sez. 4, n. 30233 del 07/07/2021, D'Agostino, Rv. 281836-01, nonché

Sez. 4, n. 37732 del 05/05/2022, D'Aiello, n.m., Sez. 4, n. 7098 del 27/01/2022, Pace, n.m., Sez. 3, n. 3327 del 16/12/2021, dep. 2022, Farka, n.m. e Sez. 4, n. 13898 del 24/04/2020, Kassab, n.m.

Privilegiando, invece, l'impostazione che si ricollega alle più recenti elaborazioni dottrinali in tema di fattispecie plurisoggettiva eventuale, si può ritenere il medesimo fatto storico contestualmente suscettibile di qualificazioni giuridiche diverse, sicché, quando una valutazione complessiva degli accadimenti consenta di sostenere che il contributo fornito da uno dei correi si caratterizza per mezzi, modalità e/o altre circostanze che rivelano un più tenue livello di offesa ai beni giuridici protetti, per quel solo imputato può intervenire la derubricazione dei fatti nell'ipotesi lieve: in termini, nella più recente giurisprudenza di legittimità, oltre alla già citata Sez. 3, n. 16598 del 20/02/2020, Graziani, Rv. 278945-01, anche Sez. 3, n. 20234 del 04/02/2022, Marcarini, Rv. 283203-01 e Sez. 6, n. 2157 del 09/11/2018, dep. 2019, Sarr, Rv. 274961-01.

3. La soluzione recepita dalle Sezioni Unite.

Sez. U, n. 27727 del 14/12/2023, Gambacurta, Rv. 286581-01 ha preliminarmente approfondito gli argomenti che sostengono i due orientamenti in contrasto.

Ad avviso del primo, che affonda le sue radici nella risalente elaborazione dottrinale relativa alla concezione monistica del reato concorsuale, il medesimo fatto storico non può essere qualificato in termini diversi nei confronti dei coimputati, stante l'unicità del reato nel quale si concorre.

A favore di detta interpretazione militerebbero il dato letterale dell'art. 110 cod. pen., la volontà chiaramente espressa dal legislatore, di cui vi è traccia nella Relazione del Guardasigilli al Progetto definitivo del codice Rocco, nonché l'interpretazione sistematica delle regole sulla compartecipazione criminosa dettate dagli artt. 116 cod. pen. (per effetto del quale il correo che non abbia avuto di mira né abbia materialmente perpetrato il reato più grave deve comunque risponderne, non potendosi consentire una differenziazione dei titoli di responsabilità tra i diversi compartecipi) e 117 cod. pen. (per effetto del quale anche l'*extraneus* che non si sia prospettato la possibilità di perpetrare il reato proprio deve, comunque, risponderne).

Pertanto, se il medesimo episodio di detenzione o cessione illecita di sostanza stupefacente è posto in essere da più soggetti in concorso tra loro, identificata l'unica condotta tipica ascritta a più persone, la relativa qualificazione non può essere diversificata, riconoscendo solo per alcuni dei correi l'ipotesi lieve di cui all'art. 73, comma 5, del Testo Unico: conclusione che, peraltro, sarebbe imposta, ad avviso di questo orientamento, dalla circostanza che – come ha da ultimo autorevolmente ribadito Sez. U, n. 51063 del 27/09/2018, Murolo, Rv. 274076-01 – la valutazione del fatto deve essere unitaria, sicché la lieve entità non può che caratterizzare la fattispecie in modo oggettivo e globale, non potendo né dipendere da peculiarità soggettive di uno dei concorrenti, né configurarsi in modo frammentario rispetto soltanto ad alcuni di essi, ferma restando la sola possibilità di diversificare il trattamento sanzionatorio dei compartecipi sulla base dei criteri dettati dall'art. 133 cod. pen., ovvero per effetto dell'art. 114 cod. pen. e delle disposizioni in materia di recidiva.

Il contrapposto orientamento fa proprie le riflessioni di quella parte della dottrina ad avviso della quale dalla combinazione delle norme di parte speciale con quelle sul concorso di persone nel reato discendono tante fattispecie plurisoggettive differenziate quanti sono i concorrenti (teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale, o concezione pluralistica del reato concorsuale): dette fattispecie avrebbero in comune il medesimo nucleo di accadimento materiale, ma si distinguerebbero tra loro per l'atteggiamento psichico dell'au-

tore (per ciascuna di esse, quello proprio del compartecipe interessato) e per taluni dati esteriori inerenti soltanto alla condotta dell'uno o dell'altro compartecipe, sicché sarebbe ammissibile l'affermazione di responsabilità a diverso titolo per due o più dei diversi concorrenti, qualora le loro condotte assumano connotazioni peculiari.

A favore di questo indirizzo interpretativo viene richiamato, tra gli altri, l'art. 112, ultimo comma, cod. pen., in base al quale le circostanze aggravanti previste dai numeri 1), 2) e 3) del primo comma del medesimo articolo «si applicano anche se taluno dei partecipi al fatto non è imputabile o non è punibile»: tale norma, non specificando le ragioni per cui taluno dei concorrenti non sia imputabile o punibile, sembrerebbe ammettere la configurabilità del concorso di persone anche nel caso della non punibilità relativa e di una punibilità per un titolo diverso di reato che, unendosi a quello degli altri concorrenti, contribuisca alla produzione della medesima offesa tipica.

I fautori di tale tesi trovano ulteriori conferme proprio negli artt. 116 e 117 cod. pen., norme che avrebbero una chiave di lettura diversa da quella proposta dai sostenitori della concezione monistica del reato.

Ed invero, si evidenzia che l'art. 116 cod. pen. introduce una ipotesi di carattere eccezionale per raggiungere un risultato che, ove dovesse trovare applicazione la generale disciplina del concorso di persone nel reato, non potrebbe essere raggiunto (se non vi fosse l'art. 116 cod. pen., il concorrente cd. anomalo dovrebbe rispondere del diverso delitto per colpa, ovviamente nella sola ipotesi in cui si tratti di fatto previsto dalla legge come delitto colposo: si avrebbe, così, l'imputazione del medesimo fatto ai coimputati sulla base di titoli di reato diversi), sicché se ne deve necessariamente inferire che la regola generale consente che ai diversi coimputati, in presenza di aspetti peculiari che ne abbiano caratterizzato il contributo dal punto di vista dell'elemento materiale o di quello soggettivo, vengano contestati diversi titoli di reato, e che l'art. 116 cod. pen., introducendo la particolare disciplina del concorso cd. anomalo, deroga a tale regola generale.

Quanto all'art. 117 cod. pen., si sottolinea che la giurisprudenza ha più volte evidenziato che la parificazione prevista da tale norma – applicabile solo quando il concorrente cd. *extraneus* non abbia consapevolezza delle condizioni o delle qualità personali del concorrente cd. *intraneus*, o dei rapporti fra questi e l'offeso, in presenza delle quali o dei quali muta il titolo di reato, perché altrimenti sarebbe configurabile il concorso per entrambi a norma dell'art. 110 cod. pen. – trova fondamento nella necessità di evitare che alcuni concorrenti siano puniti per un reato e altri per un diverso titolo unicamente perché hanno interferito particolari qualità di uno di essi o particolari rapporti di costui con la persona offesa: sicché, quando il mutamento del reato è determinato da circostanze diverse da quelle costituite dalle condizioni o dalle qualità personali del colpevole, o dai rapporti fra il colpevole e l'offeso, e il soggetto a carico del quale è configurabile la responsabilità per la fattispecie meno grave non ha consapevolezza degli elementi qualificanti la vicenda in modo deteriore per l'altro concorrente, la "parificazione" del titolo di responsabilità non può verificarsi a norma dell'art. 117 cod. pen.

In base a tale orientamento, quindi, il medesimo fatto illecito relativo alle sostanze stupefacenti può essere ascritto ad un imputato ai sensi dell'art. 73, comma 1 o comma 4, del Testo Unico e ad un altro a norma del quinto comma della norma incriminatrice, qualora il contesto complessivo nel quale si collocano le condotte assuma caratteri differenti per ciascun coimputato.

Così riassunti i termini del contrasto, le Sezioni Unite, dopo aver illustrato l'evoluzione legislativa che ha caratterizzato la normativa penale sugli stupefacenti, e dopo aver messo in evidenza i peculiari caratteri del delitto di cui all'art. 73, comma 1 e comma 4, d.P.R.

9 ottobre 1990, n. 309 (norma a più fattispecie, che tipizza ventidue condotte che costituiscono modalità alternative di realizzazione del medesimo reato), e del fatto di lieve entità incriminato dal quinto comma del medesimo art. 73 T.U. stup. («peculiare ipotesi di reato autonomo, che vive di elementi accessori circostanziali»), hanno rilevato che i lavori preparatori del codice penale (ove può leggersi che «per aversi l'istituto del concorso, è necessario che tutti rispondano dello stesso reato») e il tenore letterale dell'art. 110 cod. pen., secondo cui si concorre «nel medesimo reato», costituiscono eloquenti indici «dell'adesione legislativa alla concezione monistica del reato concorsuale»; hanno, tuttavia, avvertito la necessità di interpretare le norme sulla cui esatta portata ci si interroga prestando ossequio all'ineludibile principio della personalità della responsabilità penale, al fine di ricondurre la condotta dei singoli al loro effettivo disvalore, in armonia con le numerose pronunce del Giudice delle leggi (*ex plurimis*, sentenze nn. 42 del 1965, 364 e 1085 del 1988, 322 del 2007) che hanno valorizzato soluzioni interpretative conformi al modello costituzionale delineato dall'art. 27, comma primo, Cost.

Dunque, «tenuto fermo il principio che in caso di realizzazione da parte dello stesso soggetto di più condotte tra quelle alternativamente delineate dall'art. 73 T.U. stup. prevale quella che contiene logicamente le altre, a diverse conclusioni si deve pervenire allorquando le diverse ed alternative condotte siano poste in essere da plurimi soggetti concorrenti».

In tal caso, «A giudizio delle Sezioni Unite, in relazione al delitto di cui all'art. 73, commi 1 e 4, T.U. stup., il medesimo fatto ascritto a diversi imputati può essere contestualmente suscettibile di qualificazioni giuridiche diverse, quando, all'esito di una valutazione complessiva, emerga che le condotte di alcuni compartecipi esprimono un diverso grado di disvalore oggettivo e soggettivo. Dunque, quando il contributo fornito da uno dei coimputati si caratterizzi per mezzi, modalità e/o altre circostanze» che rivelino «un più tenue livello di offesa ai beni giuridici protetti, per lui solo potrà intervenire la derubricazione del fatto nell'ipotesi lieve di cui all'art. 73, comma 5, T.U. stup.»

Queste conclusioni, ad avviso delle Sezioni Unite, non mettono in discussione «la persistente validità, in termini sistematici generali, della concezione unitaria del reato concorsuale», poiché a venire in rilievo sono, nel caso di specie, i principi in tema di concorso apparente tra norme.

Ed invero, «le norme di cui al primo e al quarto comma, da un lato, e quella di cui al quinto comma dell'art. 73, dall'altro, si pongono tra loro in rapporto di specialità ai sensi dell'art. 15 cod. pen., nel senso che le prime due hanno carattere di norma generale e la terza di norma speciale»: conclusioni coerenti con il consolidato principio in base al quale «La norma speciale è concordemente individuata in "quella che contiene tutti gli elementi costitutivi della norma generale e che presenta uno o più requisiti propri e caratteristici, che hanno appunto funzione specializzante, sicché l'ipotesi di cui alla norma speciale, qualora la stessa mancasse, ricadrebbe nell'ambito operativo della norma generale" (Sez. U, n. 22225 del 19/01/2012, Micheli, Rv. 252453-05; Sez. U, n. 1235 del 28/10/2010, dep. 2011, Giordano, Rv. 248864-01)»; in proposito, le Sezioni Unite hanno chiarito che «il criterio di specialità è da intendersi in senso logico formale: il presupposto della convergenza di norme, necessario perché risulti applicabile la regola relativa alla individuazione della disposizione prevalente, può ritenersi integrato "solo in presenza di un rapporto di continenza tra le stesse alla cui verifica deve procedersi attraverso il confronto strutturale tra le fattispecie astratte rispettivamente configurate mediante la comparazione degli elementi costitutivi che concorrono a definire le fattispecie stesse" (Sez. U. n. 20664 del 23/02/2017, Stalla, Rv. 269668-01; Sez. U, n. 1235 del 28/10/2010, dep. 2011, Giordano; Sez. 5, n. 2121

del 17/11/2023, Sioli, Rv. 285843-01; Sez. 1, n. 12340 del 15/11/2022, dep. 2023, Baldassarre, Rv. 284504-01)», ed altresì che «La giurisprudenza di questa Corte ha [..] stabilito che l'art. 15 cod. pen. si riferisce alla sola "specialità unilaterale", giacché le altre tipologie di relazioni tra norme, quali la "specialità reciproca" o "bilaterale", non evidenziano alcun rapporto di *genus a speciem* (tra le tante, Sez. 4, n. 21522 del 02/03/2021, Bossi, non mass, sul punto; Sez. 5, n. 27949 del 18/09/2020, Di Gisi, non mass, sul punto; Sez. 4, n. 29920 del 17/01/2019, Padricelli, Rv. 276583-01, tutte ricollegabili al dictum di Sez. U, n. 41588 del 22/06/ 2017, La Marca, non mass, sul punto). Ha, poi, sottolineato la eccentricità dei criteri di "sussidiarietà", "assorbimento" e "consunzione", suscettibili di opposte valutazioni da parte degli interpreti, e la loro estraneità all'unico criterio legale previsto, ovvero quello di specialità positivizzato dall'art. 15 cod. pen. (Sez. U, n. 20664 del 23/02/2017, Stalla, cit., non. mass, sul punto; Sez. 1, n. 12340 del 15/11/ 2022, dep. 2023, Baldassarre, cit.). Sez. U. n. 20664 del 23/02/2017, Stalla, cit. hanno espresso in proposito il condivisibile principio secondo cui: "Nella materia del concorso apparente di norme non operano criteri diversi da quelli stabiliti all'art. 15 cod. pen., che si fonda sulla comparazione della struttura astratta delle fattispecie, al fine di apprezzare l'implicita valutazione di correlazione tra norme, effettuata dal legislatore"».

Di qui il principio di diritto che è stato così massimato: «In tema di concorso apparente di norme, l'art. 15 cod. pen. si riferisce alla sola specialità unilaterale, poiché le altre tipologie di relazioni tra norme, quali la specialità reciproca o bilaterale, non evidenziano alcun rapporto di *genus* a *speciem*» (**Rv. 286581-02**); la sua applicazione al caso di specie ha portate le Sezioni Unite a concludere nel senso che «l'art. 73, comma 5, T.U. stup. è, dunque, da ritenersi norma speciale, in quanto contiene, da un lato, tutti gli elementi costitutivi dell'art. 73, commi 1 e 4, T.U. stup., che hanno valenza di norme generali, e presenta, dall'altro, quali requisiti propri e caratteristici, con funzione specializzante, i "mezzi, modalità o circostanze dell'azione" ovvero la "qualità e quantità delle sostanze", che portano a ritenere il fatto di lieve entità. Non osta a tale ricostruzione la clausola di riserva iniziale del comma 5 ("salvo che il fatto costituisca più grave reato"), che sembrerebbe configurare un'ipotesi sussidiaria e sovvertire il criterio della prevalenza della fattispecie unilateralmente speciale. In proposito, Sez. U, n. 51063 del 27/09/2018, Murolo, cit., hanno evidenziato come un'interpretazione in tal senso apparirebbe irragionevole ed incompatibile con la volontà del legislatore e con la stessa scelta di trasformare la fattispecie da circostanza attenuante in reato autonomo. Hanno, poi, significativamente chiarito che, al fine di rispettare la chiara intenzione del legislatore, deve ritenersi che la clausola di riserva espressa sia stata introdotta "per disciplinare l'eventuale o futuro concorso con altre fattispecie più gravi, ma diverse da quelle contenute nell'art. 73 T.U. stup., con le quali già si instaura una relazione di genere a specie" (così in motivazione, a pag. 11). Va, inoltre, significativamente sottolineato che proprio tale ultima affermazione, pur resa in un contesto che non richiedeva in quel momento alcuna analisi della questione oggi all'esame delle Sezioni Unite, già prefigurava nella specialità il rapporto intercorrente tra le fattispecie dei commi primo e quarto, da un lato, e la fattispecie del quinto comma, dall'altro. Dunque, qualora il medesimo fatto, contestato a diversi imputati in concorso tra loro, contenga elementi tali da fare ritenere integrata solo per taluni la fattispecie di cui all'art. 73 comma 5, T.U. stup. e per altri quella di cui all'art. 73, comma 1, T.U. stup., si versa al di fuori di un'ipotesi di concorso nel medesimo reato, essendosi in presenza di due reati diversi legati tra loro da un rapporto di specialità nei termini appena ricordati».

Alla luce di questi principi e delle considerazioni fin qui illustrate, la questione controversa per la quale il ricorso è stato rimesso alle Sezioni Unite è stata risolta affermando

il seguente principio di diritto: «In tema di concorso di persone nel reato di cessione di sostanze stupefacenti, il medesimo fatto storico può configurare, in presenza dei diversi presupposti, nei confronti di un concorrente il reato di cui all'art. 73, comma 1 ovvero comma 4, del d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309, e nei confronti di altro concorrente il reato di cui all'art. 73, comma 5, del medesimo d.P.R.» (**Rv. 286581-01**).

Le Sezioni Unite hanno, altresì, fornito indicazioni operative all'interprete, chiarendo che «La possibilità o meno per taluno dei concorrenti di vedere ricondotta la propria azione delittuosa alla previsione di cui all'art. 73 comma 5 T.U. stup., piuttosto che a quelle di cui all'art. 73, commi 1 e 4, del medesimo T.U., deve discendere [..] da comportamenti a lui direttamente riconducibili e al coefficiente psicologico rispetto alla fattispecie criminosa posta in essere. Proprio in considerazione del fatto che la norma del comma 5 dell'art. 73 è speciale, il giudice, nell'ambito della valutazione complessiva della condotta e selezionando tutti gli indicatori previsti da tale disposizione (Sez. U, n. 51063 del 27/09/2018, Murolo, Rv. 274076-01) deve considerare gli elementi che "accomunano" il singolo agli altri correi e, contestualmente, quelli solo a lui strettamente pertinenti che, nella struttura della norma speciale, esprimono il necessario *quid pluris* rispetto alla norma generale».

Questa delicata operazione interpretativa ben difficilmente potrà essere imperniata su una particolare valutazione della quantità e/o della qualità delle sostanze: ed invero, questi elementi tipici specializzanti non appaiono a rigore suscettibili di una valutazione diversificata, essendo «di regola uguali per tutti i concorrenti».

Potranno, invece, essere valorizzati «mezzi, modalità e circostanze dell'azione»; a tal proposito le Sezioni Unite hanno ricordato che, ad avviso di Sez. U, n. 35737 del 24/06/2010, Rico, Rv. 207917-01, tra le «circostanze dell'azione» devono essere ricomprese anche le circostanze soggettive: «tale principio, pur se affermato in un momento in cui la norma del quinto comma era ancora di previsione circostanziale, mantiene intatta la sua validità, attesa, come visto, la invariata struttura morfologica della fattispecie al di là del *nomen iuris* ad essa oggi attribuibile per effetto della riforma del 2013. Sotto tale profilo la Corte ha, del resto, nel tempo affermato che potranno essere valorizzate le finalità dell'attività delittuosa (si pensi al caso di una cessione occasionale), ovvero lo stato di tossicodipendenza del reo (che è, naturalmente, onere dell'imputato provare: come recentemente ribadito da Sez. 3, n. 23082 del 22/02/2022, Radicchi, Rv. 283235-01), che si ponga in "rapporto diretto" con la condotta, come quando, ad esempio, si accerti che l'imputato ha svolto una piccola attività di spaccio al fine di destinarne i proventi "all'acquisto di droga per uso personale" (Sez. 3, n. 32695 del 27/03/2015, Genco, Rv. 264490-01). Al contrario, l'aspetto relativo alla tossicodipendenza non dovrebbe assumere pregnante rilievo in presenza di sistematiche cessioni operate in favore di un indiscriminato novero di acquirenti (Sez. 3, n. 16028 del 15/02/2018, Huillca, non massimata, secondo cui "lo stato di tossicodipendente può rilevare sole se si accerti che lo spaccio non ha dimensioni ragguardevoli, sì da fare apparire verosimile che l'imputato ne destini i proventi all'acquisto di droga per uso personale"; Sez. 6, n. 44697 del 08/10/2013, Rizza, non massimata). Sono stati, invece, ritenuti del tutto irrilevanti e non valorizzabili l'eventuale comportamento collaborativo *serbato post delictum* (Sez. 6, n. 3616 del 15/11/2018, dep. 2019, Capurso, Rv. 275044-01) ed i precedenti penali dell'imputato, che, a rigore, non afferiscono all'azione la cui "lievità" si intende apprezzare (Sez. 3, n. 13120 del 06/02/2020, Ilardi, Rv. 279233-01), a meno che non si evidenzi un collegamento oggettivo tra i fatti criminosi per i quali la persona è già stata condannata con sentenza irrevocabile e quelli oggetto del nuovo giudizio. Potrà e dovrà essere valutato [..] se l'attività di spaccio sia stata svolta in un contesto di tipo organizzato. A diverse conclusioni [..] si dovrà e si potrà pervenire in relazione a quei soggetti che, pur consapevoli della natura organizzata

dell'attività delittuosa, non abbiano fatto parte dell'associazione *ex* art. 74 T.U. stup., tenuto anche conto del numero di volte in cui ciascun imputato ha partecipato a tali condotte».

Infine, le Sezioni Unite hanno ritenuto che non potessero essere liquidate le spese in favore della parte civile il cui difensore si era limitato a depositare in Cancelleria conclusioni scritte, senza poi comparire alla pubblica udienza: ed invero, pur dando atto dell'esistenza di un contrario orientamento di legittimità (cfr., da ultimo, Sez. 4, n. 36535 del 15/09/2021, A., Rv. 281923-01), la Corte ha inteso dare continuità all'opposta e prevalente opzione ermeneutica, a mente della quale non è sufficiente a far maturare il diritto alla liquidazione la mera presentazione di conclusioni scritte fuori udienza, ed ha, conseguenzialmente, statuito che «Nel giudizio di cassazione con trattazione orale non va disposta la condanna dell'imputato al rimborso delle spese processuali in favore della parte civile che non sia intervenuta nella discussione in pubblica udienza, ma si sia limitata a formulare la richiesta di condanna mediante il deposito di una memoria in cancelleria con l'allegazione di nota spese» (**Rv. 286581-03**).

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione:

Sez. U, n. 51063 del 27/09/2018, Murolo, Rv. 274076-01;
Sez. U, n. 22225 del 19/01/2012, Micheli, Rv. 252453-05;
Sez. U, n. 1235 del 28/10/2010, dep. 2011, Giordano, Rv. 248864-01;
Sez. 4, ord. n. 32320 del 23/06/2023, Gambacurta, n.m.;
Sez. 4, n. 37732 del 05/05/2022, D'Aiello, n.m.;
Sez. 3, n. 20234 del 04/02/2022, Marcarini, Rv. 283203-01;
Sez. 4, n. 7098 del 27/01/2022, Pace, n.m.;
Sez. 3, n. 3327 del 16/12/2021, dep. 2022, Farka, n.m.;
Sez. 4, n. 36535 del 15/09/2021, A., Rv. 281923-01;
Sez. 4, n. 30233 del 07/07/2021, D'Agostino, Rv. 281836-01;
Sez. 3, n. 16598 del 20/02/2020, Graziani, Rv. 278945-01;
Sez. 4, n. 13898 del 24/04/2020, Kassab, n.m.;
Sez. 4, n. 34413 del 18/06/2019, Khess, Rv. 276676-02;
Sez. 6, n. 2157 del 09/11/2018, dep. 2019, Sarr, Rv. 274961-01.

CAPITOLO III

ESCLUSIONE DELLA PUNIBILITÀ PER PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO: IL PUNTO DELLA GIURISPRUDENZA

(di Elena Carusillo)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'operatività intertemporale della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto. – 3. Il diritto al contraddittorio e l'onere di allegazione dell'imputato. – 4. Il comportamento *post delictum*. – 4.1 L'abitualità. – 4.2 Il reato di pericolo. – 4.3 Il reato a condotta plurima. – 4.4 La condotta anticipatoria di effetti *ex lege*. – 5. L'esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto nei procedimenti di competenza del giudice di pace.

1. Premessa.

La legge n. 134 del 27 settembre 2021 è intervenuta sull'istituto dell'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto delegando il legislatore all'individuazione degli strumenti utili al perseguimento dei generali obiettivi di deflazione propri della riforma.

In attuazione del criterio di delega di cui all'art. 1, comma 21, della legge n. 134 del 2021, con l'art. 1, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 150, il legislatore ha operato sull'art. 131-*bis* cod. pen., inserito all'interno del codice dall'art. 1, comma 2, d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, allo scopo di escludere la punibilità di fatti non meritevoli di pena, in quanto di scarsa offensività, la cui incidenza nei ruoli di udienza risultava eccessivamente elevata.

Rimodulando il limite di operatività dell'istituto, il legislatore, per un verso, ha ampliato l'ambito di applicabilità dello stesso ai reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel minimo a due anni di reclusione, indipendentemente dal massimo edittale; per altro verso, ha attribuito rilievo, ai fini della valutazione di apprezzamento della particolare tenuità dell'offesa, anche alla condotta susseguente al reato.

Di contro, ha escluso dal novero delle ipotesi applicative dell'istituto i reati commessi in determinate condizioni, in relazione ai quali l'autore ha agito per motivi abietti o futili, o con crudeltà anche in danno di animali, o ha adoperato sevizie o, ancora, ha approfittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età della stessa, ovvero nei casi in cui la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona.

Inoltre, in aggiunta a quelli già elencati nella precedente formulazione della norma, ha escluso l'applicabilità dell'istituto di favore per quei reati che prevedono – nella forma consumata, circostanziata a effetto speciale o anche tentata (Sez. 5, n. 17348 del 9 gennaio 2019, Giuliani, Rv. 276629-01) – una sanzione superiore alla soglia di legge, indipendentemente da eventuali riduzioni premiali per il rito prescelto (Sez. 5, n. 38447 del 08/06/2023, Bimbi Salvini, Rv. 285137-01).

In sintesi, quanto al primo profilo, la modifica legislativa – in linea con la sentenza n. 156 del 2020, con la quale il Giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 131-*bis* cod. pen. *ante riforma* nella parte in cui non consentiva l'applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto ai reati sprovvisti di un minimo edittale di pena detentiva – ha introdotto un nuovo criterio basato unicamente sul minimo di pena detentiva, e non più sul massimo, così da semplificare i procedimenti penali relativi ai reati cd. bagatellari, non meritevoli di pena perché connotati da un tasso di offensività risibile.

Quanto al secondo profilo, il legislatore ha omesso di specificare le tipologie di comportamenti riconducibili alla locuzione «condotta susseguente al reato», lasciando alla discrezionalità del giudice il compito di valorizzare le condotte *post delictum* sulla base degli indicatori di cui all'art. 133, comma primo, cod. pen., apprezzabili solo in termini di tenuità dell'offesa e non anche di aggravamento della stessa.

Di qui, la rilevanza del nuovo parametro, non come autonomo indice di tenuità dell'offesa, ma come criterio che si affianca a quelli di cui alla norma appena citata, ai fini della valutazione dell'esiguità del pericolo e delle modalità della condotta in relazione al momento di commissione del fatto.

Non da ultimo, la novella legislativa, sulla base di una presunzione *ex lege* di non particolare tenuità, ha incrementato il novero delle fattispecie di reato escluse dall'ambito di applicazione dell'istituto.

2. L'operatività intertemporale della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto.

Ritenuta la natura sostanziale dell'istituto (Sez. 6, n. 7573 del 27/01/2023, Arzaroli, Rv. 284241-02), appare fuori discussione, nei limiti e termini di cui all'art. 2, comma quarto, cod. pen., l'operatività retroattiva dell'art. 131-*bis* cod. pen. alle nuove figure criminose, desumibili *quoad poenam* anche nei giudizi pendenti alla data di entrata in vigore della riforma, aventi a oggetto reati commessi prima di tale data, anche con riferimento alla parte della nuova disposizione che prevede la possibilità per il giudice di tenere conto della condotta del reo susseguente al reato, in quanto concernente un presupposto per l'applicazione di quell'istituto.

Da un diverso angolo prospettico, **Sez. 6, n. 23623** del 21/05/2024, Hasan **Masun, Rv. 286629-01** ha escluso l'operatività dell'art. 131-*bis* cod. pen. – come modificato (prima ancora della novella intervenuta con la Riforma Cartabia) dall'art. 16, comma 1, lett b), dal d.l. 14 giugno 2019, n. 53, convertito con modificazioni con la legge 8 agosto 2019, n. 77–, nella parte in cui stabiliva che l'offesa non potesse essere ritenuta di particolare tenuità in ipotesi di reato di cui agli artt. 336, 337 e 341-*bis* cod. pen. commessi nei confronti di un pubblico ufficiale nell'esercizio delle proprie funzioni prima della modifica (entrata in vigore in data 10 agosto 2019), trattandosi di disciplina più sfavorevole, incidente su norme sostanziali, in conformità «al pacifico orientamento giurisprudenziale, costituzionale e di legittimità, per cui il concetto di disposizione più favorevole (o più sfavorevole) non si riferisce solo all'entità della sanzione della norma applicabile, ma riguarda tutte le disposizioni penali che apportano modifiche, *in melius* (o *in peius*), al complessivo trattamento riservato al reo, ivi comprese le cause di non punibilità».

Ancora, in tema di operatività intertemporale dell'istituto di cui all'art. 131-*bis* cod. pen., **Sez. 3, n. 24326 del 27/02/2024, Fonti, Rv. 286558-01**, premesso che «il nuovo art. 131-bis, cod. pen., come modificato dall'art. 1, c. 1, lett. c), n. 1), d. lgs. n. 150/2022, prevede non solo l'applicabilità generalizzata dell'istituto a tutti i reati puniti con pena minima pari o inferiore a due anni, ma, con specifico riferimento ai parametri di valutazione, introduce la "condotta susseguente al reato"» –, ha affermato, in attuazione di quanto disposto dall'art. 6 del d.l. 31 ottobre 2022, n. 162, convertito con modificazioni dalla legge 30 dicembre 2022, n. 199, che la norma entrata in vigore il 30 dicembre 2022, in ragione della natura sostanziale dell'istituto, è applicabile per i fatti commessi prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, anche ai procedimenti pendenti davanti alla Corte di cassazione e, solo per questi ultimi, in applicazione degli artt. 2, comma quarto, cod. pen. e 129, cod. proc. pen., è deducibile e rilevabile d'ufficio ai sensi dell'art. 609, comma 2, cod. proc. pen., anche nel caso di ricorso inammissibile.

Ne deriva, ad avviso della Terza sezione, che l'istituto, come da ultimo novellato, trova applicazione anche in ordine ai fatti di reato commessi prima dell'entrata in vigore della riforma, in quanto, ai sensi dell'art. 2, comma quarto, cod. pen., più favorevole rispetto a quello previgente (Sez. 4, n. 9466 del 15/02/2023, Castrignano, Rv. 284133-01).

Anche con riferimento al giudizio di revisione – e sempre in ragione della natura sostanziale dell'istituto di diritto penale e del carattere «incontestabilmente» retroattivo, perché più favorevole, della nuova versione del primo comma dell'art. 131-*bis* cod. pen., **Sez. 2, n. 396 del 17/11/2023, dep. 2024, Maiocchi, Rv. 285726-01** ha ribadito la deducibilità per la prima volta nel giudizio di legittimità della condotta dell'imputato successiva alla commissione del reato in sede di revisione, a condizione che la circostanza non sia stata prospettata con l'atto di impugnazione o nel corso del giudizio di appello.

3. Il diritto al contraddittorio e l'onere di allegazione dell'imputato.

In linea con Sez. 2, n. 45049 del 25/11/2008, Bodea, Rv. 241979-01, secondo cui il giudice dell'udienza preliminare, investito della richiesta del pubblico ministero di rinvio a giudizio dell'imputato, non può emettere sentenza di non doversi procedere per la ritenuta sussistenza di una causa di non punibilità, senza previa fissazione dell'udienza in camera di consiglio, **Sez. 4, n. 43740 del 07/11/2024, Egghembrergher, Rv. 287126-01** ha affermato che la sentenza di proscioglimento per particolare tenuità del fatto, emessa *de plano* ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen., senza rituale avviso alle parti, «è viziata da nullità assoluta ed insanabile, *ex* artt. 178, comma 1 lett. b) e c), e 179, comma 1, cod. proc. pen., per violazione del diritto al contraddittorio».

La Quarta sezione, riprendendo l'insegnamento di Sez. U, n. 20569 del 18/01/2018, Ksouri, Rv. 272715-01 – secondo cui non è abnorme, e, quindi, non è ricorribile per cassazione, il provvedimento con cui il giudice per le indagini preliminari, investito della richiesta di emissione di decreto penale di condanna, restituisce gli atti al pubblico ministero perché valuti la possibilità di chiedere l'archiviazione del procedimento ai sensi dell'art. 131-*bis* cod. pen., ha evidenziato che l'assoluzione dell'imputato per essere il fatto non punibile per particolare tenuità dell'offesa richiede la previa instaurazione del contraddittorio tra l'accusa, la difesa e la persona offesa, se esistente, in quanto la decisione involge l'accertamento, in positivo, della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale, nonché della sua riconducibilità all'imputato, elementi rispetto ai quali, una volta divenuta irrevocabile, la decisione ha efficacia di giudicato. Tanto, sottolineano i giudici della Quarta sezione, non senza ricordare che tale decisione non ha effetti liberatori per l'imputato, in quanto viene iscritta nel casellario giudiziale ai sensi dell'art. 3 d.P.R. 14 novembre 2002 n.313 e, pertanto, può ostare alla futura applicazione della medesima causa di non punibilità (Sez. 3, n. 18891 del 22/11/2017, dep. 2018, Battistella, Rv. 272877-01; Sez. 1, n. 459 del 02/12/2020, dep. 2021, De Venuto, Rv. 280226-01).

Sempre, in argomento, **Sez. 3, n. 13081 del 10/01/2024, Bellini, Rv. 286145-01**, secondo cui «in tema di impugnazioni, è inammissibile il ricorso per cassazione con cui il pubblico ministero che abbia richiesto l'emissione del decreto penale di condanna impugni, senza allegare un concreto interesse, la sentenza di proscioglimento per particolare tenuità del fatto, pur illegittimamente emessa, *ex* art. 129 cod. proc. pen., dal giudice per le indagini preliminari, lamentando, non già la violazione di legge per insussistenza dei presupposti di applicazione dell'istituto o il vizio di motivazione, ma la mera violazione del diritto al contraddittorio dell'imputato», ha evidenziato che il diritto al contraddittorio è una garanzia processuale posta a tutela dell'interesse delle parti private (Sez. 5, n. 20595 del 15/02/2021, Ferrante, Rv. 281180-01; Sez. 1, n. 46433 del 13/09/2019, Hrurtic, Rv. 277335-01). Invero,

osservano i giudici della Terza sezione, se ai sensi dell'art. 73, comma 1, ord. giud. il pubblico ministero veglia sulla osservanza delle leggi e sulla pronta e regolare amministrazione della giustizia, tuttavia, il potere di dedurre, nel giudizio di legittimità, violazioni di legge nell'interesse dell'imputato presuppone l'allegazione di un interesse di quest'ultimo a ottenerne l'annullamento, soprattutto nei casi in cui questi non abbia ritenuto di impugnare la sentenza.

Al tema affrontato dalla citata sentenza "Egghembrergher", si collega la pronuncia resa da **Sez. 3, n. 13657 del 16/02/2024, Strongone, Rv. 286101-02** con la quale i giudici di legittimità, premesso che l'art. 131-*bis* cod. pen. individua un limite negativo alla punibilità del fatto, hanno affermato che la prova di sussistenza e ricorrenza dei relativi presupposti normativi è demandata all'imputato, tenuto a indicare e allegare elementi specifici di prova a sostegno della pretesa.

La Terza sezione ha inteso dare così continuità alla linea esegetica, inaugurata da Sez. 2, n. 32989 del 10/04/2015, Lupatteli, Rv. 264223-01, secondo cui, attraverso l'art. 131-*bis* cod. pen., il legislatore ha «privato alcune fattispecie di reato, individuate sulla base di un criterio quantitativo, del loro disvalore non già in astratto, ma soltanto all'esito di una valutazione giudiziale "personalistica", dovendosi avere riguardo alla particolare tenuità del fatto, articolata in due "indici-requisiti" che sono la modalità della condotta e l'esiguità del danno o del pericolo, e la non abitualità del comportamento», sicché, più che un ulteriore elemento costitutivo del fatto, ha individuato un limite negativo alla sua punibilità, che non può prescindere da un accertamento nel merito, rispetto al quale ricorre un onere dell'imputato di indicazione e allegazione di elementi specifici in ordine alla sussistenza dei presupposti.

In linea con tale arresto, **Sez. 5, n. 23582** del 08/05/2024, Visca, Rv. 286563, in una fattispecie in cui, in sede di udienza preliminare, il giudice aveva pronunciato d'ufficio sentenza di non doversi procedere, ha ravvisato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 131-*bis*, cod. pen. per violazione degli artt. 3, 24 e 111, commi 4 e 5 Cost. e 6 CEDU, nella parte in cui consente al giudice tale potere, ove ritenga il fatto di particolare tenuità e in presenza dei presupposti applicativi, senza che sia necessaria, quindi, una richiesta del difensore o senza il consenso dell'imputato, espresso personalmente o a mezzo di procuratore speciale.

Sul presupposto che l'istituto costituisce una figura di diritto penale sostanziale che persegue finalità connesse ai principi di proporzione e di *extrema ratio*, con riflessi in tema di deflazione, la Quinta sezione ha sottolineato che, in una situazione peculiare come quella dell'udienza preliminare (nella quale il contraddittorio è garantito), è «semmai l'imputato, tramite il proprio difensore […], ad avere l'onere di puntualizzare nelle proprie richieste che ha uno specifico interesse, in luogo di una pronuncia di non doversi procedere per tenuità del fatto ad essere rinviato a giudizio affinché, all'esito della formazione della prova nel contraddittorio dibattimentale, possa essere assolto».

La citata sentenza "Egghembrergher" ha messo in evidenza anche un altro tema, ossia quello relativo all'efficacia di giudicato, una volta divenuta irrevocabile, della sentenza di proscioglimento per particolare tenuità del fatto, tema già affrontato da **Sez. 6, n. 611 del 22/11/2023, dep. 2024, Conforti, Rv. 285604-01** e da **Sez. 3, n. 26527 del 11/04/2024, Gobbo, Rv. 286792-05.**

Con tale ultima sentenza, i giudici della Terza sezione – richiamato l'insegnamento di Sez. U, n. 38954 del 30/05/2019, De Martino, Rv. 276463-01, secondo cui il provvedimento di archiviazione per particolare tenuità del fatto *ex* art. 131-*bis* cod. pen. deve essere iscritto nel casellario giudiziale, ferma restando la non menzione nei certificati rilasciati a richiesta dell'interessato, del datore di lavoro e della pubblica amministrazione, hanno evidenziato

l'irrilevenza ai fini sanzionatori della discrasìa esistente tra il certificato del casellario giudiziale allegato al ricorso e quello risultante dal sistema in uso presso gli uffici giudiziari. Si è quindi ritenuta esente da censure la decisione con la quale i giudici di merito avevano negato all'imputato i benefici di cui agli artt. 163 e 175 cod. pen. in costanza di un provvedimento di archiviazione *ex* art. 131-*bis*, cod. pen., idoneo a costituire un «precedente» i cui effetti – al pari dei precedenti di polizia – possono considerarsi ostativi al riconoscimento dei benefici di legge, concedibili «soltanto se, avuto riguardo alle circostanze indicate nell'art. 133, il giudice presume che il colpevole si asterrà dal commettere ulteriori reati» (art. 164, comma primo, cod. pen.) o, comunque, quanto al beneficio della non menzione (art. 175, comma primo, cod. pen.), «avuto riguardo alle circostanze indicate nell'art. 133» e, dunque, ai sensi del comma 2, n. 2 della norma, anche ai precedenti «giudiziari» antecedenti al reato da cui il soggetto è gravato.

4. Il comportamento *post delictum*.

4.1. L'abitualità.

La disamina delle pronunce emesse dai giudici di legittimità nel 2024 sul tema della non punibilità per particolare tenuità del fatto investe anche il comportamento abituale dell'imputato, desunto dalla commissione di più reati della stessa indole.

Richiamato l'insegnamento di Sez. U, n. 13681 del 25/02/2016, Tushaj, Rv. 26659-01, secondo cui, alla luce del parametro normativo di cui all'art. 101 cod. pen., sono reati della stessa indole non solo quelli che integrano la violazione della stessa disposizione di legge, ma anche quelli che, pur essendo previsti da testi normativi diversi, per le circostanze oggettive, per le condizioni di ambiente nelle quali le azioni sono state compiute o per i motivi che le hanno determinate, presentano, in concreto, caratteri fondamentali comuni, **Sez. 1, n. 9858 del 24/01/2024, S., Rv. 286154-01**, ha affermato che il presupposto ostativo all'applicazione dell'art. 131-*bis* cod. pen. rappresentato dal comportamento abituale ricorre quando l'autore, anche successivamente al reato per cui si procede, ha commesso almeno altri due reati della stessa indole, incidentalmente accertabili da parte del giudice procedente, sempre che non siano stati dichiarati estinti ai sensi dell'art. 460, comma 5, cod. proc. pen., in quanto all'estinzione del reato consegue anche l'elisione di ogni effetto penale della condanna. Nella specie, la Prima sezione ha ritenuto corretta la decisione con la quale i giudici di merito avevano escluso l'operatività dell'art. 131-*bis* cod. pen. in favore di un imputato, condannato per il reato di violazione degli obblighi e delle prescrizioni inerenti alla sorveglianza speciale con l'obbligo o il divieto di soggiorno inerenti alla sorveglianza speciale e gravato da precedenti condanne per evasione, in ragione del fatto che si trattava di reati tutti connotati dalla violazione delle prescrizioni dettate dall'autorità giudiziaria.

Negli stessi termini, **Sez. 4, n. 14073** del **05/03/2024, Campana, Rv. 286175-02,** con specifico riferimento alla necessità che, ai fini dell'abitualità, l'imputato abbia commesso almeno altri due reati della stessa indole, ha censurato la decisione dei giudici di merito che avevano ritenuto abituale la condotta dell'imputato, condannato per un reato tributario, ravvisando la continuazione con precedenti sentenze per reati della medesima natura, nonostante uno dei precedenti fosse stato dichiarato estinto (e con esso il debito erariale) ai sensi dell'art. 460, comma 5, cod. proc. pen.

Con tale sentenza (**Rv. 286175-01**) è stata altresì censurata ha censurato l'omessa valutazione da parte del giudice di merito del comportamento del ricorrente – imputato del

delitto di cui all'art. 10-ter d.lgs. 74/2000 per omesso versamento Iva per il periodo di imposta 2014 e 2015 – che si era adoperato, «seppure in ritardo» e per quanto possibile, ad adempiere agli obblighi nei confronti dell'Erario.

4.2. Il reato di pericolo.

In tema di reati di pericolo, **Sez. 4, n. 30042 del 29/05/2024, Lamarmora, Rv. 286818-01** ha affermato che, ai fini dell'applicabilità della causa di non punibilità per la particolare tenuità del fatto, la rilevanza dell'offesa deve essere apprezzata avuto riguardo alle modalità della condotta. Nella specie, i giudici di merito avevano ritenuto che il pericolo determinato dalla condotta dell'agente, imputato ai sensi dell'art. 95 d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, consistita nell'aver omesso di indicare nella dichiarazione sostitutiva di certificazione per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato l'esistenza di redditi da lavoro, autocertificando un reddito pari a zero, imputato non poteva essere ritenuto "esiguo".

La Quarta sezione, dopo aver rimarcato che l'ambito di applicazione dell'art. 131-*bis* cod. pen. è stato definito dal legislatore sia attraverso «una graduazione qualitativa, astratta, basata sull'entità e sulla natura della pena, con la previsione di un elemento d'impronta personale, pure esso tipizzato, tassativo, relativo alla abitualità o meno del comportamento», escludendo alcune categoria di reati, sia attraverso «l'affidamento al giudice di una ponderazione quantitativa rapportata al disvalore di azione, a quello di evento, nonché al grado della colpevolezza», si è soffermata sul concetto di esiguità del pericolo.

La Corte, individuati i parametri ai quali ancorare il giudizio sulla particolare tenuità dell'offesa ai fini dell'applicazione della causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* cod. pen., ha evidenziato che l'apprezzamento del giudice – che attiene all'«elemento oggettivo del reato, ovvero alla gravità della condotta e del pericolo cagionato, ferma restando la necessità, ai fini della applicazione dell'art. 131-*bis* cod. pen., di operare un giudizio complessivo, che abbia riguardo anche al grado di colpevolezza, ovvero alla maggiore o minore intensità del dolo» – deve ricadere sulle modalità (nella specie, ingannatorie) della condotta, cioè sulla potenzialità della stessa a determinare l'evento (nella specie, a trarre in inganno il giudice che deve decidere sulla istanza), sicché, tanto maggiori saranno le potenzialità (ingannatorie) della condotta, ossia la sua idoneità a trarre in inganno il giudice all'atto della presentazione dell'istanza, tanto maggiore sarà l'offesa arrecata (in quanto il giudice sarà indotto ad assumere la decisione di ammissione al beneficio, in luogo di quella del rigetto).

4.3. Il reato a condotta plurima.

Con riferimento al comportamento *post delictum* dell'agente, **Sez. 4, n. 28657** del 05/07/2024, **Goleanu, Rv. 286812-01**, dopo aver ricordato l'insegnamento di Sez.U. "Tushaj" – secondo cui la causa di esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto è esclusa non solo nel caso in cui l'autore di reato sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto isolatamente considerato sia di particolare tenuità, ma anche nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate –, ha ravvisato l'«incompatibilità ontologica» tra la causa di non punibilità *ex* art. 131-*bis* cod. pen. e una fattispecie di reato che ha ad oggetto, «strutturalmente come tipizzazione del tipo, condotte reiterate».

Soffermandosi sulla nozione di tipizzazione del comportamento abituale, la Quarta sezione ha chiarito che questa, per un verso, richiama le «nozioni codicistiche di delinquente abituale, professionale e per tendenza previste dal codice penale (artt. 102, 103, 104, 105,

108 cod. pen.) e di commissione di più reati della stessa indole (art. 101 cod. pen.)» e, per altro verso, si riallaccia ai reati che hanno ad oggetto condotte plurime, abituali, reiterate e, in breve, seriali che, cioè, rinvengono nell'abitualità il loro tratto tipico o che presentano nel tipo condotte reiterate o che implicano, nelle fattispecie concrete, plurime distinte condotte nello sviluppo degli accadimenti.

4.4. La condotta anticipatoria di effetti *ex lege*.

Sez. 3, n. 46231 del 14/11/2024, **Nesca, Rv. 287336-01** ha escluso che la condotta dell'imputato successiva alla commissione del reato, ove sia meramente anticipatoria di un effetto necessitato dalla legge, possa giustificare, di per sé sola, l'applicabilità dell'esimente agli effetti del novellato art. 131-*bis*, comma primo, cod. pen., potendo essere valorizzata, al più, come ulteriore criterio, accanto a tutti quelli di cui all'art. 133, comma primo, cod. pen., nell'ambito del giudizio complessivo sull'entità dell'offesa.

Ad avviso della Terza sezione, la condotta susseguente alla commissione del reato (nella specie, la bonifica dello stato dei luoghi attuata dai contravventori prima della condanna per il reato di realizzazione e gestione di discarica abusiva) non rileva ai sensi dell'art. 131-*bis* cod. pen. nel caso in cui sia imposta dalla legge, in quanto non valutabile come manifestazione di resipiscenza e rimeditazione della gravità del fatto commesso, rimanendo, al contrario, del tutto neutra e trascurabile.

5. L'esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto nei procedimenti di competenza del giudice di pace.

In tema di reati di competenza del giudice di pace e, con riferimento al differente istituto dell'esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto dei cui all'art. 34 d.lgs. n. 274 del 28 agosto 2000, **Sez. 5, n. 42357 del 10/10/2024, Bellani, Rv. 287173-02** ha affermato che ricorre l'interesse dell'ufficio del pubblico ministero a impugnare la sentenza con la quale il tribunale in grado di appello ha dichiarato la non punibilità per tenuità del fatto ai sensi dell'art. 131-*bis* cod. pen., anziché ai sensi del citato art. 34, solo nel caso in cui difettino i presupposti della tenuità ovvero le ragioni di inoperatività della disposizione da ultimo citata.

La Quinta sezione – sulla premessa che qualunque sia l'istituto applicabile (art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000 o art. 131-*bis* cod. pen.), la nozione di interesse a impugnare «va individuata in una prospettiva utilitaristica di rimozione di uno svantaggio processuale», che «non si risolve in una astratta pretesa alla esattezza teorica del provvedimento» – ha evidenziato che l'interesse a impugnare ricorre non tanto in ragione dell'erronea applicazione dell'istituto previsto dall'art. 131-*bis* cod. proc. pen. per i reati di competenza del giudice di pace, quanto, piuttosto, per il difetto dei presupposti per provvedere a mente dell'art. 34 d. lgs. n. 274 del 2000. Ne deriva, ad avviso dei giudici, che «se è stata esercitata l'azione penale, la particolare tenuità del fatto può essere dichiarata con sentenza solo se l'imputato e la persona offesa non si oppongono» e, inoltre, che tale pronuncia impone che il giudice di merito accerti in concreto la volontà non ostativa delle parti «oltre che a mezzo di interpello o di spontanea dichiarazione dell'interessato, anche per fatti assolutamente sintomatici, in quanto l'art. 34 non richiede particolari modalità acquisitive, purché univoci e concludenti» (in termini, Sez. 5, n. 3784 del 28/11/2017, dep. 2018, Indraccolo, Rv. 272442-01).

In linea con l'orientamento seguito da Sez. 3, n. 48096 del 06/11/2013, Tavernaro, Rv. 258054-01 e da Sez. 4, n. 43383 del 28/09/2007, Corsini, Rv. 238300-01, secondo cui nel procedimento davanti al giudice di pace, la particolare tenuità del fatto quale causa di

improcedibilità dell'azione penale è applicabile a ogni tipologia di reato, purché sussistano le condizioni previste dalla norma, **Sez. 1, n. 332 del 26/11/2024, dep. 2025, Nuredini, Rv. 287386-01**, nel censurare la decisione del giudice di pace che aveva ritenuto non applicabile l'istituto di cui all'art. 34, d. lgs. n. 274 del 2000 ai reati omissivi istantanei di pura condotta (nella specie, reato di inosservanza dell'ordine del questore di lasciare il territorio dello Stato entro sette giorni, di cui all'art. 14, comma 5-ter, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286), ha affermato che l'istituto è astrattamente applicabile ai reati istantanei di pura condotta, anche di tipo omissivo, in quanto anche rispetto a questi è possibile verificare l'esiguità del danno o del pericolo derivato all'interesse da essi tutelato, nonché l'occasionalità del fatto e il ridotto grado della colpevolezza, tutti requisiti a cui l'istituto subordina la scelta abdicativa dello Stato nell'esercizio, altrimenti doveroso, dell'azione penale.

Né, ad avviso della Prima sezione, la causa di improcedibilità è condizionata dalla presenza, o meno, di un soggetto che possa dirsi concretamente danneggiato dal reato, in quanto il danno evocato dalla norma è il danno in senso criminale, inteso come offesa all'interesse protetto, e non il danno in senso civilistico.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte costituzionale:

Corte cost., sent. n. 156 del 2020.

Sentenze della Corte di cassazione:

Sez. 4, n. 43383 del 28/09/2007, Corsini, Rv. 238300-01;
Sez. 2, n. 45049 del 25/11/2008, Bodea, Rv. 241979-01;
Sez. 3, n. 48096 del 06/11/2013, Tavernaro, Rv. 258054-01
Sez. 2, n. 32989 del 10/04/2015, Lupatteli, Rv. 264223-01;
Sez. U, n. 13681 del 25/02/2016, Tushaj, Rv. 26659-01;
Sez. 3, n. 18891 del 22/11/2017, dep. 2018, Battistella, Rv. 272877-01;
Sez. 5, n. 3784 del 28/11/2017, dep. 2018, Indraccolo, Rv. 272442-01;
Sez. U, n. 20569 del 18/01/2018, Ksouri, Rv. 272715-01;
Sez. 5, n. 17348 del 9/01/2019, Giuliani, Rv. 276629-01;
Sez. U, n. 38954 del 30/05/2019, De Martino, Rv. 276463-01;
Sez. 1, n. 46433 del 13/09/2019, Hrurtic, Rv. 277335-01;
Sez. 1, n. 459 del 02/12/2020, dep. 2021, De Venuto, Rv. 280226-01;
Sez. 5, n. 20595 del 15/02/2021, Ferrante, Rv. 281180-01;
Sez. 6, n. 7573 del 27/01/2023, Arzaroli, Rv. 284241-02;
Sez. 4, n. 9466 del 15/02/2023, Castrignano, Rv. 284133-01;
Sez. 5, n. 38447 del 08/06/2023, Bimbi Salvini, Rv. 285137-01;
Sez. 2, n. 396 del 17/11/2023, dep. 2024, Maiocchi, Rv. 285726-01;
Sez. 6, n. 611 del 22/11/2023, dep. 2024, Conforti, Rv. 285604-01;
Sez. 3, n. 13081 del 10/01/2024, Bellini, Rv. 286145-01;
Sez. 1, n. 9858 del 24/01/2024, S., Rv. 286154-01;
Sez. 3, n. 13657 del 16/02/2024, Strongone, Rv. 286101-02;
Sez. 3, n. 24326 del 27/02/2024, Fonti, Rv. 286558-01;
Sez. 4, n. 14073 del 05/03/2024, Campana, Rv. 286175-01;
Sez. 4, n. 14073 del 05/03/2024, Campana, Rv. 286175-02;
Sez. 3, n. 26527 del 11/04/2024, Gobbo, Rv. 286792-05;
Sez. 5, n. 23582 del 08/05/2024, Visca, Rv. 286563;
Sez. 6, n. 23623 del 21/05/2024, Hasan Masun, Rv. 286629-01;
Sez. 4, n. 30042 del 29/05/2024, Lamarmora, Rv. 286818-01;
Sez. 4, n. 28657 del 05/07/2024, Goleanu, Rv. 286812-01;
Sez. 5, n. 42357 del 10/10/2024, Bellani, Rv. 287173-02;
Sez. 4, n. 43740 del 07/11/2024, Egghembrergher, Rv. 287126-01;
Sez. 3, n. 46231 del 14/11/2024, Nesca, Rv. 287336-01;
Sez. 1, n. 332 del 26/11/2024, dep. 2025, Nuredini, Rv. 287386-01.

SEZIONE IV

REATI DEL CODICE PENALE

CAPITOLO I

IL REATO DI INDEBITA DESTINAZIONE DI DENARO O COSE MOBILI: STRUTTURA NORMATIVA E QUESTIONI DI DIRITTO INTERTEMPORALE

(di Stefania Riccio)

SOMMARIO: 1. Il reato di indebita destinazione di denaro o cose mobili di cui all'art. 314-bis cod. pen: una fattispecie ibrida. – 2. L'evoluzione della giurisprudenza in tema di condotte distrattive, tra peculato e abuso di ufficio. – 3. La ricostruzione della sentenza *Felicita*. – 4. Le questioni di diritto intertemporale. Una *abrogatio sine abolitione* parziale.

1. Il reato di indebita destinazione di denaro o cose mobili di cui all'art. 314-*bis* cod. pen.: una fattispecie ibrida.

La **Sesta Sezione**, con sentenza **n. 4520 del 23 ottobre 2024, Felicita, Rv. 287453-02,** ha affermato il principio di diritto così massimato: *«In tema di delitti contro la pubblica amministrazione, il delitto di indebita destinazione di denaro o cose mobili, di cui all'art. 314-bis cod. pen., introdotto dall'art. 9, comma 1, d.l. 4 luglio 2024, n. 92, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 2024, n. 112, sanziona le condotte distrattive dei beni indicati che, nella disciplina previgente, la giurisprudenza di legittimità inquadrava nella fattispecie abrogata dell'abuso di ufficio, sicché l'ambito applicativo del delitto di peculato non risulta modificato dall'introduzione della nuova fattispecie incriminatrice».*

Investita di questioni di diritto intertemporale, la Corte ha affrontato il tema della oggettività giuridica del reato di indebita destinazione di denaro o cose mobili di cui all'art. 314-*bis* cod. pen. e ne ha esplorato i rapporti con la contigua fattispecie incriminatrice del peculato nonché con quella, che è stata oggetto di coeva abrogazione, dell'abuso di ufficio.

Da tali delitti la nuova norma incriminatrice – in vigore dal 5 luglio 2024 – mutua, ibridandoli, taluni elementi costitutivi, laddove stabilisce che *«fuori dei casi previsti dall'articolo 314, il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui, li destina ad un uso diverso da quello previsto da specifiche disposizioni di legge o da atti aventi forza di legge dai quali non residuano margini di discrezionalità e intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale o ad altri un danno ingiusto, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni».*

Più in dettaglio, il nuovo tipo legale condivide:

- con il reato di peculato di cui all'art. 314 cod. pen., presupposto ed oggetto materiale della condotta, posto che il soggetto attivo – pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio – deve avere «il possesso o la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui per ragione del suo ufficio o servizio».

- con il reato di abuso di ufficio di cui all'art. 323 cod. pen., nella versione riformulata dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76, la contrarietà della condotta a specifiche disposizioni di legge o ad atti aventi forza di legge dai quali non residuano margini di discrezionalità; così pure, corrispondono alla configurazione tipica dell'abuso sia l'evento (l'ingiusto vantaggio patrimoniale per sé o per altri, in alternativa all'altrui danno ingiusto), che l'elemento soggettivo, costituito dal dolo intenzionale.

La Corte ha anzitutto ricostruito la genesi del reato di nuova introduzione.

L'adozione con decretazione d'urgenza è valsa ad anticipare, sia pure di pochi giorni – così da evitare vuoti di tutela – l'approvazione della legge 9 agosto 2024, n. 114, che ha abrogato il reato di abuso di ufficio a decorrere dal 25 agosto 2024.

Come è stato osservato in dottrina, la sincronia tra i due interventi normativi rivela l'intento di "mettere in sicurezza" il risultato – come di qui a poco si vedrà – solo parzialmente abolitivo della riforma Nordio, contenuta nel decreto legge n. 92, evitando discontinuità tra vecchia a nuova disciplina.

Il preambolo del d.l., n. 92 qualifica la nuova figura di reato come attuativa dell'obbligo di incriminazione delle condotte appropriative di fondi o beni per uno scopo difforme da quello previsto, obbligo che promana dall'art. 4, § 3, della Direttiva UE 2017/1371 del 5 luglio 2017 (c.d. PIF), relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale.

I vincoli sovranazionali, *ex* art. 117, primo comma, Cost., sono all'origine dell'inserimento anche di un secondo comma nel corpo dell'art. 314-*bis* cod. pen. – ad opera della legge di conversione del d. l. n. 92, adottata l'8 agosto 2024, n. 112 e in vigore dal successivo 10 agosto 2024, la quale configura un diverso *range* edittale – reclusione da sei mesi a quattro anni – quando il fatto offenda gli interessi finanziari dell'Unione europea e l'ingiusto vantaggio patrimoniale o il danno ingiusto siano superiori al valore soglia di euro 100.000,00.

2. L'evoluzione giurisprudenziale in tema di condotte distrattive, tra peculato e abuso di ufficio.

La novella si pone nella scia di una lunga evoluzione della giurisprudenza di questa Corte regolatrice in tema di condotte distrattive, che ha avuto impulso dalla legge 26 aprile 1990, n. 86.

Essa ebbe a riformare l'originaria fisionomia del delitto di peculato, nella parte in cui contemplava le condotte alternative della appropriazione e della distrazione, espungendo dal paradigma dell'art. 314 cod. pen. le condotte distrattive "a profitto proprio o di altri" (contestualmente estendendo la punibilità del reato di abuso di ufficio alla figura dell'incaricato di pubblico servizio). Il legislatore dell'epoca intese reagire ad una interpretazione giurisprudenziale che qualificava in termini di peculato mere violazioni della disciplina amministrativa sulla destinazione dei fondi pubblici, anche nell'ipotesi in cui gli stessi venissero comunque utilizzati per fini di pubblica utilità; una interpretazione valutata eccessivamente rigida negli esiti applicativi, che comportava una significativa torsione del principio di proporzionalità tra fatto e sanzione.

In conseguenza del mutato assetto normativo, Sez. U, n. 19054 del 20/12/2012, dep. 2013, Vattani, Rv. 255296-01 (in parte motiva), evidenziarono come la soppressione del riferimento alla «distrazione» nel testo dell'art. 314 cod. pen., operata dalla legge n. 86 del 1990, non avesse determinato l'automatica traslazione di tutte le condotte distrattive poste in essere dall'agente pubblico nell'area di rilevanza penale dell'abuso d'ufficio, atteso che, qualora, mediante la distrazione del denaro o della cosa mobile altrui, tali risorse vengano

sottratte da una destinazione pubblica e confluiscano verso il soddisfacimento di interessi privati – dello stesso agente o di terzi – è comunque integrato il delitto di peculato.

Sulla base di tali coordinate, si è consolidato negli anni, nella giurisprudenza della Sesta Sezione di questa Corte regolatrice, un indirizzo interpretativo in forza del quale sono riconducibili all'abuso di ufficio le condotte, non comportanti appropriazione, consistenti nel mero mutamento della destinazione, stabilita dalla legge, del denaro o delle cose mobili pubbliche, e ciò in quanto, in tal caso, la destinazione del bene, pur viziata, conserva natura pubblicistica e non favorisce interessi estranei alla Pubblica amministrazione; per converso, permangono nella sfera applicativa dell'art. 314 cod. pen. le condotte di c.d. distrazione appropriativa, ossia di finalizzazione dei beni, da parte del pubblico agente, al soddisfacimento esclusivo di interessi privatistici (Sez. 6, n. 27910 del 23/9/2020, Perriccone, Rv. 279677-01; Sez. 6, n. 19484 del 23/1/2018, Bellinazzo, Rv. 273783: Sez. 6, n. 41768 del 22/6/2017, Fitto, Rv. 271283-01; Sez. 6, n. 12658 del 2/3/2016, Tripodi, Rv. 266871-01).

Ad oggi si è data ampia continuità all'orientamento per cui il *discrimen* tra peculato e abuso d'ufficio, con riferimento alle condotte distrattive, dipende dalla destinazione del denaro o della cosa mobile altrui.

Si è poi ulteriormente puntualizzato che l'utilizzo di denaro pubblico per finalità diverse da quelle previste integra il reato di abuso d'ufficio qualora l'atto di destinazione avvenga in violazione delle regole contabili, ma sia funzionale alla realizzazione, oltre che di indebiti interessi privati, anche di interessi pubblici obiettivamente esistenti e per i quali sia ammissibile un ordinativo di pagamento o l'adozione di un impegno di spesa da parte dell'ente; di contro, integra il più grave reato di peculato nel caso in cui l'atto di destinazione sia compiuto in difetto di qualunque motivazione o documentazione, ovvero in presenza di una motivazione di mera copertura formale, per finalità esclusivamente private ed estranee a quelle istituzionali (v. Sez. 6, n. 27910 del 23/09/2020, Perricone, Rv. 279677, in relazione a fattispecie in cui la Corte ha annullato con rinvio la condanna per peculato del presidente di un'azienda pubblica, rilevando che l'accertata violazione della normativa per la scelta della ditta appaltatrice e la mancata osservanza delle norme di contabilità, in assenza della prova della non corrispondenza dell'importo erogato al valore delle opere realizzate, avrebbero potuto integrare al più il reato di abuso di ufficio).

Il reato di peculato non è dunque configurabile – si è precisato – nei casi in cui l'interesse privato dell'agente e quello istituzionale dell'ente siano sincroni e sovrapponibili, non evidenziando alcun profilo di frizione (in applicazione di tali principi Sez. 6, n. 25173 del 13/04/2023, Costa, Rv. 284790-01 ha escluso il reato di peculato con riguardo all'utilizzo di fondi di un consorzio industriale impiegati dal Consiglio di amministrazione per il pagamento delle prestazioni di un avvocato incaricato di impugnare il provvedimento regionale che disponeva lo scioglimento dell'ente, a nulla rilevando il convergente interesse degli imputati di evitare l'azzeramento degli organi consortili dai medesimi ricoperti).

Come risulta dalla Relazione al decreto legge n. 92, l'intervento normativo del 2024 ha dunque inteso chiarire definitivamente i termini di punibilità delle condotte non appropriative, anche in ragione della prospettata necessità di adeguamento alla richiamata normativa eurounitaria.

3. La ricostruzione della sentenza *Felicita*.

Sulla base di tale sostrato concettuale la sentenza Felicita ha articolato la propria lettura del *novum* normativo.

La Corte ha disatteso l'impostazione difensiva secondo la quale la collocazione dell'art. 314-bis cod. pen. nel tessuto codicistico, subito dopo l'art. 314 cod. pen., e la clausola di riserva

con la quale si apre la fattispecie, deporrebbero, in una prospettiva sistematica, nel senso che la norma di nuovo conio disciplini attualmente tutte le ipotesi di peculato per distrazione.

Avuto riguardo, in primis, al canone di interpretazione letterale, la Sesta Sezione, con la pronuncia in rassegna, ha ritenuto tutt'altro che casuale la scelta del legislatore di non riproporre nel testo della norma il lemma "distrae": l'utilizzo del predicato "destina" vale a sgombrare il capo da possibili equivoci in ordine alla reintroduzione di una distinzione tra peculato per appropriazione e peculato per distrazione non più attuale a far tempo dalla riforma del 1990.

Un rilievo esegetico decisivo, nella struttura dell'art. 314-bis cod. pen., ha poi la clausola di riserva – «Fuori dai casi previsti dall'art. 314» – con cui la disposizione esordisce. Meccanismo regolativo del concorso apparente di norme, la clausola ha qui connotazione "determinata", in quanto riferita alla specifica disposizione del peculato, e non può che essere intesa nel senso che il legislatore ha inteso escludere ogni interferenza della nuova fattispecie sull'ambito applicativo dell'art. 314 cod. pen., per come interpretato dal diritto vivente.

Scrive al riguardo la Corte che «se la nozione di "appropriazione" che connota la condotta del reato di peculato […] non ricomprendesse anche quella di "distrazione", non vi sarebbe alcuna interferenza tra le disposizioni di cui agli articoli 314 e 314-bis cod. pen., in quanto le due fattispecie contemplerebbero due condotte del tutto distinte e irrelate; in nessun caso, infatti, una "destinazione" di beni per finalità diverse da quelle pubbliche, ma pur sempre compatibile con la realizzazione di interessi pubblici, potrebbe essere ascritta alla nozione di "appropriazione". La tipicità della fattispecie di cui all'art. 314-bis cod. pen., dunque, si staglia una volta esclusa la ricorrenza della fattispecie di peculato di cui all'art. 314 cod. pen.».

Il legislatore ha in definitiva recepito l'elaborazione concettuale di questa Corte regolatrice, stabilizzandone gli approdi.

Chiara la *intentio legis*, oggettivata nella norma, di lasciare inalterati i confini del delitto di peculato per come disegnati dal costante orientamento della giurisprudenza di legittimità, sicché le condotte distrattive in cui la res è sottratta in modo definitivo alla finalità pubblica per essere piegata al conseguimento di finalità private, siano esse proprie dell'agente o altrui, non sono suscettibili di diversa qualificazione per effetto dell'inserimento nella trama codicistica del delitto di cui all'art. 314-bis cod. pen. In altri termini, le condotte di "distrazione appropriativa" esulano del tutto dall'ambito applicativo della fattispecie di indebita destinazione e che, con riferimento ad esse, vi è piena continuità nella qualificazione giuridica, dovendo essere inquadrate nell'art. 314 cod. pen.

Corollario di tale impostazione è che l'art. 314-bis non costituisce affatto – nelle dinamiche di diritto intertemporale – *lex mitior* rispetto alle condotte di peculato per distrazione, come nella specie era stato dedotto dalla difesa.

Secondo la Corte, «la nuova fattispecie di reato, coerentemente con la ragione della sua introduzione, sottrae, invece, le condotte di indebita destinazione di denaro o cose mobili, ritenute nell'assetto previgente quale condotte di abuso di ufficio, all'irrilevanza penale conseguente all'*abolitio criminis* di tale reato, per evitare il contrasto con gli obblighi di criminalizzazione derivanti dal diritto dell'Unione europea».

Al contempo, l'art. 314-bis cod. pen. non comporta la riespansione dell'ambito applicativo del reato di peculato con riferimento a tali classi di condotte, in quanto chiarisce, in negativo, che la deviazione dal fine pubblico non integra sempre e comunque peculato. Non lo integra, certamente, l'uso distorto della discrezionalità amministrativa, che aveva segnato, come è stato affermato in dottrina, il definitivo "impoverimento del disvalore tipico del peculato".

La nuova fattispecie di indebita destinazione– per un fenomeno che è stato definito di "gemmazione per distacco" dalla fattispecie dell'abrogato art. 323 cod. pen., limitatamente ad una

sua sotto-fattispecie, assurta a rango di figura autonoma – interviene allora sulle sole condotte di "abuso distrattivo" di fondi pubblici, finora sussunte nell'art. 323, cioè quelle consistenti nel «mero mutamento della destinazione di legge del denaro o delle cose mobili pubbliche», in termini compatibili con i fini istituzionali dell'ente di appartenenza dell'agente pubblico.

Lo sviamento dalla finalità tipica che la norma stigmatizza implica pur sempre – in forza della ridetta clausola di riserva – l'immanenza di una finalità pubblica nella destinazione impressa dall'agente, per quanto differente da quella prevista dal legislatore.

Ne consegue che vi è continuità del tipo di illecito con riguardo alle condotte di indebita destinazione, originariamente ascrivibili alla fattispecie di abuso di ufficio (in presenza di omogeneità di elementi strutturali delle fattispecie); esse continueranno ad essere punibili ai sensi dell'art. 314-bis cod. pen., se commesse ante novella, ma secondo la più favorevole cornice edittale prevista da tale norma, ai sensi dell'art. 2, quarto comma, cod. pen.

4. Le questioni di diritto intertemporale. Una *abrogatio sine abolitione* parziale.

Passando ad esaminare le ulteriori questioni di diritto intertemporale rimesse al suo scrutinio, la Corte, con la sentenza in rassegna, ha ritenuto che, con riferimento alle condotte di indebita destinazione punibili ai sensi della disciplina previgente in termini di abuso (distrattivo) d'ufficio, l'art. 314-bis abbia realizzato una parziale *abrogatio sine abolitione*.

Comparando i profili strutturali della nuova fattispecie incriminatrice con quelli della norma di previsione dell'abuso, si rileva che vi è stata una restrizione dello spazio di rilevanza penale delle condotte, che investe i seguenti profili:

- anzitutto, l'art. 314-bis persegue la sola destinazione di beni ad un uso diverso da quello previsto da specifiche disposizioni di legge o da atti aventi forza di legge dai quali non residuano margini di discrezionalità; il che significa che, a contrariis, ove il vincolo di destinazione violato promani da una fonte subprimaria, ovvero implichi valutazioni di carattere discrezionale, la condotta distrattiva non è punibile;

- il possesso o la disponibilità della res per ragione dell'ufficio o del servizio, che l'art. 314-bis cod. pen. esige, sulla falsariga della norma di previsione del peculato, è presupposto ulteriormente selettivo dell'area di rilevanza penale, rispetto all'art. 323 cod. pen., che perseguiva la condotta di abuso commessa «nello svolgimento delle funzioni o del servizio»;

- le condotte distrattive aventi ad oggetto beni immobili, punibili ai sensi dell'art. 323 cod. pen. nell'assetto previgente, non sono più contemplate dall'art. 314-bis cod. pen.

Non pare, da ultimo, superfluo evidenziare, che Sez. 1 n. 5041 del 10/01/2025, Alemanno, Rv. 287431-01 – pronunciata in epoca successiva al periodo in rassegna – ha condiviso le linee ricostruttive del reato di indebita destinazione *ex* art. 314-bis cod. pen. tracciate dalla sentenza Felicita.

Si è ritenuto in tale arresto che, a seguito dell'abrogazione del delitto di abuso d'ufficio, non fosse suscettibile di revoca – nella specie richiesta in fase esecutiva, ai sensi dell'art. 673 cod. proc. pen. – la sentenza di condanna irrogata nei confronti del ricorrente per il delitto di traffico di influenze illecite, posto che la condotta di interferenza allo stesso riferibile era stata ricostruita, in sede di cognizione, come finalizzata alla consumazione, da parte dei soggetti operanti nel Comune di Roma e nelle società pubbliche interessate (nei cui confronti, egli si era impegnato ad intervenire e di fatto era intervenuto) di un delitto di abuso di ufficio, secondo l'ultima formulazione dell'art. 323 cod. pen. Essendo le norme destinate ad essere violate regole di condotta, previste dalla legge sugli enti locali, dalle quali non residuano margini di discrezionalità, l'illecita interferenza era dunque finalizzata alla realizzazione del delitto di abuso di ufficio, con modalità che conservano tuttora disvalore penale a norma dell'art. 314-bis cod. pen., in applicazione dei principi enucleati dalla sentenza *Felicita*.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione:

Sez. U, n. 19054 del 20/12/2012, dep. 2013, Vattani, Rv. 255296-01;
Sez. 1 n. 5041 del 10/01/2025, Alemanno, Rv. 287431-01;
Sez. 3, n. 4520 del 23 ottobre 2024, Felicita, Rv. Rv. 287453-02;
Sez. 6, n. 27173 del 13/04/2023, Costa, Rv. 284790-01;
Sez. 6, n. 27910 del 23/9/2020, Perricone, Rv. 279677-01;
Sez. 6, n. 19484 del 23/1/2018, Bellinazzo, Rv. 273783 -01;
Sez. 6, n. 41768 del 22/6/2017, Fitto, Rv. 271283-01;
Sez. 6, n. 12658 del 2/3/2016, Tripodi, Rv. 266871-01.

CAPITOLO II

LE SEZIONI UNITE SULLA CONFIGURABILITÀ DEL DELITTO DI CUI ALL'ART. 316-*TER* COD. PEN. E SULLA NATURA UNITARIA O PLURALE DELLA FATTISPECIE IN CASO DI RICONOSCIMENTO DEL DIRITTO ALLE AGEVOLAZIONI PREVIDENZIALI E ALLA RIDUZIONE DEI CONTRIBUTI DOVUTI AI LAVORATORI IN MOBILITÀ PER EFFETTO DELL'OMESSA COMUNICAZIONE DELLA CONDIZIONE OSTATIVA DI CUI ALL'ART. 8, COMMA 4-*BIS*, LEGGE N. 223 DEL 1991

(di Caterina Brignone)

SOMMARIO: 1. I principi affermati dalle Sezioni Unite. – 2. La prima questione: genesi ed esegesi dell'art. 316-ter cod. pen.; orientamenti giurisprudenziali e soluzione prescelta. – 3. La seconda questione: orientamenti giurisprudenziali e soluzione prescelta sulla natura unitaria a consumazione prolungata o plurale della fattispecie di indebita percezione di erogazioni pubbliche.

1. I principi affermati dalle Sezioni Unite.

Le Sezioni unite penali, con la sentenza n. 11969 del 28/11/2024, dep. 26/03/2025, Tomaificio Zodiaco, hanno affermato i principi di diritto così massimati:

«Integra il reato di indebita percezione di erogazioni pubbliche, previsto dall'art. 316-ter cod. pen., l'indebito conseguimento del diritto alle agevolazioni previdenziali e alla riduzione dei contributi dovuti ai lavoratori collocati in mobilità per effetto dell'omessa comunicazione dell'esistenza della condizione ostativa prevista dall'art. 8, comma 4-bis, legge 23 luglio 1991, n. 223 (abrogato, a decorrere dal primo gennaio 2017, dall'art. 2, comma 71, lett. b), legge 28 giugno 2012, n. 92), senza che assumano rilievo, a tal fine, le modalità di ottenimento del vantaggio economico derivante dall'inadempimento dell'obbligazione contributiva» (Rv. 287649-01);

«In tema di indebita percezione di erogazioni pubbliche, nell'ipotesi in cui il diritto alla riduzione dei contributi previdenziali e alle agevolazioni previste per il collocamento dei lavoratori in mobilità dall'art. 8 legge 23 luglio 1991, n. 223 (abrogato, a decorrere dal primo gennaio 2017, dall'art. 2, comma 71, lett. b), legge 28 giugno 2012, n. 92) sia stato indebitamente conseguito per effetto di una originaria condotta mendace od omissiva, il reato è unitario a consumazione prolungata quando i relativi benefici economici siano concessi o erogati in ratei periodici e in tempi diversi, con la conseguenza che la sua consumazione cessa con la percezione dell'ultimo contributo» (Rv. 287649-02).

1.1. Tali principi costituiscono la risposta alle due questioni rimesse dalla Sezione Sesta con ordinanza n. 27639 del 07/05/2024 e parzialmente riformulate dalle stesse Sezioni Unite nei termini di cui a seguire:

a) *"Se nell'ambito applicativo del reato di cui all'art. 316-ter cod. pen. rientri l'indebito conseguimento della riduzione dei contributi previdenziali dovuto ai lavoratori in mobilità assunti dall'impresa, per effetto della mancata comunicazione, da parte di quest'ultima, dell'esistenza di una condizione ostativa prevista dalla legge (art. 8 legge 23 luglio 1991, n. 223 e successive modifiche)"*;

b) *"Se, in caso di reiterate percezioni periodiche di contributi erogati dallo Stato, il reato di cui all'art. 316-ter cod. pen. debba considerarsi unitario, con la conseguenza che la*

relativa consumazione cessa con la percezione dell'ultimo contributo, ovvero se, in tali casi, sussistano plurimi reati corrispondenti a ciascuna percezione".

2. La prima questione: genesi ed esegesi dell'art. 316-*ter* cod. pen.; orientamenti giurisprudenziali e soluzione prescelta.

Con riguardo al primo tema – devoluto ai sensi dell'art. 618, comma 1-bis cod. proc. pen. – l'ordinanza di rimessione proponeva il superamento del principio di diritto affermato da Sez. U, 16/12/2010, Pizzuto, Rv. 249104-01, a mente del quale, ai fini dell'integrazione del reato previsto dall'art. 316-ter cod. pen., si ha erogazione, pur in assenza di materiale elargizione di denaro, quando il richiedente ottiene un vantaggio economico posto a carico della comunità.

2.1. Invero, l'ambito di applicazione della fattispecie di reato in esame è stato progressivamente delineato dalla Corte costituzionale e dalle Sezioni Unite.

La Consulta, con l'ordinanza n. 95 dell'8 marzo 2004, ha affermato il carattere sussidiario e residuale del reato previsto dall'art. 316-*ter* cod. pen. rispetto a quello affine di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche di cui all'art. 640-*bis* cod. pen., poiché il primo assicura agli stessi interessi protetti dal secondo una tutela aggiuntiva e "complementare", "coprendo" gli eventuali "margini di scostamento", per difetto, del paradigma punitivo della truffa. Compete al giudice ordinario accertare, in concreto, se una data condotta, formalmente rientrante nello schema dell'art. 316-*ter* cod. pen., integri anche la figura descritta dall'art. 640-*bis* cod. pen., dovendosi, in tal caso, fare applicazione solo di quest'ultima.

Tale prospettiva interpretativa ha trovato continuità nelle decisioni delle Sezioni unite Carchivi e Pizzuto.

Per Sez. U, 19/04/2007, n. 16568, Carchivi, Rv. 235962-01, «integra il reato di indebita percezione di elargizioni a carico dello Stato previsto dall'art. 316-*ter*, comma primo, cod. pen., e non quello di truffa aggravata ai sensi dell'art. 640-*bis* stesso codice, l'indebito conseguimento, nella misura superiore al limite minimo in esso indicato, del cosiddetto reddito minimo di inserimento previsto dal d.lgs. 18 giugno 1998 n. 237. (Nell'enunciare tale principio, la Corte ha ritenuto che nel reato di cui all'art. 316 ter cod. pen. restano assorbiti solo i delitti di falso di cui agli artt. 483 e 489 cod. pen., ma non le altre falsità, eventualmente commesse al fine di ottenere l'erogazione, le quali, all'occorrenza, concorrono con il primo reato)».

Il *discrimen* tra le fattispecie di cui agli artt. 316-*ter* e 640-*bis* cod. pen. non è tracciato in base alla natura delle erogazioni, posto che entrambi i reati risultano applicabili pure a erogazioni non condizionate da specifiche destinazioni funzionali come i contributi assistenziali. Piuttosto, il rapporto di sussidiarietà – evidenziato dalla Corte costituzionale – è valorizzato riconducendo all'art. 316-*ter* cod. pen. «quelle condotte cui non consegua un'induzione in errore o un danno per l'ente erogatore», sicché, fermi restando i limiti tradizionali della truffa, il perimetro dell'art. 316-*ter* cod. pen. si riduce «a situazioni del tutto marginali, come quelle del mero silenzio antidoveroso o di una condotta che non induca effettivamente in errore l'autore della disposizione patrimoniale».

Con la sentenza Pizzuto, le Sezioni Unite hanno affermato che integra il reato di cui all'art. 316-*ter* cod. pen. «la falsa attestazione circa le condizioni reddituali per l'esenzione dal pagamento del *ticket* per prestazioni sanitarie e ospedaliere che non induca in errore ma determini al provvedimento di esenzione sulla base della corretta rappresentazione dell'esistenza dell'attestazione stessa». La truffa va, invece, «ravvisata solo ove l'ente ero-

gante sia stato in concreto 'circuito' nella valutazione di elementi attestativi o certificativi artificiosamente decettivi».

Per giungere a tale approdo, la Corte fa rientrare nella nozione di erogazione tutte le attività di contribuzione ascrivibili agli enti pubblici e realizzate mediante dazione di una somma di danaro ovvero tramite concessione dell'esenzione dal pagamento di una somma agli stessi dovuta; anche in quest'ultimo caso, infatti, il richiedente ottiene un vantaggio economico, il cui costo è posto a carico della comunità. La locuzione «contributi, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni dello stesso tipo» va, dunque, interpretata non in un senso tecnico ancorato alla legislazione di settore, bensì nell'ampia estensione semantica congeniale alle finalità alla base dell'introduzione nel sistema della fattispecie di reato in esame.

2.2. I principi delineati dalle citate decisioni hanno ricevuto costante applicazione nella successiva elaborazione giurisprudenziale (Sez. 6, n. 29674 del 21/06/2022, Sindoni, Rv. 283612-01; Sez. 6, n. 7963 del 26/11/2019, Romano, Rv. 278455-01; Sez. 6, n. 20531 del 14/04/2022, Silletti, n.m.; Sez. 6, n. 31223 del 24/06/2021, Ciccarini, n.m.; Sez. 6, n. 21353 del 24/06/2020, Magnani, n.m.; Sez. 6, n. 41263 del 11/09/2019, Massaccesi, n.m.; Sez. 6, n. 31903 del 07/05/2019, Montanino, n.m.; Sez. 2, n. 15989 del 16/03/2016, Fiesta, Rv. 266520-01; Sez. 2, n. 48663 del 17/10/2014, Talone, Rv. 261140-01; Sez. 2, n. 2905 del 22/11/2011, Genovese, n.m.).

Peraltro, la Corte ha ricompreso nell'alveo semantico della nozione di altre erogazioni pubbliche dello stesso tipo «comunque denominate» – che figura nelle fattispecie previste dagli artt. 316-*bis*, 316-*ter* e 640-*bis* cod. pen. – anche l'ipotesi della concessione, per effetto di un'autodichiarazione mendace, di un finanziamento bancario assistito dalla garanzia del Fondo centrale per le piccole e medie imprese (Fondo P.M.I.) ai sensi dell'art. 13, lett. m), d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (cd. "decreto liquidità"), convertito dalla legge 5 giugno 2020 n. 40. La garanzia a carico del soggetto pubblico, gratuita per il beneficiario, costituisce, infatti, presupposto determinante per l'erogazione del finanziamento da parte dell'istituto di credito privato (Sez. 6, n. 11246 del 13/01/2022, Pressiani, Rv. 283106-01; Sez. 6, n. 2125 del 24/11/2021, Bonfanti, Rv. 282675-01).

2.3. La terminologia impiegata nella norma viene, dunque, costantemente declinata in modo tale da farvi rientrare ogni tipo di aiuto di Stato, comprensivo di contributi, sovvenzioni, attribuzioni pecuniarie a fondo perduto e tutte quelle forme di finanziamento caratterizzate dalla fruizione di un vantaggio a spese dello Stato ovvero da una onerosità attenuata rispetto a quella derivante dall'applicazione delle regole ordinarie del mercato.

2.4. La decisione ora in commento ritiene che la persistente validità dell'interpretazione fin qui accolta dalla giurisprudenza sia confermata dalla genesi e dalla formulazione lessicale dell'art. 316-*ter* cod. pen.

La disposizione è stata introdotta dall'art. 4, comma 1, legge 29 settembre 2000, n. 300, per adeguare l'ordinamento italiano agli obblighi derivanti dalla Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, sottoscritta a Bruxelles il 26 luglio 1995. Per l'art. 1, lett. a), della Convenzione, costituisce frode lesiva degli interessi finanziari delle Comunità europee, in materia di spese, qualsiasi azione od omissione intenzionale relativa, fra l'altro, all'utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi, inesatti o incompleti cui consegua il percepimento o la ritenzione illecita di fondi provenienti dal bilancio generale delle Comunità europee o dai bilanci gestiti dalle Comunità europee o per conto di esse; l'art. 2 impone, poi, agli Stati membri di punire le frodi lesive dei predetti interessi con sanzioni penali «effettive, proporzionate e dissuasive». La disposizione

dell'art. 1 poggia su termini di ampio significato, allo scopo di assicurare una tutela estesa ai fondi di provenienza eurounitaria, sia con riferimento al riconoscimento del relativo diritto sia per garantirne il vicolo di destinazione.

L'introduzione dell'art. 316-*ter* cod. pen. non era prevista nell'originario disegno di legge di ratifica della Convenzione di Bruxelles, sul rilievo che l'art. 640-*bis* cod. pen. bastasse a soddisfare gli obblighi comunitari concernenti le frodi "in materia di spese" delineate dall'art. 1, lett. a), primo e secondo trattino, dello strumento convenzionale. Durante i lavori parlamentari, tuttavia, è prevalsa la preoccupazione che talune ipotesi di frode contemplate dalla Convenzione – segnatamente quelle relative a condotte di mero silenzio antidoveroso, senza necessità di quella conseguente induzione in errore del soggetto passivo, che caratterizza la truffa – potessero sfuggire all'operatività dell'art. 640-*bis* cod. pen. Per evitare una eventuale inadempienza agli obblighi comunitari, è stata introdotta la disposizione di cui all'art. 316-*ter* cod. pen., che, comminando sanzioni più miti rispetto a quelle previste dall'art. 640-*bis* cod. pen., è indicativa dell'intento di colpire fatti di minore gravità rispetto a quelli attinti dalla norma principale.

Nel delineare la fattispecie di cui all'art. 316-*ter* cod. pen. in conformità agli obiettivi della Convezione, il legislatore ha ancorato il fatto tipico al conseguimento indebito di contributi, sovvenzioni, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, mediante l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi o attestanti cose non vere, ovvero mediante l'omissione di informazioni dovute. Com'è evidente, l'oggetto materiale della condotta è descritto in modo deliberatamente generico, con ricorso ad una pluralità di espressioni polisemiche e ad una formula di chiusura, atta a ricomprendere ogni possibile forma di attribuzione agevolata per il beneficiario di risorse pubbliche o eurounitarie che prescindono da un esborso iniziale di denaro. La diade «mediante l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi o l'omissione di informazioni dovute» indica le possibili modalità di realizzazione dei comportamenti alternativamente previsti dalla fattispecie. Infine, il testo della disposizione, stabilendo che i benefici possono essere «concessi o erogati», dimostra che il legislatore ha inteso conferire alle due parole un significato non limitato alla materiale dazione di somme di denaro.

Non c'è diversità di effetti, dunque, tra concessione ed erogazione dei benefici contributivi contemplati dalla legge in favore dell'impresa che assume a tempo pieno e indeterminato i lavoratori iscritti nella lista di mobilità. Nelle disposizioni previste, all'epoca dei fatti, dall'art. 8, commi 2, 4, 4-*bis*, legge 23 luglio 1991, n. 223, il legislatore ha impiegato i termini "concessione" ed "erogazione" in maniera sovrapponibile, posto che alla condotta della società datrice di lavoro è causalmente ricollegabile l'attribuzione del diritto alla fruizione del beneficio, in forma di agevolazione contributiva o di riduzione dell'onere economico del pagamento della contribuzione a carico della società. D'altra parte, la disposizione di cui all'art. 8, comma 8, legge n. 223 del 1991 fa riferimento a entrambi i suindicati benefici economici, includendoli nella sfera di applicazione della disposizione di cui all'art. 37 legge 9 marzo 1989, n. 88, che ha istituito presso l'I.N.P.S. la gestione degli interventi assistenziali e di sostegno alle gestioni previdenziali, ponendone a carico dello Stato il finanziamento in relazione agli oneri derivanti dalle agevolazioni contributive disposte in favore di particolari categorie, tra le quali rientrava, all'epoca dei fatti oggetto del presente procedimento, anche quella dei lavoratori collocati nella lista di mobilità. Nell'ipotesi di indebito conseguimento delle agevolazioni previste dall'art. 8, commi 2 e 4, legge n. 223 del 1991, l'obbligo di garantire la posizione contributiva dei lavoratori, in caso di inadempimento della relativa obbligazione, si trasferisce dal datore di lavoro all'I.N.P.S., che eroga la prestazione in suo luogo, così riverberandosi gli effetti del mancato versamento sul bilancio

della relativa gestione previdenziale e, indirettamente, su quello dello Stato, in forza della previsione dell'art. 37, comma 5, legge n. 88 del 1989.

2.5. Muove nella medesima prospettiva esegetica l'elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato ai sensi dell'art. 107 T.F.U.E.

Sul tema, la Corte di Lussemburgo afferma costantemente che lo sgravio o la riduzione dei contributi previdenziali sono forme tipiche di vantaggio economicamente valutabile, di fonte pubblica, idonee a concretare ipotesi di aiuto di Stato, anche quando – come nel caso degli sgravi contributivi – le autorità pubbliche non eroghino direttamente denaro alle imprese o quando il vantaggio sia riconosciuto da un ente previdenziale e non da un'autorità ministeriale in senso tradizionale (Corte giustizia, 29/07/2019, INPS c. ANM s.p.a.; Corte giustizia, 27/06/2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania c. Ayuntamiento de Getafe). Rilevano tutti gli interventi volti a favorire, direttamente o indirettamente, determinate imprese o che devono essere considerati come un vantaggio economico che l'impresa beneficiaria non avrebbe potuto ottenere in normali condizioni di mercato (Corte giustizia, 09/10/2014, Ministerio de Defensa e Navantia, par. 21). Nella prospettiva del diritto eurounitario, vi è "trasferimento di risorse statali" ogniqualvolta lo Stato conceda direttamente proprie risorse oppure, indirettamente, rinunci a riscuotere quanto dovutogli (Corte giustizia, 11/07/1996, SFEI; Corte giustizia, 14/03/1994, Banco Exterior de Esparia; Corte giustizia, 02/02/1988, Van der Kooy; Corte giustizia, 22/03/1977, Steinike & Einling); inoltre, la nozione di «aiuto» comprende, oltre alle prestazioni positive, anche le altre misure che alleviano gli oneri normalmente gravanti sul bilancio d'impresa (Corte giustizia, 14/09/2023, Commission c. Dansk Erhverv; Corte giustizia, 14/01/2015, Eventech).

2.6. A sostegno della fondatezza della linea interpretativa tracciata militano ulteriori argomenti.

Guardando ai principi generali stabiliti dal legislatore in tema di disposizioni autorizzative delle erogazioni economiche di fonte pubblica e alle connesse implicazioni, l'art. 12 legge 7 agosto 1990, n. 241, in materia di provvedimenti attributivi di vantaggi economici, stabilisce: nel primo comma, che «la concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari e l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati sono subordinate alla predeterminazione (...) da parte delle amministrazioni procedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi»; nel secondo comma, che «l'effettiva osservanza dei criteri e delle modalità di cui al comma 1 deve risultare dai singoli provvedimenti relativi agli interventi di cui al medesimo comma 1». Se ne desume che il principio di tipicità e predeterminazione delle disposizioni autorizzative di spesa da parte degli enti non distingue tra la concessione di sovvenzioni, contributi e sussidi, da un lato, e l'attribuzione di ausili finanziari e vantaggi economici di qualunque genere, dall'altro. Una tale distinzione risulta, quindi, artificiosa, oltre che irragionevole nella prospettiva della spesa pubblica.

Né può attribuirsi rilievo, in senso contrario, alla parziale modifica apportata alla rubrica dell'art. 316-ter dall'art. 28-bis, comma 1, lett. c), n. 1), d.l. 27 gennaio 2022, n. 4, convertito con modificazioni dalla legge 28 marzo 2022, n. 25, poiché il legislatore si è limitato a interpolare l'espressione «indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato» con quella, più appropriata, di «indebita percezione di erogazioni pubbliche», così evidenziando il possibile orientamento della condotta delittuosa anche in direzione degli enti pubblici e dell'Unione europea.

2.7. La disamina dei tratti identificativi del fatto tipico incriminato dall'art. 316-*ter* cod. pen. porta a escluderne la sussumibilità in una delle diverse figure delittuose evocate, in via alternativa, dall'ordinanza di rimessione.

2.7.1. Quanto alla fattispecie prevista dall'art. 10-*quater* d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, che sanziona, sotto la rubrica «indebita compensazione», l'omesso versamento di somme dovute utilizzando in compensazione, ai sensi dell'art. 17 d.lgs. 9 luglio 1997, n. 241, crediti non spettanti (comma 1) o crediti inesistenti (comma 2) per un importo annuo superiore alla soglia di punibilità di cinquantamila euro, il legislatore esige, quale elemento di tipicità della condotta, l'esposizione di un (altro) credito inesistente o non spettante che il contribuente utilizza indebitamente in compensazione per ridurre o estinguere l'obbligazione tributaria. La condotta punita è diversa da quella prevista dall'art. 316-*ter* cod. pen. dove non compare alcuna «indebita compensazione» correlata ad una specifica operazione fiscale che si concretizza con la presentazione del modello F24, quale momento di consumazione del reato previsto invece dall'art. 10-*quater* d.lgs. n. 74 del 2000 (*ex plurimis*, Sez. 3, n. 3038 del 14/11/2023, MC Tex s.r.l., Rv. 285747- 01).

2.7.2. Analoga disomogeneità di struttura è ravvisabile rispetto al reato di cui all'art. 2, comma 1-bis, d.l. 12 settembre 1983, n. 463, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 1983, n. 638. Tale disposizione postula un obbligo di versamento, da parte del datore di lavoro, delle ritenute previdenziali ed assistenziali operate sulle retribuzioni dei lavoratori dipendenti, che non possono essere portate a conguaglio con le somme eventualmente anticipate ai lavoratori per conto delle gestioni previdenziali ed assistenziali, fatta salva l'ipotesi che, a seguito di conguaglio tra gli importi contributivi a carico del datore di lavoro e le somme anticipate, risulti un saldo attivo in favore del datore di lavoro. In tale fattispecie, la condotta omissiva presuppone la regolare formazione del sinallagma contrattuale e l'effettività della prestazione corrisponde al modello legale del rapporto, ma il datore di lavoro – che trattiene dalla retribuzione del lavoratore le somme effettivamente dovute a titolo previdenziale – omette di versarle all'ente di gestione. Per converso, nella disposizione prevista dall'art. 316-*ter* cod. pen., alla condotta di indebita percezione posta in essere attraverso l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o documenti falsi o attestanti cose non vere ovvero tacendo informazioni dovute sulla sussistenza di una condizione ostativa, è causalmente riconducibile l'attribuzione di una forma di agevolazione economica, con conseguente perfezionamento del reato senza che assumano rilievo forme e modalità di ottenimento del vantaggio economico legato alla previsione legale della decontribuzione o di altro tipo di agevolazione.

2.7.3. Con riferimento alla fattispecie di frode previdenziale prevista dall'art. 37, comma 1, legge 24 novembre 1981, n. 689 – che sanziona il datore di lavoro che omette una o più registrazioni o denunce obbligatorie ovvero esegue una o più denunce obbligatorie in tutto o in parte non conformi al vero –, anche a prescindere dalla clausola di riserva ivi stabilita in favore del reato di maggiore gravità, dalla natura di reato proprio (del quale può essere soggetto attivo il solo datore di lavoro) e dalla specificità del dolo, la tipicità della condotta di evasione contributiva trova origine nell'omessa registrazione o denuncia obbligatoria del rapporto di lavoro ovvero nell'esecuzione di denunce obbligatorie, anche in parte, non conformi al vero, dunque in una serie di elementi documentali non rinvenibili nello schema descrittivo dell'art. 316-*ter* cod. pen. Infine, in relazione all'ulteriore segmento di condotta previsto dall'art. 37, comma 1, laddove si punisce, in capo al datore di lavoro, l'esecuzione di «una o più denunce obbligatorie in tutto o, in parte, non conformi al vero», il raffronto con la struttura del reato di indebita percezione di erogazioni pubbliche consente di escludere la presenza di una *immutatio* avente ad oggetto il contenuto di un atto specifico, poiché la realizzazione della condotta ha ad oggetto i presupposti e le condizioni per l'attivazione della specifica procedura da cui origina l'attribuzione del beneficio economico.

2.8. In definitiva, dalla ricostruzione della genesi, della ratio, degli elementi costitutivi e dei significati linguistici della fattispecie di cui all'art. 316-*ter* cod. pen. emerge una omogeneità di disvalore che connota l'intero sistema dell'indebita percezione delle molteplici forme di agevolazione economica. Per pervenire a una nozione onnicomprensiva dell'oggetto della condotta di indebito conseguimento, onde realizzare una protezione effettiva e completa degli interessi finanziari pubblici o dell'Unione europea, il legislatore ha costruito la fattispecie in esame mediante un procedimento misto di elencazione ed esemplificazione di forme di ausilio economico nella medesima disposizione. Siffatta tecnica di redazione della norma penale è ritenuta dalla dottrina efficace e rispettosa dei principi costituzionali, evitando sia un'elencazione troppo dettagliata e minuziosa sia locuzioni troppo generiche. Non si ravvisa, quindi, il rischio – evocato dall'ordinanza di rimessione – che la linea interpretativa tracciata dalle sentenze Carchivi e Pizzuto possa risolversi in una non consentita estensione analogica del contenuto precettivo della norma incriminatrice.

Le Sezioni Unite ritengono di dare continuità al suesposto sistema di principi, riconoscendone la persistente validità, in ragione dell'interpretazione logico-sistematica dell'enunciato legale e della piena conformità al significato letterale della norma convenzionale di origine comunitaria.

Nella giurisprudenza costituzionale, del resto, si riconosce che la determinatezza della norma penale non va verificata valutando isolatamente il perimetro linguistico del singolo elemento descrittivo dell'illecito, ma raccordandolo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e con la disciplina in cui questa si inserisce (Corte cost., sent. n. 327 del 30/07/2008). Il senso linguistico dell'espressione utilizzata dal legislatore non può ricavarsi dall'atomizzazione delle singole componenti, bensì da una lettura unitaria della formula descrittiva dell'illecito penale, in cui il legislatore può includere espressioni sommarie, vocaboli polisensi, clausole generali o concetti elastici. Non c'è vulnus del principio di determinatezza «quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice – avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca – di stabilire il significato di tale elemento mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato: quando cioè quella descrizione consenta di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile; e, correlativamente, permetta al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo (Corte cost., sent. n. 5 del 2004)». Inoltre, con la sentenza n. 98 del 2021, la Corte costituzionale ha ribadito l'esistenza di un confine – pur non agevole da tracciare – tra interpretazione estensiva e applicazione analogica. La decisione citata si pone nel solco della risalente dottrina penalistica, secondo cui si può individuare una *discrimen* tra i due modelli esegetici in ragione del fatto che, con l'interpretazione estensiva si resta nell'ambito della norma, pur se dilatata fino alla sua massima estensione attraverso l'attribuzione del più ampio significato, fra quelli possibili, ai termini che la compongono, mentre con l'analogia, in presenza di una identità di ratio, si esce dai confini della norma, perché il caso in questione non può essere ricompreso nella medesima, anche se interpretata nella sua massima estensione.

2.9. Sulla scorta delle considerazioni di cui s'è dato conto, al primo quesito è stata data la risposta affermativa citata in premessa.

3. La seconda questione: orientamenti giurisprudenziali e soluzione prescelta sulla natura unitaria a consumazione prolungata o plurale della fattispecie di indebita percezione di erogazioni pubbliche.

Le Sezioni unite esaminano il contrasto interpretativo prospettato dalla Sezione rimettente sulla qualificazione della natura del reato di cui all'art. 316-*ter* cod. pen. in caso

di ripetute percezioni periodiche di contributi erogati dallo Stato, dagli enti pubblici o dall'Unione europea, ossia se, in tale ipotesi, il reato debba considerarsi unitario, con la conseguenza che la relativa consumazione, frazionata e prolungata nel tempo, cessa con la percezione dell'ultimo contributo, ovvero se, in corrispondenza di ciascuna percezione, sia configurabile una pluralità di reati eventualmente unificati dal vincolo della continuazione.

3.1. Secondo un orientamento consolidato, il momento consumativo coincide, in caso di erogazioni pubbliche conferite in ratei periodici e in tempi diversi, con la cessazione dei pagamenti, perdurando il reato fino all'interruzione delle riscossioni.

In generale, la figura del reato unico a consumazione prolungata è valorizzata per individuare il momento consumativo dei delitti di truffa di cui agli artt. 640 e 640-*bis* cod. proc. pen., nelle ipotesi in cui «le erogazioni pubbliche, a versamento rateizzato, siano riconducibili a un originario ed unico comportamento fraudolento», configurandosi invece plurimi ed autonomi fatti di reato quando, per il conseguimento delle erogazioni successive alla prima, sia necessario il compimento di ulteriori attività fraudolente, con la conseguenza che, ai fini della prescrizione, il termine decorre, nella prima ipotesi, dalla percezione dell'ultima rata di finanziamento e, nella seconda, dalla consumazione dei singoli fatti illeciti (Sez. 2, n. 2576 del 17/12/2021, dep. 2022, Cecere, Rv. 282436-01; Sez. 2, n. 53667 del 2/12/2016, Bellucci, Rv. 269381-01; Sez. 2, n. 6864 dell'11/02/2015, Alongi, Rv. 262601-01; Sez. 5, n. 32050 dell'11/06/2014, Corba, Rv. 260496-01; Sez. 2, n. 11026 del 3/03/2005, Becchiglia, Rv. 231157-01).

Analoga soluzione è accolta in relazione alla condotta prevista dall'art. 316-*ter* cod. pen., essendo il reato ritenuto unico a consumazione prolungata, ove plurime erogazioni pubbliche conseguano a un originario ed unico comportamento mendace o ad un'omissione informativa antidoverosa, ed a carattere plurale – con possibilità di unificazione dei diversi fatti sotto il vincolo della continuazione – quando, per il conseguimento delle erogazioni successive alla prima, sia necessario il compimento di ulteriori attività tipiche (Sez. 3, n. 6809 del 08/10/2014, dep. 2015, Sauro, Rv. 262549-01; Sez. 2, n. 48820 del 23/10/2013, Brunialti, Rv. 257431-01). Si assume che, ove plurime erogazioni pubbliche conseguano a un originario ed unico comportamento mendace o ad un'omissione informativa antidoverosa, si configura «un reato a consumazione prolungata, giacché il soggetto agente sin dall'inizio ha la volontà di realizzare un evento destinato a protrarsi nel tempo. In tali casi, il momento consumativo e il *dies a quo* del termine coincidono con la cessazione dei pagamenti, perdurando il reato – e il danno addirittura incrementandosi – fino a quando non vengano interrotte le riscossioni» (Sez. 2, n. 48820 del 23/10/2013, Brunialti. Nello stesso senso, Sez. 6, n. 9661 del 03/02/2022, Canzi, Rv. 282942-01; Sez. 6, n. 10790 del 08/01/2021, Caruso, Rv. 281084-01; Sez. 6, n. 24156 del 16/01/2018, Cuomo, n.m.; Sez. F, n. 40959 del 18/08/2015, Di Giorgio, n.m.). Il reato a consumazione frazionata si considera integrato in tutti i suoi elementi solo all'esito dell'ultima riscossione da parte del soggetto attivo e il momento consumativo, in caso di erogazioni pubbliche suddivise in più *tranches* conferite in tempi diversi, va individuato nella cessazione dei pagamenti (Sez. 3, n. 6809 del 08/10/2014, Sauro, cit.). Inoltre, quando la periodicità dell'erogazione si ricollega a un'unica condotta omissiva iniziale, per la valutazione del superamento o meno della soglia di punibilità, prevista dall'art. 316-*ter*, comma secondo, cod. pen., occorre considerare la complessiva somma indebitamente percepita dal beneficiario e non quella allo stesso corrisposta con cadenza periodica.

Tale linea interpretativa è condivisa da numerose decisioni (Sez. 6, n. 15120 del 15/04/2023, Nitti, n.m.; Sez. 6, n. 9060 del 30/11/2022, dep. 2023, GSE s.p.a., Rv. 284336-01; Sez. 6, n. 35639 del 01/07/2022, Pilloni, n.m.; Sez. 6, n. 45917 del 23/09/2021, Prigi-

tano, Rv. 282293-01; Sez. 6, n. 26430 del 15/04/2021, Malinverno, n.m.; Sez. 2, n. 47883 del 25/10/2016, Corradini, n.m.; Sez. 2, n. 26761 del 09/03/2015, Lariccia, n.m.; Sez. 6, n. 11145 del 02/03/2010, Maione, Rv. 246693-01).

3.2. Un indirizzo minoritario ritiene, invece, che il reato *de quo* dovrebbe scindersi in una pluralità di percezioni indebite, rilevando il solo conseguimento della somma corrispondente ad ogni singola condotta percettiva, sicché il superamento del valore soglia andrebbe verificato in relazione al risultato economico derivante da ciascuna delle condotte decettìve produttive di un'erogazione non dovuta.

In questo senso, Sez. 6, n. 31223 del 24/06/2021, Ciccarini, Rv. 282105, relativa ad una fattispecie in cui si contestava all'imputato di avere – mediante la fittizia esposizione di somme corrisposte al lavoratore a titolo di indennità per malattia – effettuato, nelle dichiarazioni presentate mensilmente all'I.N.P.S. con il modello "DM10", l'indebito conguaglio di tali somme con quelle dovute all'ente previdenziale, versando così un importo corrispondentemente ridotto dei contributi e percependo, di conseguenza, una differenza, quale erogazione non dovuta a carico dell'ente pubblico, superiore alla prevista soglia di rilevanza penale (negli stessi termini v. Sez. 6, n. 7963 del 26/11/2019, deo. 2020, Romano, Rv. 278455-01 e Sez. 2, n. 15989 del 16/03/2016, Fiesta, cit.).

Tuttavia, in motivazione, la stessa sentenza Ciccarini evidenzia l'inapplicabilità al caso ivi considerato del principio affermato dal diverso orientamento giurisprudenziale, secondo cui occorre tener conto della complessiva somma indebitamente percepita dal beneficiario e non di quella a lui mensilmente corrisposta. Si sostiene, infatti, che tale principio sia stato enunciato e sia destinato a valere in relazione ad evenienze fattuali eterogenee rispetto a quella oggetto della sentenza Ciccarini, laddove veniva in considerazione non una singola condotta omissiva fonte di erogazioni dilazionate nel tempo, «bensì molteplici condotte tipiche, consistenti nella presentazione di plurimi modelli "DM10", recanti singoli e distinti conguagli, in realtà non consentiti in ragione dell'omessa corresponsione dei contributi previdenziali spettanti al dipendente».

3.3. Viene escluso, pertanto, un reale contrasto sulla seconda questione rimessa alle Sezioni Unite, poiché la giurisprudenza di legittimità concorda nel ritenere il carattere unitario e a consumazione prolungata del reato, ove la pluralità delle erogazioni derivi da un unico fatto originario, rappresentato dall'iniziale condotta decettiva ovvero di omessa informazione doverosa sull'esistenza di circostanze ostative al conseguimento dei benefici oggetto delle agevolazioni contributive.

Nell'ipotesi oggetto della questione posta dall'ordinanza di rimessione, legata alla presenza di una pluralità di erogazioni scaturenti da un unico comportamento antidoveroso, l'iniziale deliberazione si invera attraverso una condotta omissiva unica, con conseguente necessità di tener conto dell'importo complessivo delle somme indebitamente accumulate a seguito della condotta iniziale. Per la configurabilità della continuazione, di contro, occorrerebbe ipotizzare una deliberazione autonoma per il conseguimento di ogni singola percezione del relativo beneficio economico, poiché tale istituto presuppone l'unificazione di una pluralità di condotte autonome, ciascuna delle quali sostenuta da un proprio coefficiente materiale e psicologico.

Alla luce delle suesposte considerazioni, al secondo quesito è stata data la risposta affermativa enunciata in apertura.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di giustizia dell'unione europea:
Corte giustizia, 14/01/2015, Eventech;
Corte giustizia, 14/09/2023, Commission c. Dansk Erhverv;
Corte giustizia, 29/07/2019, INPS c. ANM s.p.a.;
Corte giustizia, 27/06/2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania c. Ayuntamiento de Getafe;
Corte giustizia, 09/10/2014, Ministerio de Defensa e Navantia;
Corte giustizia, 11/07/1996, SFEI;
Corte giustizia, 14/03/1994, Banco Exterior de Esparia;
Corte giustizia, 02/02/1988, Van der Kooy;
Corte giustizia, 22/03/1977, Steinike & Einling.

Sentenze e ordinanze della Corte costituzionale:
Corte cost., ord. n. 95 del 2024;
Corte cost., sent. n. 98 del 2021;
Corte cost., sent. n. 327 del 2008;
Corte cost., sent. n. 5 del 2003, dep. 2004.

Sentenze della Corte di cassazione:
Sez. U, n. 7537 del 16/12/2010, Pizzuto, Rv. 249104-01;
Sez. U, 19/04/2007, n. 16568, Carchivi, Rv. 235962-01.

Sulla prima questione:
Sez. 3, n. 3038 del 14/11/2023, MC Tex s.r.l., Rv. 285747-01;
Sez. 6, n. 15120 del 15/04/2023, Nitti, n.m.;
Sez. 6, n. 9060 del 30/11/2022, dep. 2023, GSE s.p.a., Rv. 284336-01;
Sez. 6, n. 35639 del 01/07/2022, Pilloni, n.m.;
Sez. 6, n. 29674 del 21/06/2022, Sindoni, Rv. 283612-01;
Sez. 6, n. 20531 del 14/04/2022, Silletti, n.m.;
Sez. 6, n. 11246 del 13/01/2022, Pressiani, Rv. 283106-01;
Sez. 6, n. 2125 del 24/11/2021, Bonfanti, Rv. 282675-01;
Sez. 6, n. 45917 del 23/09/2021, Prigitano, Rv. 282293-01;
Sez. 6, n. 31223 del 24/06/2021, Ciccarini, n.m.;
Sez. 6, n. 26430 del 15/04/2021, Malinverno, n.m.;
Sez. 6, n. 21353 del 24/06/2020, Magnani, n.m.;
Sez. 6, n. 7963 del 26/11/2019, Romano, Rv. 278455-01;
Sez. 6, n. 41263 del 11/09/2019, Massaccesi, n.m.;
Sez. 6, n. 31903 del 07/05/2019, Montanino, n.m.;
Sez. 2, n. 47883 del 25/10/2016, Corradini, n.m.;
Sez. 2, n. 15989 del 16/03/2016, Fiesta, Rv. 266520-01;

Sez. 2, n. 26761 del 09/03/2015, Lariccia, n.m.;
Sez. 2, n. 48663 del 17/10/2014, Talone, Rv. 261140-01;
Sez. 2, n. 2905 del 22/11/2011, Genovese, n.m.;
Sez. 6, n. 11145 del 02/03/2010, Maione, Rv. 246693-01.

Sulla seconda questione:
Sez. 6, n. 15120 del 15/04/2023, Nitti, n.m.;
Sez. 6, n. 9060 del 30/11/2022, dep. 2023, GSE s.p.a., Rv. 284336-01;
Sez. 6, n. 35639 del 01/07/2022, Pilloni, n.m.;
Sez. 6, n. 9661 del 03/02/2022, Canzi, Rv. 282942-01;
Sez. 2, n. 2576 del 17/12/2021, dep. 2022, Cecere, Rv. 282436-01;
Sez. 6, n. 45917 del 23/09/2021, Prigitano, Rv. 282293-01;
Sez. 6, n. 31223 del 24/06/2021, Ciccarini, n.m.;
Sez. 6, n. 26430 del 15/04/2021, Malinverno, n.m.;
Sez. 6, n. 10790 del 08/01/2021, Caruso, Rv. 281084-01;
Sez. 6, n. 24156 del 16/01/2018, Cuomo, n.m.;
Sez. 2, n. 53667 del 2/12/2016, Bellucci, Rv. 269381-01;
Sez. 2, n. 47883 del 25/10/2016, Corradini, n.m.;
Sez. F, n. 40959 del 18/08/2015, Di Giorgio, n.m.;
Sez. 2, n. 26761 del 09/03/2015, Lariccia, n.m.;
Sez. 2, n. 6864 dell'11/02/2015, Alongi, Rv. 262601-01;
Sez. 3, n. 6809 del 08/10/2014, dep. 2015, Sauro, Rv. 262549-01;
Sez. 5, n. 32050 dell'11/06/2014, Corba, Rv. 260496-01;
Sez. 2, n. 48820 del 23/10/2013, Brunialti, Rv. 257431-01;
Sez. 6, n. 11145 del 02/03/2010, Maione, Rv. 246693-01;
Sez. 2, n. 11026 del 3/03/2005, Becchiglia, Rv. 231157-01.

CAPITOLO III

DISCONTINUITÀ NORMATIVA TRA L'ABROGATO MILLANTATO CREDITO CD. "CORRUTTIVO" E IL "NUOVO" TRAFFICO DI INFLUENZE ILLECITE COME MODIFICATO DALLA LEGGE "SPAZZACORROTTI"

(di Aldo Natalini)

SOMMARIO: 1. La questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite. – 2. Gli argomenti posti a fondamento delle decisioni oggetto di contrasto. – 3. La soluzione recepita dalle Sezioni Unite.

1. La questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite.

La Seconda Sezione penale, con ord. interl. n. 31478 del 2023, ha disposto la rimessione alle Sezioni Unite penali *ex* art. 618 cod. proc. pen. della seguente questione controversa:

«Se sussista continuità normativa tra il reato di millantato credito di cui all'art. 346, comma secondo, cod. pen. – abrogato dall'art. 1, comma 1, lett. s), della legge 9 gennaio 2019, n. 3 – e il reato di traffico di influenze illecite di cui all'art. 346-bis cod. pen., come modificato dall'art. 1, comma 1, lett. t), della cit. legge n. 3 del 2019».

2. Gli argomenti posti a fondamento delle decisioni oggetto di contrasto.

Sulla questione si sono registrate posizioni divergenti nella giurisprudenza della Sezione Sesta all'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019 (cd. "spazzacorrotti") che, da un lato, all'art. 1, comma 1, lett. *s)*, ha formalmente abrogato, per intero, il reato di millantato credito di cui all'art. 346 cod. pen. e, dall'altro, alla successiva lett. *t)*, ha modificato il delitto traffico di influenze illecite di cui all'art. 346-*bis* cod. pen., come introdotto dall'art. 1, comma 75, della legge 6 novembre 2012, n. 190 (cd. legge "Severino") e prima delle modifiche apportate, da ultimo, dall'art. 1, comma 1, lett. e), della legge 9 agosto 2024, n. 114, nei seguenti termini:

«*Chiunque, fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 318, 319, 319-ter e nei reati di corruzione di cui all'articolo 322-bis, sfruttando o vantando relazioni esistenti o asserite con un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'articolo 322-bis, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, come prezzo della propria mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'articolo 322-bis, ovvero per remunerarlo in relazione all'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, è punito con la pena della reclusione da un anno a quattro anni e sei mesi. La stessa pena si applica a chi indebitamente dà o promette denaro o altra utilità*» […]).

Un primo orientamento giurisprudenziale – affermatosi per primo e rimasto tendenzialmente maggioritario – ha affermato che l'esito della successione di leggi penali nel tempo, attraverso un fenomeno di "fusione, mediante incorporazione" di due disposizioni incriminatrici, è stato quello della piena continuità normativa tra la fattispecie prevista dal formalmente abrogato art. 346 cod. pen. e la fattispecie di cui all'art. 346-*bis* cod. pen., come ridisegnata nel 2019, con la conseguenza che il "nuovo" traffico di influenze illecite ha "inglobato" anche le condotte millantatorie in precedenza sanzionate dall'abrogato art. 346 cod. pen. laddove equipara[va] la mera vanteria di una relazione (o di un credito) con un pubblico funzionario soltanto asserita ed in effetti insussistente (dunque solo mil-

lantata) alla rappresentazione di una relazione realmente esistente col pubblico ufficiale da piegare a vantaggio del privato (Sez. 6, n. 17980 del 14/04/2019, Nigro, Rv. 275730-01; Sez. 6, n. 32574 del 26/06/2022, Lucchese, Rv. 283724-01; Sez. 6, n. 20935 del 22/03/2022, Cobalchini, Rv. 283270-01; Sez. 6, n. 26437 del 08/06/2021, Casanova, Rv. 281583-01; Sez. 6, n. 35581 del 12/05/2021, Grasso, Rv. 281996-01; Sez. 1, n. 23877 del 05/05/2021, Abbondandolo, Rv. 281614-01; Sez. 2, n. 22101 del 28/04/2021, Tarì, non massimata; Sez. 6, n. 16467 del 23/03/2021, Zarrillo, non massimata; Sez. 6, n. 01659 del 12/11/2019, dep. 202, Marchio, non massimata; Sez. 6, n. 51124 del 19/06/2019, Duccoli, Rv. 277569-01).

Questo divisamento ha sostenuto che le differenze semantiche delle formule linguistiche utilizzate nelle due incriminazioni *diacronicamente* considerate – ossia: la previsione della punibilità anche del soggetto "trafficante" che intenda trarre vantaggi da tale influenza ai sensi del riscritto art. 346-*bis*, comma secondo, cod. pen. (non prevista nella pregressa ipotesi millantatoria, nell'ambito della quale, anzi, l'"acquirente di fumo" assumeva la veste di vittima del reato); la non perfetta coincidenza dei destinatari della millanteria ovvero del traffico (l'abrogato art. 346 aveva riguardo al credito millantato presso il «*pubblico ufficiale e l'impiegato che presti un pubblico servizio*», mentre nell'art. 346-*bis* cod. pen. rileva la possibilità di condizionare il pubblico ufficiale e l'incaricato di un pubblico servizio, a prescindere dal fatto che si tratti di un «*impiegato*») – sarebbero del tutto marginali, tali da non incidere sulla struttura comune delle due fattispecie criminose, con conseguente riconoscimento del fenomeno dell'*abrogatio sine abolitione* conformemente alle intenzioni del legislatore storico del 2019.

L'indirizzo giurisprudenziale contrapposto, invece, ha affermato la discontinuità normativa tra il vecchio reato di millantato credito, interamente abrogato dalla legge n. 3 del 2019, e il delitto traffico di influenze illecite, come novellato dalla stessa legge [e prima delle modifiche apportate, da ultimo, dall'art. 1, comma 1, lett. *e)*, legge 9 agosto 2024, n. 114, *NdA*], in quanto in quest'ultima incriminazione non risulta compresa la condotta di chi, mediante artifizi e raggiri, riceve (o si fa dare o promettere) denaro (o altra utilità) «*col pretesto*» di dovere comprare il pubblico ufficiale o impiegato (o doverlo comunque remunerare): condotta che, in considerazione dell'intervenuta abrogazione dell'art. 346 cod. pen. integra semmai la fattispecie generale di truffa di cui all'art. 640, comma primo, cod. pen. (così Sez. 6, n. 05521 del 19/09/2919, dep. 2020, Impeduglia, Rv. 278451-01; Sez. 6, n. 11342 del 12/12/2022, dep. 2023, Rustemi, Rv. 284567-01; Sez. 6, n. 49657 del 08/07/2022, Moroni, non massimata; Sez. 6, n. 23407 del 10/03/2022, Ferrara, Rv. 283348-01; Sez. 6, n. 29657 del 02/02/2021, Lepore, Rv. 281980-01).

Questo diverso approccio interpretativo, nonostante la manifestata volontà "storica" del legislatore del 2019 di realizzare una forma di *abrogatio sine abolitione*, ha messo in risalto la non esatta corrispondenza tra la condotta in precedenza prevista dalla norma penale abrogata e quella inglobata nel comma secondo dell'art. 346-bis cod. pen., nella parte in cui è stato riprodotto il sintagma «*sfruttando o vantando relazioni esistenti o asserite con un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'art. 322-bis cod. pen., indebitamente fa dare o promettere a sé o ad altri, denaro o altra utilità (...) per remunerarlo in relazione all'esercizio delle sui funzioni o dei suoi poteri*»: la mancata riproposizione del termine «*pretesto*», contenuto nella precedente ipotesi di reato, o di altro lemma di natura equipollente (che fondava il carattere autonomo della fattispecie di reato di cui all'art. 346, comma secondo, cod. pen., secondo Sez. U, n. 12822 del 21/01/2010, Marcarino, Rv. 246270-01), farebbe escludere l'identità strutturale tra la norma abrogata e quella di nuova introduzione, non potendosi, a tal fine, apprezzare il riferimento della nuova norma al vanto di «relazioni asserite», che non è condotta sovrapponibile a quella posta in essere con l'inganno.

3. La soluzione recepita dalle Sezioni Unite.

Le **Sezioni Unite penali**, aderendo a quest'ultimo indirizzo, con sentenza **n. 19357 del 14/12/2023, dep. 15/05/2024, Mazzarella**, hanno affermato il seguente principio di diritto:

«*In tema di delitti contro la pubblica amministrazione, non sussiste continuità normativa tra il reato di traffico di influenze illecite di cui all'art. 346-bis, cod. pen., come modificato dall'art. 1, comma 1, lett. t), legge n. 3 del 2019, ed il reato di millantato credito "corruttivo" di cui all'art. 346, comma secondo, cod. pen., abrogato dall'art. 1, comma 1, lett. s), legge n. 3 cit., le cui condotte potevano, e tuttora possono, configurare gli estremi del reato di truffa, in passato astrattamente concorrente con quello di millantato credito "corruttivo", purché siano formalmente contestati e accertati in fatto tutti gli elementi costitutivi della relativa diversa fattispecie incriminatrice*» **(Rv. 286304-01)**.

La Cassazione, nella sua più autorevole composizione, dopo aver ripercorso l'evoluzione normativa *in subiecta materia* [che non tiene conto delle successive modifiche che sarebbero state apportate all'art. 346-bis cod. pen. dall'art. 1, comma 1, lett. e), legge n. 114 del 2024, N*d*A], per risolvere la *questio* controversa – riguardante una peculiare ipotesi di successione di leggi penali nel tempo caratterizzata dall'abrogazione di una disposizione e dalla contestuale modifica del contenuto di altra già esistente – premette di non poter fare affidamento sulla sola verifica del bene giuridico tutelato o delle modalità dell'offesa qualificanti ciascuna delle norme poste a raffronto, ovvero sulla regola della cd. doppia punibilità in concreto, in quanto caratterizzata da margini troppi ampi di incertezza (§ 4.2).

In continuità con la pregressa giurisprudenza massimamente nomofilattica, la Corte regolatrice ribadisce che l'unico criterio utilizzabile è quello fondato sul formale confronto strutturale tra le fattispecie incriminatrici al vaglio, da compiere attraverso un'esegesi letterale e logico-sistematica dei modelli astratti di reato in avvicendamento cronologico, accertando se l'intervento legislativo più recente abbia assunto «carattere demolitorio di un elemento costitutivo del fatto tipico, alterando radicalmente una precedente figura di reato», ovvero ne abbia consentito la sopravvivenza, «non incidendo sulla struttura della stessa» (così già Sez. U, n. 24468 del 26/02/2009, Rizzoli, Rv. 243585-01; Sez. U, n. 25887 del 26/03/2003, Giordano, Rv. 224607-01). L'interprete, quindi, per accertare se vi sia stata *abolitio criminis*, «deve procedere al confronto strutturale tra le fattispecie legali astratte che si succedono nel tempo, quella precedente e quella successiva all'intervento del legislatore, al fine di verificare la sussistenza di uno spazio comune alle dette fattispecie [...] Se l'intervento legislativo posteriore altera la fisionomia della fattispecie, nel senso che sopprime un elemento strutturale della stessa e, quindi, la figura di reato in essa descritta, ci si trova – di norma – di fronte ad una ipotesi di *abolitio criminis*, il fatto cioè, già penalmente rilevante, diventa penalmente irrilevante per effetto dell'abrogazione di quell'elemento, quale conseguenza del mutato giudizio di disvalore insito nella scelta di politica criminale; in questo caso, non può non trovare applicazione la disciplina prevista dal secondo comma dell'art. 2 cod. pen.» (così Sez. U, n. 24468 del 26/02/2009, Rizzoli, cit.).

Alla stregua di tali principi – ad avviso del Supremo consesso apicale – la scelta del legislatore del 2019 di abrogare per intero l'art. 346 cod. pen. e contestualmente di modificare, allargandolo, il contenuto precettivo dell'art. 346-*bis* cod. pen., ha comportato un fenomeno (non già di *abrogatio sine abolitione* ma) di *abolitio criminis* con riferimento ai fatti di millantato credito cd. "corruttivo", già previsti e puniti (peraltro più gravemente rispetto al millantato credito cd. "semplice") dal capoverso dell'art. 346 cod. pen., nell'ambito del

quale «il reato era monosoggettivo, in quanto la disposizione era tutta "concentrata" sulla condotta dell'unico soggetto di cui era prevista la punizione», mentre la controparte (l'acquirente di "fumo") era raffigurata come soggetto danneggiato, perché tratto in inganno dalla vanteria di un'inesistente relazione col pubblico agente, i cui favori il venditore di fumo si proponeva di comprare. Invece «nella figura prevista dal "nuovo" art. 346-*bis* cod. pen. [nel testo antecedente alla legge n. 114 del 2024, N*d*A], il reato è, al contrario, normativamente plurisoggettivo, perché si sanzionano – con la stessa pena – entrambe le parti di una intesa, sia il trafficante di influenze che "vanta una relazione asserita", sia il committente che dà o promette denaro o altra utilità. L'illecito si atteggia come reato-contratto e il medesimo trattamento sanzionatorio riservato ad entrambi i coautori, compreso il privato che paga o che promette di pagare, è ragionevolmente compatibile con i principi costituzionali di materialità e di offensività solamente ritenendo che il committente, lungi dall'essere un soggetto ingannato, è consapevole che il trafficante non ha (ancora) una relazione effettiva con il pubblico agente».

Non conduce a differenti esiti – secondo le Sez. U – il riferimento all'analogo caso di successione di leggi penali dovuto alle modifiche introdotte con la legge n. 190 del 2012 nella parte in cui aveva disposto la "separazione" delle due fattispecie previste dalla previgente disposizione sul reato di concussione: le valutazioni espresse in quell'occasione da Sez. U, n. 12228 del 24/10/2013, dep. 2014, Maldera, Rv. 258473-01, compendiatesi nella "marginalizzazione" della prevista punibilità dell'indotto nel "nuovo" art. 319-*quater* cod. pen., senza alcuna modifica al «volto strutturale dell'abuso induttivo», sono qui ritenute «non esattamente replicabili» dalla Suprema Corte nella valutazione comparativa tra la fattispecie del millantato credito cd. "corruttivo" e la "nuova" fattispecie di traffico di influenze, come riscritta nel 2019. In tale seconda figura – spiega la sentenza in disamina – «il legislatore ha considerato in maniera esattamente paritaria la posizione dei due "contraenti", che normalmente sono entrambi privati: quella del "trafficante", che vantando relazioni asserite, mette a disposizione i suoi buoni uffici per realizzare una mediazione illecita verso il pubblico agente, e la posizione del committente che, dando o promettendo denaro o altra utilità, è interessato a beneficiare dei risultati di quella medesima mediazione».

Ulteriore elemento sintomatico di discontinuità normativa è costituito – secondo il giudice massimamente nomofilattico (§ 4.5) – dalla differente formulazione letterale delle due fattispecie criminose:

- nell'art. 346, comma secondo, cod. pen., come novellato nel 2019, l'espressione «*millantando credito presso un pubblico ufficiale o un pubblico impiegato*», tradizionalmente evocatrice di un'attività latamente ingannatrice, è collegata a quella «*col pretesto di dover comprare il favore*» di quel pubblico agente «*o di doverlo remunerare*»; termine, quello del «*pretesto*», espressivo di una componente frodatoria ovvero di una più marcata falsa rappresentazione della realtà che – significativamente presente nell'art. 640, comma secondo, n. 1, cod. pen. con riferimento ad una ipotesi di truffa aggravata – è invece assente nel riscritto art. 346-*bis* cod. pen. (nel quale la formula «*vantando relazioni [...] asserite*» potrebbe ritenersi parificabile a quella del «*millantando credito*» di cui alla disposizione contestualmente abrogata, senza potersi considerarsi comprensiva anche dello specifico sintagma «*col pretesto di comprare*»);

- nell'abrogato reato di millantato credito cd. "corruttivo" – a differenza di quanto accade[va] nel millantato credito cd. "semplice" (ove la sola formula del «millantare un credito» sembra[va] avere un più ampio orizzonte di significati, potendovi rientrare anche casi di mera accentuazione di un dato reale) – il pretesto di corrompere il pubblico funzionario diventa[va] la specifica causa della dazione (o della promessa) del privato, il quale assu-

me[va] quell'impegno perché vittima di un abuso di fiducia, soggetto tratto in inganno, a nulla rilevando l'eventuale fine illecito perseguito dall'ingannato, essendo pacificamente ammessa anche la tutela del truffato *in re illicita* (in quest'ultimo senso, cfr. Sez. 1, n. 42890 del 27/09/2013, Paterlini, Rv. 257296-01; Sez. 2, n. 10792 del 23/01/2001, Delfino, Rv. 218673-01).

Per il massimo Consesso di legittimità la «considerata difformità lessicale tra le due fattispecie si riconnette, dunque, alle rispettive diverse *rationes* giustificatrici dell'intervento punitivo, sicché è ragionevole ribadire che «il legislatore del 2019, inserendo nell'art. 346-*bis* cod. pen. la formula "vantando relazioni [...] asserite", senza riproporre il sintagma "col pretesto" presente nella figura del millantato credito cd. "corruttivo", abbia voluto far riferimento non alla ipotesi del soggetto tratto in inganno dal mediatore (che resta, in tal modo, espunta dall'ambito del penalmente rilevante, a norma dell'art. 2, comma secondo, cod. pen.), ma a quella di colui che partecipa a pieno titolo ad una intesa criminosa. Soggetto punibile, al pari del "trafficante", perché, pur consapevole che la relazione con il pubblico funzionario è ancora inesistente e solo "vantata", decide di fare affidamento sulla potenziale capacità del mediatore di instaurare quel "rapporto affaristico": in tal modo concorrendo a determinare quella effettiva messa in pericolo del bene giuridico protetto, che, in una lettura costituzionalmente orientata, è l'unica condizione che può legittimare l'omogeneo trattamento sanzionatorio per entrambi i correi».

Infine, poiché molte sentenze che hanno contribuito alla formazione dell'indirizzo fatto proprio dal giudice nomofilattico alla riconosciuta discontinuità normativa fanno derivare l'automatica "riespansione" della fattispecie incriminatrice generale dell'art. 640 cod. pen., con la possibilità di riqualificare i fatti in termini di truffa (così ad es. Sez 6, n. 11342 del 12/12/2022, Rustemi, cit.; Sez. 6, n. 23407 del 10/03/2022, Ferrara, cit.; Sez. 6, n. 28657 del 02/02/2021, Lepore, cit.; Sez. 6, n. 0521 del 19/09/2019, Impeduglia, cit.), il Collegio riunito opera – nell'ultima parte delle motivazioni (§ 5) – un'importante puntualizzazione, valevole per le vicende pregresse avvenute prima dell'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019 (31 gennaio 2019), per le quali la S.C. nega la possibilità di una "automatica" reviviscenza applicativa della truffa, laddove risulti che i fatti siano stati addebitati all'imputato e siano stati accertati in base alla sola disposizione a suo tempo prevista dall'abrogato art. 346, comma secondo, cod. pen. e siano mancate una formale contestazione e un accertamento anche degli elementi specializzanti riconducibili al reato di cui all'art. 640 cod. pen. Difatti, la rilevata l'assenza di una relazione di specialità unilaterale tra la norma incriminatrice abrogata dell'art. 346, comma secondo, cod. pen. e quella di cui all'art. 640 cod. pen., a ben vedere, «impedisce di ravvisare gli estremi di quella continuità normativa che, ai sensi dell'art. 2, comma quarto, cod. pen., consentirebbe al giudice di riqualificare i fatti, già integranti gli estremi di una fattispecie incriminatrice speciale oramai abolita, ai sensi di altra norma generale preesistente e tornata ad essere applicabile». Tale conclusione è coerente con le valutazioni offerte da Sez. U Rizzoli, le quali, nell'esaminare un analogo caso di successione di leggi penali nel tempo, hanno asserito che, mentre «l'abrogazione di una norma incriminatrice determina certamente una situazione di cd. *abrogatio sine abolitione* se la scelta legislativa mantiene fermo il disvalore delle classi di fatti conformi alla detta norma, riportandole implicitamente alla disciplina prevista da altra norma preesistente, in rapporto di specialità con la prima [...], non è [invece] riconducibile nell'ambito della previsione di cui al quarto comma dell'art. 2 cod. pen.» il differente caso della applicazione di una norma preesistente riguardante una ipotesi di reato strutturalmente diversa da quella abrogata: situazione nella quale «opera certamente [...] il disposto del secondo comma dell'art. 2 cod. pen., quanto alla fattispecie

soppressa, non trovando la medesima, nel suo aspetto strutturale essenziale, riscontro in altra norma dell'ordinamento» (Sez. U, n. 24469 del 26/02/2009, Rizzoli, cit.).

Dunque, pur se il fatto commesso in epoca anteriore all'entrata in vigore della novella legislativa del 2019 (quindi fino al 30 gennaio 2019) poteva astrattamente corrispondere ad entrambe le fattispecie incriminatrici, l'abolizione della fattispecie di millantato credito cd. corruttivo comporta che l'imputato può essere chiamato a rispondere del delitto di truffa comune nel solo caso in cui nel processo siano stati formalmente contestati e accertati in fatto tutti gli elementi costitutivi di quest'ultima diversa fattispecie.

Ad analoga soluzione pervengono le Sezioni Unite per le condotte successive all'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019 (quindi commesse dal 31 gennaio 2019) che restavano, e restano, punibili ai sensi dell'art. 640 cod. pen., in presenza di tutti i relativi elementi costitutivi [e della prevista condizione di procedibilità, NdA], purché formalmente contestati all'imputato e accertati in fatto nel processo.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione:

Sez. 2, n. 10792 del 23/01/2001, Delfino, Rv. 218673-01;
Sez. U, n. 25887 del 26/03/2003, Giordano, Rv. 224607-01;
Sez. U, n. 24468 del 26/02/2009, Rizzoli, Rv. 243585-01;
Sez. U, n. 12822 del 21/01/2010, Marcarino, Rv. 246270-01;
Sez. U, n. 12228 del 24/10/2013, dep. 2014, Maldera, Rv. 258473-01;
Sez. 1, n. 42890 del 27/09/2013, Paterlini, Rv. 257296-01;
Sez. 6, n. 17980 del 14/03/2019, Nigro, Rv. 275730-01;
Sez. 6, n. 21049 del 28/03/2019, Filice, non massimata;
Sez. 6, n. 36222 del 18/04/2019, Perrotta, non massimata;
Sez. 6, n. 41726 del 14/06/2019, C.L.C. srl e altri, non massimata;
Sez. 6, n. 51124 del 19/06/2019, Duccoli, Rv. 277569-01;
Sez. 6, n. 01659 del 12/11/2019, dep. 2020, Marchio, non massimata;
Sez. 6, n. 05221 del 18/09/2019, dep. 2020, Impeduglia, Rv. 278451-01;
Sez. 6, n. 28946 del 16/09/2020, Lattanzi, non massimata;
Sez. 6, n. 01869 del 07/10/2020, dep. 2021, Gangi, Rv. 280348-01;
Sez. 6, n. 16467 del 23/03/2021, Zarrillo, non massimata;
Sez. 6, n. 22101 del 28/04/2021, Tarì, non massimata;
Sez. 1, n. 23877 del 05/05/2021, Abbondandolo, Rv. 281614-01;
Sez. 6, n. 26437 del 08/06/2021, Casanova, Rv. 281583-01;
Sez. 6, n. 28657 del 02/02/2021, Lepore, Rv. 281980-01;
Sez. 6, n. 35581 del 12/05/2021, Grasso, Rv. 281996-01;
Sez. 2, n. 44329 del 10/11/2021, Sponsillo, non massimata;
Sez. 6, n. 20935 del 22/03/2022, Cobalchini, Rv. 283270-01;
Sez. 6, n. 23407 del 10/03/2022, Ferrara, Rv. 283348-01;
Sez. 6, n. 32574 del 26/05/2022, Lucchese, Rv. 283724-01;
Sez. 6, n. 49657 del 08/07/2022, Moroni, non massimata;
Sez. 6, n. 11342 del 12/12/2022, dep. 2023, Rustemi, Rv. 284567-01;
Sez. 6, n. 47671 del 15/09/2023, D'Andrea, non massimata.

CAPITOLO IV

L'INDIVIDUAZIONE DEL LUOGO DI CONSUMAZIONE DELLE TRUFFE *ON LINE*

(di Antonio Gatto)

SOMMARIO: 1. Il luogo di consumazione del delitto di truffa. – 2. Le truffe on line. – 3. Le iniziali oscillazioni giurisprudenziali e il successivo assestamento. – 4. Pagamenti ad effetto immediato e irreversibile. – 4.1. Ricarica di carta prepagata. – 4.2. Bonifico istantaneo (con effetti immediati). – 5. Pagamenti ad effetto differito e reversibile. – 5.1. Bonifico ordinario su conto corrente (con effetti differiti). – 5.2. Bonifico ordinario su carta ricaricabile munita di IBAN. – 6. Prospettive future.

1. Il luogo di consumazione del delitto di truffa.

Già nel corso degli anni '70, le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno sancito il principio di carattere generale in virtù del quale il delitto di truffa può dirsi pienamente consumato nel momento in cui si realizza, da un lato, la *deminutio patrimonii* della persona offesa raggirata, dall'altro la *locupletatio* del soggetto agente (con conseguente applicazione dell'art. 8, comma 1, cod. proc. pen., ai fini del radicamento della competenza territoriale).

In particolare, è stato statuito che, ai sensi dell'art. 640 cod. pen., in tutte le situazioni in cui il soggetto passivo assume, per incidenza di artifici o raggiri, l'obbligazione della dazione di un bene economico, ma questo non perviene, con correlativo di lui danno, nella materiale disponibilità dell'agente, si verte nella figura del reato di truffa tentata e non in quella di truffa consumata (Sez. U, n. 307 del 30/11/1974, dep. 1975, Forneris, Rv. 128996-01).

Sul finire degli anni '90, le stesse Sezioni Unite hanno ribadito che la truffa è reato istantaneo e di danno che si perfeziona nel momento in cui alla realizzazione della condotta tipica da parte dell'autore abbia fatto seguito la *deminutio patrimonii* del soggetto passivo (Sez. U, n. 1 del 16/12/1998, dep. 1999, Cellammare, Rv. 212079-01).

Una decina di anni più tardi, la Cassazione a composizione allargata ha chiarito definitivamente che, poiché la truffa si perfeziona nel momento in cui alla realizzazione della condotta tipica da parte dell'autore abbia fatto seguito la *deminutio patrimonii* del soggetto passivo, nell'ipotesi di truffa contrattuale il reato si consuma non già quando il soggetto passivo assume, per effetto di artifici o raggiri, l'obbligazione della *datio* di un bene economico, ma nel momento in cui si realizza l'effettivo conseguimento del bene da parte dell'agente e la definitiva perdita dello stesso da parte del raggirato. Ne consegue che, qualora l'oggetto materiale del reato sia costituito da titoli di credito, il momento della sua consumazione è quello dell'acquisizione, da parte dell'autore del reato, della relativa valuta, attraverso la loro riscossione o utilizzazione, poiché solo per mezzo di queste si concretizza il vantaggio patrimoniale dell'agente e nel contempo diviene definitiva la potenziale lesione del patrimonio della parte offesa (Sez. U, n. 18 del 21/06/2000, Franzo, Rv. 216429-01).

Risulta pacifico pertanto che, ai fini della consumazione del reato di truffa, è necessario che il profitto dell'azione truffaldina entri nella sfera giuridica di disponibilità dell'agente, non essendo sufficiente che esso sia fuoriuscito da quella del soggetto passivo (Sez. 5, n. 14905 del 29/01/2009, Coppola, Rv. 243608-01; negli stessi termini: Sez. 2, n. 31044 del 11/07/2008, Miano, Rv. 240659-01 e Sez. 2, n. 7181 del 17/01/2008, Damiani, Rv. 239435-01).

La giurisprudenza della Suprema Corte ha, altresì, precisato che, in tema di truffa contrattuale, il momento di consumazione del reato non può essere individuato in via preventiva

ed astratta essendo indispensabile muovere dalle peculiarità del singolo accordo e della specifica volontà contrattuale, avuto riguardo alle modalità e ai tempi delle condotte, onde stabilire, in concreto, quando si è prodotto l'effettivo pregiudizio del raggirato in correlazione al conseguimento dell'ingiusto profitto da parte dell'agente (Sez. 2, n. 33588 del 13/07/2023, Colusso, Rv. 285143-01; così anche: Sez. 2, n. 11102 del 14/02/2017, Giannelli, Rv. 269688-01; Sez. F, n. 31497 del 26/07/2012, Abatematteo, Rv. 254043-01).

2. Le truffe *on line*.

Il reato di "*truffa contrattuale*" ricorre quando l'agente pone in essere artifici e raggiri al momento della conclusione del negozio giuridico, traendo in inganno il soggetto passivo che viene indotto a prestare un consenso che altrimenti non sarebbe stato dato.

Nel corso degli ultimi anni, a seguito dell'avvento e del progressivo espandersi delle transazioni via internet, si è registrata una grande diffusione delle cd. "*truffe on line*", ovvero una forma specifica di truffa contrattuale caratterizzata dalla circostanza che la contrattazione fra l'agente e la persona offesa si svolge a distanza, mediante l'uso di strumenti telematici (quali siti internet, *email*, *chat*, messaggistica, ecc. o una combinazione di mezzi diversi, a volte coadiuvati anche dall'uso del telefono).

Anche l'atto dispositivo posto in essere dalla persona offesa e il conseguimento dell'ingiusto profitto da parte dell'agente sono fatti che avvengono "*a distanza*", quasi sempre mediante l'uso di strumenti telematici.

Assai spesso di tratta di contratti di compravendita *on line* di beni, che non vengono poi inviati all'acquirente truffato, al quale, tuttavia, viene richiesto il pagamento anticipato del prezzo (altro terreno di grande diffusione delle truffe *on line* è quello delle locazioni brevi a scopo turistico, in cui spesso vengono "*venduti*" periodi di locazione inerenti ad immobili in realtà inesistenti o che non sono nella disponibilità del locatore o che presentano caratteristiche totalmente difformi rispetto a quelle esposte).

Alla digitalizzazione dei raggiri da parte del soggetto agente (i contatti tra *deceptor* e *deceptus* avvengono quasi sempre solo per via telematica, più di rado anche telefonicamente) ha fatto seguito, quindi, la digitalizzazione dei pagamenti da parte dell'acquirente truffato, il quale, pertanto, paga il prezzo del bene contrattualizzato con mezzi di pagamento elettronici, che presentano caratteristiche del tutto peculiari rispetto alla fisica consegna di denaro contante o ai tradizionali metodi di pagamento cartacei.

La giurisprudenza di legittimità si è, dunque, sempre più spesso trovata ad affrontare la problematica attinente all'esatta individuazione del luogo di consumazione dei predetti delitti di truffa, soprattutto al fine di identificare l'ufficio giudiziario territorialmente competente.

La Suprema Corte è stata, pertanto, chiamata ad applicare il tradizionale principio, in virtù del quale il reato di truffa si consuma nel momento e nel luogo in cui si verificano la *deminutio patrimonii* del truffato e la *locupletatio* del truffatore, a metodi di pagamento sempre più innovativi e in costante evoluzione tecnologica.

3. Le iniziali oscillazioni giurisprudenziali e il successivo assestamento.

Con Relazione n. 68 del 9 dicembre 2015, questo Ufficio segnalava l'esistenza di un contrasto interno alla Corte.

In particolare, si osservava come, con la sentenza Sez. 1, n. 25230 del 13 marzo 2015, Migliorati, Rv. 263962-01, fosse stato affermato il principio secondo cui, «*nel delitto di truffa, quando il profitto è conseguito mediante accredito su carta di pagamento ricaricabile (nella specie "Postepay"), il tempo e il luogo di consumazione del reato sono quelli in cui la per-*

sona offesa ha proceduto al versamento del denaro sulla carta, poiché tale operazione ha realizzato contestualmente sia l'effettivo conseguimento del bene da parte dell'agente, che ottiene l'immediata disponibilità della somma versata, e non un mero diritto di credito, sia la definitiva perdita dello stesso bene da parte della vittima».

Per contro, si evidenziava che altre pronunce, tra cui, in particolare, Sez. 2, n. 7749 del 4 novembre 2014, Giannetto, Rv. 264696-01, avevano statuito la differente regola secondo la quale, «*nell'ipotesi di truffa contrattuale realizzata attraverso la vendita di beni ed il conseguente pagamento on line, il reato si consuma nel luogo ove l'agente consegue l'ingiusto profitto e non già in quello in cui viene data la disposizione per il pagamento da parte della persona offesa*».

In proposito, è opportuno osservare che, mentre nella sentenza Migliorati si specifica che il pagamento è avvenuto mediate ricarica di carta prepagata, nelle altre sentenze citate nella predetta relazione di contrasto, non sempre viene dettagliatamente indicato lo strumento di pagamento utilizzato (così nella stessa pronuncia Giannetto).

Nella sentenza Sez. 2, n. 12795 del 09/03/2011, Beleniuc, Rv. 249861-01, in applicazione del principio secondo cui il delitto di truffa si consuma nel momento del conseguimento, da parte dell'agente, del profitto della propria attività criminosa, la Corte, in fattispecie di truffa consistita nell'importazione, senza versamento dell'IVA, di veicoli dall'estero e di loro successiva rivendita in Italia, ha ritenuto consumato il reato nel momento e luogo del mancato pagamento d'imposta.

Nell'ulteriore sentenza Sez. 5, n. 14905 del 29/01/2009, Coppola, Rv. 243608-01, anch'essa citata nella predetta relazione, il pagamento è stato effettuato a mezzo bonifico bancario su conto corrente di un terzo e la Suprema Corte ha riqualificato il delitto di truffa consumata in truffa tentata.

Da ultimo, nella pronuncia Sez. 1, n. 28261 del 13/06/2014, Verderame, il versamento è stato operato mediante ricarica su carta prepagata (*Postepay*) nella disponibilità dell'imputato, ma la Suprema Corte, nell'individuare il giudice territorialmente competente a decidere, ha fatto, innanzitutto, riferimento al luogo di ubicazione della carta prepagata al momento del pagamento, rilevandone l'impossibilità di identificazione («*senza che sia stato possibile individuare con esattezza il luogo nel quale costui ha acquisito il denaro versato dalla controparte, ossia ove si fosse trovato l'utilizzatore dello strumento di pagamento ricaricabile nel momento in cui era pervenuto il pagamento*»).

Nella medesima sentenza si evidenziava, poi, come non fosse possibile neppure individuare con esattezza il luogo di residenza dell'imputato, facendo, così, ricorso, da ultimo, al criterio sussidiario di cui all'art. 9, comma 3, cod. proc. pen., ritenendo, pertanto, competente l'autorità giudiziaria dove aveva sede l'ufficio del pubblico ministero che per primo aveva iscritto la notizia di reato nell'apposito registro.

Nella relazione del 2015, dunque, veniva tratteggiato un quadro complessivo molto variegato, strettamente legato, tuttavia, alle specificità dei singoli casi concreti.

Attualmente, il quadro giurisprudenziale appare molto più stabile e strettamente dipendente dalla tipologia dello strumento di pagamento adoperato.

La giurisprudenza della Cassazione opera, infatti, una fondamentale distinzione a seconda che il pagamento eseguito dalla persona offesa sia ad effetto immediato e irreversibile oppure ad effetto differito e reversibile.

4. Pagamenti ad effetto immediato e irreversibile.

I due principali mezzi di pagamento ad effetto immediato e irreversibile di cui la giurisprudenza è stata chiamata ad occuparsi in relazione all'individuazione del luogo di consumazione delle truffe *on line* sono la ricarica di carta prepagata e il bonifico istantaneo.

4.1. Ricarica di carta prepagata.

In via preliminare, appare opportuno sintetizzare, seppur brevemente, le precipue caratteristiche di tale strumento.

Si tratta di una carta per il pagamento elettronico, con un numero di 16 cifre, come le carte di credito o di debito. Essa, tuttavia, non è collegata a un conto corrente, ma ha un "*deposito*", in genere con limitazioni sui massimali, dal quale si va ad attingere ogni volta che si paga.

Per quanto qui rileva, è opportuno distinguere due tipologie di carte prepagate:

le carte prepagate "*ricaricabili*" (dette anche nominative) che possono essere ricaricate all'occorrenza, sia tramite il proprio conto corrente, sia presso gli sportelli dell'istituto di credito che ha fornito la carta, sia presso le ricevitorie autorizzate o ATM; questa tipologia consente di utilizzare il credito precedentemente ricaricato per gli acquisti presso tutti i negozi convenzionati con il circuito della carta (ad esempio, Visa o MasterCard);

le carte prepagate con IBAN (dette anche "*carte conto*"), che offrono tutti i principali servizi di un conto corrente: sono, infatti, munite di IBAN, consentendo, pertanto, l'accredito dello stipendio, della pensione o la domiciliazione delle utenze; permettono, inoltre, di accedere ai servizi di *internet banking* per effettuare ricariche telefoniche o bonifici *on line*, direttamente da casa o con un cellulare, con costi praticamente nulli, se paragonati a quelli di un conto corrente tradizionale.

La persona offesa può, dunque, ricaricare la carta indicatagli dall'autore del reato in molteplici modi (come si è detto): in ogni caso, la somma viene accreditata, quasi immediatamente (vi è sempre uno iato temporale di almeno qualche secondo), direttamente sulla carta, non su un conto corrente.

Il mancato collegamento della carta a un conto bancario, unitamente alle ridotte commissioni, costituisce, anzi, la principale ragione di successo e diffusione di questo strumento di pagamento (solitamente utilizzato per gli acquisti su internet): in ipotesi di furto, smarrimento o fraudolenta sottrazione dei dati della carta (*phishing*), il titolare perde solo il relativo saldo (che ha precedentemente deciso di ricaricare), non l'importo che egli custodisce, invece, sul proprio conto corrente, di solito ben più elevato.

Il semplice possesso della carta consente, dunque, di utilizzarne il relativo saldo: se si possiede il PIN, può prelevarsi denaro presso ATM, possono essere effettuati acquisiti presso esercizi commerciali oppure *on line*. Ma anche ignorando il PIN, possono essere effettuati acquisti in rete e, entro determinati importi, anche presso esercizi fisici.

Chiunque abbia la carta può (nel senso che è tecnicamente possibile, a prescindere dai profili giuridici e dall'uso legittimo o illegittimo della stessa), quindi, utilizzarne il saldo, soprattutto *on line*, avvalendosi semplicemente dei dati che si trovano stampati sulla stessa: codice identificativo di 16 cifre; nominativo dell'intestatario; data di scadenza; codice di sicurezza di 3 cifre riportato sul retro del documento.

La carta prepagata ricaricabile costituisce, pertanto, una sorta di "*salvadanaio digitale*" (o "*portafoglio elettronico*"), che può essere rimpinguato in qualsiasi momento, così come, in qualsiasi momento, può esserne adoperato il saldo.

Può essere ricaricata dal suo intestatario, nello stesso luogo in cui essa si trova (per esempio, inserendola in un ATM e versando del denaro contante, previa digitazione del PIN), ma può essere ricaricata anche da un terzo (al quale sia stato comunicato semplicemente il relativo codice di 16 cifre e il nome dell'intestatario), in qualsiasi parte del mondo, a centinaia o anche migliaia di chilometri di distanza dal luogo in cui, in quel momento, si trova la carta.

L'attuale giurisprudenza della Suprema Corte, in ordine ai pagamenti effettuati mediante ricarica di una carta prepagata, è assolutamente pacifica e non conosce eccezioni.

È stato, infatti, costantemente affermato che, nel delitto di truffa, quando il profitto è conseguito mediante accredito su carta di pagamento ricaricabile (nella specie "*Postepay*"), il tempo e il luogo di consumazione del reato sono quelli in cui la persona offesa ha proceduto al versamento del denaro sulla carta, atteso che tale operazione, in ragione della sua irrevocabilità, realizza contestualmente sia l'effettivo conseguimento del bene da parte dell'agente – che ottiene l'immediata disponibilità della somma versata, e non un mero diritto di credito – sia la definitiva perdita dello stesso bene da parte della vittima (Sez. 2, n. 49321 del 25/10/2016, Alfano, Rv. 268526-01; negli stessi termini: Sez. 2, n. 23781 del 17/07/2020, Onnis, Rv. 279484-01; Sez. 2, n. 14730 del 10/01/2017, Spagnolo, Rv. 269429-01; Sez. 1, n. 25230 del 13/03/2015, Confl. comp. in proc. Migliorati, Rv. 263962-01; Sez. 1, n. 3836 del 12/09/2017, dep. 2018, Confl. comp. in proc. S., Rv. 272291-01, in tema di estorsione; Sez. 1, n. 52003 del 22/11/2019, Trib. Napoli, Rv. 277861-01, che, in motivazione, precisa che è, invece, irrilevante il luogo in cui «*la carta è materialmente detenuta dal possessore*»).

La giurisprudenza di legittimità, pertanto, fa leva sui requisiti di immediatezza e irreversibilità del metodo di pagamento per giungere ad affermare che il delitto di truffa si consuma nel momento e nel luogo in cui la vittima del reato dispone la ricarica della carta prepagata del soggetto agente, perché è esattamente in quel momento che si verifica la definitiva perdita patrimoniale (senza possibilità di revoca della disposizione impartita al gestore del servizio di pagamento), a carico del truffato, e il conseguimento, altrettanto definitivo, dell'ingiusto profitto a beneficio del truffatore (oltre alle sentenze massimate sopra richiamate, numerose sono le pronunce che, in tema di ricarica di carta prepagata, affermano il medesimo principio: Sez. 2, n. 34874 del 14/06/2023, G.I.P. Trib. Chieti, n.m.; Sez. 1, n. 25620 del 03/03/2023, Trib. Busto Arsizio, n.m.; Sez. 5, n. 14548 del 12/01/2023, Tiepolo, n.m.; Sez. 2, n. 6962 del 20/01/2022, D'Angelo, n.m.; Sez. 2, n. 32486 del 01/10/2020, Caiffa, n.m.; Sez. 2, n. 5750 del 12/09/2018, dep. 2019, Coluccio, n.m.; Sez. 2, n. 40317 del 31/05/2019, Agostino, n.m.; Sez. 2, n. 6975 del 04/12/2018, dep. 2019, Caiffa, n.m.; Sez. 2, n. 50041 del 19/09/2018, Cardinale, n.m.; Sez. 1, n. 50933 del 14/09/2018, Trib. Lecce, n.m.; Sez. 2, n. 55147 del 20/07/2018, Bonomo, n.m.; Sez. 1, n. 39605 del 14/06/2018, G.I.P. Trib. Brindisi, n.m.; Sez. 2, n. 939 del 29/09/2017, dep. 2018, Panetta, n.m.; Sez. 1, n. 48247 del 20/06/2017, Trib. Catania, n.m.; Sez. 1, n. 34480 del 13/06/2017, Trib. Brindisi, n.m.; Sez. 1, n. 2567 del 11/01/2022, Trib. Avellino, n.m.).

Identica regola viene seguita dalla Procura generale presso la Suprema Corte di cassazione ai fini della risoluzione dei contrasti tra diversi Uffici di Procura: «*Quando il versamento avviene mediante operazioni dispositive che siano istantanee ed in quanto tali irrevocabili, la competenza per territorio si radica presso l'Ufficio nel cui circondario è ricompreso il luogo nel quale la persona offesa ha effettuato il pagamento, in quanto con la disposizione patrimoniale quest'ultima perde immediatamente la disponibilità del denaro che, in tempo reale, transita sul conto/carta del destinatario realizzando, al contempo, il profitto di quest'ultimo ed il corrispondente danno per il disponente (...). In tutti gli altri casi dovrà aversi riguardo al luogo in cui l'importo entra nella disponibilità giuridica dell'autore del reato, il quale così realizza il proprio ingiusto profitto*» («*Orientamenti della Procura generale della Cassazione sulla competenza territoriale (aggiornati a settembre 2024)*», pag. 19).

4.2. Bonifico istantaneo (con effetti immediati).

Muovendo sempre dai medesimi presupposti (immediatezza e irreversibilità), la giurisprudenza di legittimità ritiene che la stessa regola elaborata per la ricarica di carta pre-

pagata debba essere utilizzata in ipotesi di pagamento effettuato con bonifico istantaneo, posto che, anche in tal caso, viene adoperata una forma di pagamento che produce effetti immediati e irreversibili: diminuzione patrimoniale della persona offesa e, per converso, arricchimento patrimoniale dell'autore del reato si realizzano contemporaneamente, sicché si ritiene che il *locus commissi delicti*, esattamente come nel caso della ricarica, sia il luogo in cui la vittima dispone il bonifico.

È stato, in particolare, affermato: «*Nel caso di specie, come anticipato, il pagamento è avvenuto tramite bonifico istantaneo (...), le cui caratteristiche (esecuzione immediata entro dieci secondi del pagamento in euro all'interno dell'area SEPA, disponibilità in tempo reale dei fondi sul conto corrente del beneficiario, accredito del beneficiario e addebito dell'ordinante immediato, notifica di esito istantanea, irrevocabilità del pagamento) lo rendono uno strumento di pagamento del tutto assimilabile al pagamento tramite ricarica. Ne consegue che deve trovare applicazione il criterio che individua il locus commissi delicti nel luogo della disposizione per il pagamento da parte della persona offesa*» (**Sez. 1, n. 3700 del 12/09/2023, dep. 2024, G.I.P. Trib. Siracusa, n.m.**).

Il costante indirizzo seguito dalla Suprema Corte si ritrova anche nelle linee guida impartite dalla Procura generale della Cassazione agli Uffici di Procura ai fini della risoluzione dei contrasti tra pubblici ministeri: «*Quando oggetto della condotta truffaldina è un pagamento a mezzo bonifico istantaneo o a mezzo postagiro o vaglia postale veloce – caso quest'ultimo in cui il pagamento del corrispettivo viene effettuato con l'inserimento di una parola chiave da parte del beneficiario e non è revocabile una volta eseguito – oppure a mezzo ricarica di carte ricaricabili (ad esempio pagamento eseguito in ricevitoria, sia in contanti, sia con carta di pagamento), la competenza per territorio si radica presso l'Ufficio nel cui circondario è ricompreso il luogo nel quale la persona offesa ha effettuato il pagamento*» («*Orientamenti della Procura generale della Cassazione sulla competenza territoriale (aggiornati a settembre 2024)*», pag. 20).

Nello stesso momento, si registrano, dunque, secondo la costante giurisprudenza della Corte, l'arricchimento del *deceptor* e il depauperamento patrimoniale del *deceptus* e ciò consentirebbe di affermare che il *locus commissi delicti* sia individuabile nel luogo in cui la persona offesa dispone il pagamento in favore dell'autore del reato.

5. Pagamenti ad effetto differito e reversibile.

Sul versante dei pagamenti ad effetto differito e reversibile, occorre, invece, prendere in considerazione i bonifici ordinari su conto corrente (dovendo, tuttavia, distinguere tra conti accesi presso una filiale fisica e conti correnti *on line* puri) e bonifici ordinari su carta prepagata munita di IBAN.

5.1. Bonifico ordinario su conto corrente (con effetti differiti).

Il bonifico ordinario (non istantaneo) viene concretamente eseguito dall'istituto di credito solo dopo qualche giorno (in genere un paio) e può essere revocato fino a quando non viene effettuato l'accredito sul conto corrente del destinatario.

In proposito è stato massimato il seguente principio, che costituisce la regola costantemente seguita dalla Suprema Corte (tranne rarissime eccezioni di cui si dirà): «*In tema di truffa, se il profitto è conseguito mediante un bonifico bancario, il reato si consuma con l'accreditamento della somma di denaro sul conto corrente del destinatario, ne consegue che, ai fini della determinazione della competenza per territorio, occorre fare riferimento all'istituto bancario del luogo in cui il destinatario del bonifico ha aperto il conto corrente*» (Sez. F, n. 37400 del 30/08/2016, F., Rv. 268011-01).

La sentenza in questione, in motivazione, fa effettivamente riferimento al momento e al luogo dell'«*accredito*» sul conto corrente dell'autore del reato.

Altre massime utilizzano il termine «*riscossione*»**, pur volendo intendere, tuttavia, momento e luogo dell'**«*accredito*» **sul conto corrente del destinatario (come si ricava dalla lettura del testo integrale delle relative sentenze):** «*Il delitto di truffa contrattuale realizzata attraverso la vendita di beni "on line", in cui il pagamento da parte della persona offesa sia avvenuto tramite bonifico bancario con accredito su conto corrente, si perfeziona nel luogo in cui l'agente consegue l'ingiusto profitto tramite la riscossione della somma e non in quello in cui è data la disposizione per il pagamento da parte della persona offesa, trovando, invece, applicazione, ai fini della determinazione della competenza territoriale, le regole suppletive di cui all'art. 9 cod. proc. pen. laddove non sia determinabile il luogo di riscossione*» **(Sez. 2, n. 54948 del 16/11/2017, Di Paolantonio, Rv. 271761-01;** Sez. 2, n. 10570 del 21/02/2023, Di Caterino, Rv. 284424-01, in una fattispecie in cui, trattandosi di conto corrente esclusivamente *on line*, si afferma la necessità di dare attuazione alle regole suppletive in tema di competenza stabilite dall'art. 9 cod. proc. pen.).

Identico principio, nel senso della consumazione del reato nel luogo in cui è stato acceso il conto corrente dell'autore del delitto sul quale la somma bonificata, ottenuta con la condotta decettiva, viene accreditata, risulta sancito da numerose pronunce non massimate, anche assai recenti (Sez. 6, n. 42280 del 26/09/2024, Trib. Parma, n.m.; Sez. 1, n. 46355 del 22/09/2023, Trib. Lodi, n.m.; Sez. 1, n. 32192 del 03/06/2022, G.I.P. Trib. Bologna, n.m.; Sez. 1, n. 30269 del 22/06/2022, G.I.P. Trib. Alessandria, n.m.; Sez. 2, n. 27012 del 10/06/2022, Aramino, n.m.; Sez. 2, n. 28720 del 27/05/2022, Esposito, n.m.; Sez. 1, n. 39738 del 19/10/2021, Trib. Udine, n.m.; Sez. 2, n. 16393 del 13/04/2021, Ieromazzo, n.m.; Sez. 2, n. 16366 del 23/02/2021, Bonomo, n.m.; Sez. 2, n. 16022 del 12/02/2020, Demontis, n.m.; Sez. 1, n. 43841 del 10/09/2019, G.I.P. Trib. Cosenza, n.m.; Sez. 2, n. 39135 del 12/07/2019, Lo Brutto, n.m.; Sez. 2, n. 9641 del 12/02/2019, Caiffa, n.m.; Sez. 1, n. 17891 del 14/02/2017, Trib. Brescia, n.m.; Sez. 2, n. 25151 del 04/06/2021, Lo Bue, n.m., in cui la competenza è stata ancorata alla sede centrale e unica della banca Mediolanum; Sez. 2, n. 32033 del 21/03/2019, PG in Proc. Berni, n.m., in tema di estorsione; Sez. 1, n. 35691 del 23/05/2023, G.I.P. Trib. Modena, n.m., in tema di frode informatica; Sez. 2, n. 35932 del 20/05/2022, Destro, n.m. e Sez. 2, n. 50757 del 20/11/2019, Arrigoni, n.m., queste ultime due in tema di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche).

Fa, invece, riferimento al concetto di «*riscossione*» della somma, intesa quale materiale apprensione del denaro, a seguito di un'operazione di prelievo effettuata dopo l'accredito, una più risalente massima della Corte: «*Nell'ipotesi di truffa contrattuale realizzata attraverso la vendita di beni "on line", in cui il pagamento da parte della parte offesa avvenga tramite bonifico bancario con accredito su conto corrente, il reato si consuma nel luogo ove l'agente consegue l'ingiusto profitto tramite la riscossione della somma e non già in quello in cui viene data la disposizione per il pagamento da parte della persona offesa; qualora, invece, non sia determinabile il luogo di riscossione, si applicano – per la determinazione della competenza territoriale – le regole suppletive previste dall'art. 9 cod. proc. pen.*» (Sez. 2, n. 48027 del 20/10/2016, Vallelonga, Rv. 268369-01, nella quale, in motivazione, si legge che «*non vi è alcuna prova del luogo dove* l'imputata riscosse la somma di denaro (e cioè se presso l'ufficio postale di Taurianova, dove era stato acceso il conto corrente*, o presso la filiale dell'ufficio postale di Marina Gioiosa Ionica)*», con conseguente applicazione delle regole suppletive *ex* art. 9 cod. proc. pen.; nello stesso senso, successivamente, Sez. 2, n. 9291 del 07/11/2018, Vallelonga, n.m.).

Il principio affermato, se considerato effettivamente con riguardo alla «*riscossione*», come interpretata dalle due sentenze appena citate, non appare in linea con l'indirizzo espresso dalle numerose sentenze sopra richiamate.

Al riguardo, può osservarsi, che la «*riscossione*», intesa quale prelievo successivo all'accredito di somme in contanti dal conto corrente, potrebbe anche totalmente mancare o intervenire a notevolissima distanza di tempo dalla condotta fraudolenta.

Va evidenziato, inoltre, che è già con il semplice accredito della somma sul conto corrente del *deceptor* da parte del *deceptus* che il primo acquisisce la piena e incondizionata disponibilità della somma, senza che sussista alcuna necessità di una materiale apprensione del denaro contante. In questa prospettiva, la riscossione costituisce un *post factum* non punibile (così come si legge in Sez. 2, n. 40317 del 31/05/2019, Agostino, n.m.).

Infine, una somma pecuniaria, una volta accreditata su un conto corrente, in ragione della fungibilità del denaro, perde la sua individualità, sicché non sarebbe possibile sostenere che l'autore del reato abbia prelevato esattamente la somma ricevuta illecitamente o, invece, altro importo posseduto legalmente (in tema di fungibilità del denaro versato su un conto corrente, si veda Sez. U, n. 42415 del 27/05/2021, C., Rv. 282037-01).

Dunque, sembra forse da escludere che, ai fini della definizione della competenza territoriale, si possa attribuire rilievo alla materiale riscossione della somma.

Invero, le sentenze successive, pur utilizzando talvolta il termine «*riscossione*», lo fanno, in realtà, per indicare l'accredito dell'importo sul conto corrente, ponendosi così perfettamente in linea con l'indirizzo giurisprudenziale assolutamente consolidato.

In altra recentissima pronuncia, la Corte ha censurato il provvedimento del tribunale che, «*al fine della individuazione della competenza, ha posto l'accento sulla tipologia di banca presso cui è stato acceso il conto corrente, evidenziando come la stessa fosse una banca on line, priva di domiciliazione*», «*mentre avrebbe dovuto fare riferimento all'eventuale esistenza di un luogo fisico in cui il denaro è entrato nella disponibilità dell'autore del reato – in particolare, appoggio del conto presso una filiale territoriale individuabile – così incorrendo nel vizio di violazione di legge*» (**Sez. 2, n. 40796 del 25/09/2024, Colombini, n.m.**).

In disparte tali precisazioni, il consolidato orientamento della Suprema Corte sopra illustrato trova conforto anche nelle linee guida rivolte dalla Procura generale della Cassazione agli Uffici di Procura allo scopo di prevenire o risolvere i contrasti tra pubblici ministeri: «*Nel caso (...) in cui il pagamento avviene, esemplificativamente, a mezzo vaglia postale ordinario oppure a mezzo bonifico ordinario non istantaneo, seppur indirizzato ad una "carta prepagata" o, ancora, a mezzo pagamento on line o rimessa su conto-corrente, o, infine, in caso di pagamento a mezzo di "bonifico urgente" (in cui è tuttavia da escludere la contestualità tra il pagamento da parte dell'acquirente e la ricezione da parte del destinatario, ai fini della competenza per territorio, non trattandosi di operazioni istantanee e irrevocabili), occorre fare riferimento all'istituto bancario del luogo in cui il destinatario del bonifico ha aperto il conto corrente (v. Sez. F, n. 37400 del 30 agosto 2016, F., Rv. 268011-01) in quanto è questo il luogo in cui l'importo entra nella disponibilità giuridica dell'autore del reato, realizzando il profitto.*

Nei casi nei quali il conto corrente del destinatario è stato aperto on line, con conti on line "puri", le cui operazioni bancarie possono essere effettuate esclusivamente in rete e, dunque, non è individuabile un luogo fisico in cui le somme sono accreditate, troveranno applicazione le regole suppletive di cui all'art. 9 c.p.p. a partire dall'ultimo luogo in cui è avvenuta parte dell'azione.

Se, oltre a non essere individuabile il luogo di conseguimento del profitto, non è noto il luogo in cui è stata posta in essere una parte dell'azione (come accade quando gli artifizi sono stati commessi nel corso di una trattativa telematica con invio delle coordinate banca-

rie mediante Whatsapp o la casella di posta del sito stesso e sempre che non sia accertabile il luogo da cui è partito il versamento), per individuare il luogo di consumazione del delitto deve farsi ricorso al criterio suppletivo di cui all'art. 9 comma 2 c.p.p. che richiama il luogo di residenza, domicilio o dimora dell'indagato» («*Orientamenti della Procura generale della Cassazione sulla competenza territoriale (aggiornati a settembre 2024)*», pag. 20).

5.2. Bonifico ordinario su carta ricaricabile munita di IBAN.

Il medesimo principio adottato dalla Corte per il bonifico ordinario (quindi ad effetti differiti) indirizzato ad un conto corrente viene applicato dalla giurisprudenza di legittimità con riferimento al bonifico ordinario destinato ad una carta ricaricabile munita di IBAN.

In questo caso, infatti, secondo la Cassazione, non può essere applicato il principio che riguarda la ricarica della carta, posto che quest'ultima, come si è detto, produce effetti immediati e irrevocabili.

Possono richiamarsi, in proposito, quattro sentenze, nelle quali, pur facendosi testualmente riferimento al «*luogo dove è stato attivato il conto corrente abbinato alla carta*», viene individuata la competenza territoriale in ragione del luogo in cui ha sede l'ufficio postale che ha rilasciato la carta: trattasi, in tutti i casi, della "*Postepay Evolution*" (Sez. 1, n. 21886 del 16/04/2021, G.I.P. Trib. Alessandria, n.m.; Sez. 1, n. 21357 del 01/04/2021, Trib. Torino, n.m.; Sez. 1, n. 10355 del 21/01/2021, Trib. Milano, n.m.; Sez. 1, n. 31347 del 09/09/2020, G.I.P. Trib. Patti, n.m.).

In realtà, come si è detto, le carte munite di IBAN (con le quali, pertanto, si possono inviare e ricevere bonifici), sono slegate da qualsiasi conto corrente (a cui sono sostanzialmente alternative), presentando un loro autonomo saldo. È semplicemente quest'ultimo a venire incrementato da bonifici in entrata e depauperato da bonifici in uscita.

Invero, nel momento in cui viene disposto un bonifico occorre indicare i 27 caratteri alfanumerici che compongono l'IBAN destinatario, che possono essere quelli di un comune conto corrente oppure quelli di una carta munita di IBAN. In quest'ultimo caso, l'importo non giunge su un conto (abbinato alla carta), ma direttamente sulla carta.

Inoltre, il rilascio della carta munita di IBAN non va necessariamente richiesto presso una filiale fisica, potendo essere ottenuto anche utilizzando il sito internet o l'App dell'istituto di credito ("*App Postepay*" per "*Postepay Evolution*").

Anche quando viene rilasciata presso una filiale fisica, il personale di quest'ultima si limita a fungere "*da tramite*", ricevendo la richiesta del cliente e consegnando a quest'ultimo la carta, ma non attiva alcun conto relativo a quest'ultima.

La carta risulta, dunque, svincolata da qualsiasi conto e da qualunque filiale (in ciò sta la differenza fondamentale tra le carte prepagate ricaricabili e le carte di debito), presentando un proprio autonomo saldo, che registra altrettanto autonomamente entrate e uscite (anche mediante bonifici).

In ipotesi di bonifico su una carta dotata di IBAN, pertanto, sarebbe forse più corretto, ai fini della determinazione della competenza in tema di truffe contrattuali, fare riferimento al luogo in cui la carta si trova quando riceve l'accredito, piuttosto che al luogo in cui ha sede la filiale dell'istituto di credito presso la quale essa è stata richiesta e fisicamente ritirata dall'intestatario.

6. Prospettive future.

È agevole prevedere che, nel prossimo futuro, vi sarà una notevole diffusione delle carte prepagate ricaricabili dotate di IBAN ("*carte conto*"), che consentono, con il pagamento di

commissioni assai più contenute, di effettuare quasi tutte le operazioni finora assicurate dai normali conti correnti.

Sul versante dei bonifici, il recentissimo Regolamento UE n. 2024/886 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 marzo 2024, noto come «*Instant Payment Regulation (IPR)*», darà fortissimo impulso alla diffusione dei bonifici istantanei.

L'obiettivo principale del regolamento è quello di agevolare i pagamenti transfrontalieri e nazionali attraverso bonifici immediati, promuovendo contemporaneamente la sicurezza, la trasparenza e l'accessibilità nei servizi finanziari.

Ai sensi dell'art. 1 del Regolamento, per «*bonifico istantaneo*», si intende «*un bonifico che è eseguito immediatamente, 24 ore al giorno e in qualsiasi giorno di calendario*».

Il medesimo articolo precisa il concetto di «*immediatezza*», statuendo che l'accredito sul conto del beneficiario deve avvenire entro il limite massimo di **dieci secondi** dall'ordine di pagamento e dal correlativo addebito sul conto corrente dell'ordinante («*entro dieci secondi dal momento della ricezione dell'ordine di pagamento per un bonifico istantaneo da parte del PSP* [prestatore di servizi di pagamento, ndr.] *del pagatore, il PSP del beneficiario mette l'importo dell'operazione di pagamento a disposizione sul conto di pagamento del beneficiario nella valuta in cui il conto del beneficiario è denominato e conferma il completamento dell'operazione di pagamento al PSP del pagatore*»).

Con il trasferimento fondi istantaneo, dunque, la disponibilità dei medesimi deve essere assicurata sul conto del destinatario entro dieci secondi, indipendentemente dal momento della giornata in cui viene effettuata l'operazione.

In virtù del suindicato Regolamento, nei Paesi dell'eurozona, l'obbligo degli istituti di credito di assicurare la ricezione dei pagamenti istantanei è divenuto operativo dal 9 gennaio 2025, mentre dal 9 ottobre 2025, scatterà l'obbligo per le banche non più solo di ricevere, ma anche di inviare i bonifici istantanei.

Inoltre, tutti gli istituti di credito dell'area euro sono obbligati a garantire che i bonifici istantanei siano effettuati alle stesse condizioni economiche dei bonifici ordinari, senza costi aggiuntivi.

È sufficiente considerare queste due radicali innovazioni (carte ricaricabili munite di IBAN e bonifici istantanei) per comprendere come il sistema dei pagamenti si avvii a subire una rivoluzione copernicana rispetto alle transazioni finanziarie finora conosciute e quotidianamente sperimentate, basti pensare alla possibilità, già oggi fruibile, di effettuare bonifici istantanei "*da carta a carta*", senza necessità di alcun conto corrente, né lato ordinante né lato destinatario.

Indice delle sentenze citate

Ordinanze della Corte costituzionale

Corte cost., Ordinanza n. 363 del 24/10/2007.

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. U, Sentenza n. 7551 del 08/04/1998, Cerroni, Rv. 210798-01;
Sez. 1, Sentenza n. 42661 del 28/10/2009, P.M. in proc. Shera, Rv. 245575-01;
Sez. 3, Sentenza n. 42167 del 09/07/2013, Di Meo, Rv. 257055-01;
Sez. U, Sentenza n. 37345 del 23/04/2015, P.M. in proc. Longo, Rv. 264381-01;
Sez. U, Sentenza n. 12872 del 19/01/2017, Punzo, Rv. 269125-01;
Sez. 1, Sentenza n. 19457 del 16/01/2018, Signoretto, Rv. 272832-01;
Sez. 1, Sentenza n. 30709 del 10/05/2019, Coccia, Rv. 276504-01;
Sez. 1, Sentenza n. 30710 del 10/05/2019, Dinar, Rv. 276408-01;
Sez. 1, Sentenza n. 917 del 17/10/2019, dep. 2020, Karmeshtna, n.m.;
Sez. 5, Sentenza n. 23133 del 09/07/2020, Bordonaro, Rv. 279906-01;
Sez. 1, Sentenza n. 31998 del 30/10/2020, Cattafi, n.m.;
Sez. 5, Sentenza n. 84 del 01/12/2020, dep. 2021, Consulo, n.m.;
Sez. 1, Sentenza n. 24103 del 08/04/2021, Fosco, Rv. 281432-01;
Sez. 1, Sentenza n. 39190 del 09/07/2021, Stambazzi, Rv. 282076-01;
Sez. 1, Sentenza n. 36518 del 15/09/2021, Strambelli, n.m.;
Sez. 1, Sentenza n. 6270 del 14/10/2022, Di Bono, n.m.;
Sez. 7, Sentenza n. 7157 del 15/02/2022, Oanca, n.m.;
Sez. 1, Sentenza n. 9498 del 16/03/2022, P.M. c/ Morsello, n.m.;
Sez. 1, Sentenza n. 9560 del 16/03/2022, Asaro, n.m.;
Sez. 1, Sentenza n. 13192 del 03/02/2022, P.M. c/ Lombardo, n.m.;
Sez. 1, Sentenza n. 25198 del 05/05/2022, P.M. c/ Redditzi, n.m.;
Sez. 1, Sentenza n. 25199 del 05/05/2022, P.M. c/ Lussu, n.m.;
Sez. 1, Sentenza n. 36362 del 17/05/2022, Reale, n.m.;
Sez. 1, Sentenza n. 46910 del 14/09/2022, Biondi, n.m.;
Sez. 5, Sentenza n. 8159 del 24/01/2023, Strambelli, n.m.;
Sez. 1, Sentenza n. 18245 del 24/03/2023, Cosimo, n.m.;
Sez. 1, Sentenza n. 29876 del 24/03/2023, Taormina, n.m.;
Sez. 7, Sentenza n. 49055 del 14/09/2023, Di Rino, n.m.;
Sez. 5, Sentenza n. 2144 del 20/12/2023, dep. 2024, V., Rv. 285781-01;
Sez. 5, Sentenza n. 11959 del 20/12/2023, dep. 2024, Mboup, n.m.;
Sez. 1, Ordinanza n. 10390 del 22/02/2024, Zangari, n.m.;
Sez. U, Sentenza n. 36460 del 30/05/2024, Zangari, Rv. 287004-01.

CAPITOLO V

LA PERDITA DI CHANCE QUALE DANNO PATRIMONIALE NEL DELITTO DI ESTORSIONE E IL CONCORSO FORMALE TRA IL REATO DI ESTORSIONE E DI TURBATA LIBERTÀ DEGLI INCARICHI

(di Fulvio Filocamo)

SOMMARIO: 1. Le questioni rimesse all'esame delle Sezioni Unite. – 2. Le soluzioni individuate dalle Sezioni Unite – 2.1. La perdita di chance quale danno patrimoniale nel delitto di estorsione. – 2.2. Il concorso formale tra i delitti di estorsione e di turbata libertà degli incanti.

1. Le questioni rimesse all'esame delle Sezioni Unite.

Con ordinanza n. 41379 dell'11 luglio 2023, la Sesta Sezione Penale della Corte di cassazione, cui era stato assegnato il ricorso, ha rimesso la decisione alle Sezioni Unite sulle seguenti questioni:

1) «*se sia configurabile, oltre al reato di cui all'art. 353 cod. pen., anche quello di estorsione nella condotta di chi, con violenza o minaccia, allontani gli offerenti da una gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private*»;

2) «*se nella nozione di danno patrimoniale di cui all'art. 629 cod. pen. rientri anche la perdita dell'aspettativa di conseguire un vantaggio economico*».

L'ordinanza di rimessione ha evidenziato, sulla base della descrizione degli elementi costitutivi delle fattispecie incriminatrici, le differenze tra i due reati in relazione all'elemento soggettivo e all'evento, individuando nella lesione dell'autonomia negoziale, determinata dalla condotta di allontanamento del privato da una gara, il profilo comune all'oggettività giuridica di entrambe le fattispecie. Il tema controverso, in particolare, ha riguardato la configurabilità del concorso formale tra i due reati soltanto con riferimento alla fattispecie in cui non sia riscontrabile una *deminutio patrimonii* sul piano materiale. La Sezione rimettente ha posto in rilievo, da un lato, un orientamento che aveva affermato la sussistenza di un concorso apparente di norme, sulla base del rilievo che il delitto di turbata libertà degli incanti assorbe in sé l'intero disvalore dell'evento criminoso quando il danno del delitto di estorsione consiste nella sola lesione della libertà di partecipare a una gara influenzandone l'esito, bene giuridico già tutelato dal reato di turbativa d'asta; dall'altro, ha rilevato anche l'esistenza di un diverso orientamento secondo cui era configurabile il concorso formale in ragione dei rilevanti elementi differenziali riscontrabili tra le fattispecie incriminatrici.

Nel trattare il tema controverso, la Sezione ha rilevato la necessità di individuare, alla luce della elaborazione dottrinaria e giurisprudenziale civile, il corretto significato da attribuire alla *chance,* ovvero se nel danno del reato di estorsione rientri qualunque perdita della stessa o solo quella di matrice civilistica ossia la concreta e consistente possibilità di conseguire vantaggi economicamente apprezzabili. Solo in questo ultimo caso, infatti, sarebbe configurabile il concorso tra i reati di estorsione e di turbata libertà degli incanti.

2. Le soluzioni individuate dalle Sezioni Unite.

Preliminarmente, le Sezioni Unite hanno ritenuto la seconda questione come pregiudiziale rispetto alla precedente, dovendosi logicamente specificare prima la nozione di danno

in quanto esso costituisce il perno dell'offesa criminale di cui all'art. 629 cod. pen., potendolo distinguere dal danno civile previsto dall'art. 185 cod. pen.

2.1. La perdita di *chance* quale danno patrimoniale nel delitto di estorsione e il relativo canone probatorio.

Nell'affrontare così il quesito pregiudiziale, la sentenza delle Sezioni Unite "Annunziata" ha evidenziato che la definizione di danno deve essere posta in correlazione funzionale alla nozione di patrimonio, la quale, secondo l'elaborazione penalistica del concetto, deve tendere a contemperare, da un lato, l'esigenza di non restringere troppo l'area della tutela penale e, dall'altro, a evitare un netto contrasto con le valutazioni di diritto civile; in tale nozione devono ricomprendersi i rapporti giuridici meritevoli di tutela, anche in forma più attenuata rispetto ai diritti soggettivi in senso stretto, quali le aspettative dotate di fondamento giuridico, ma non anche le aspettative di mero fatto. La valorizzazione della connotazione di patrimonialità del concetto di danno è quindi alla base delle pronunce di legittimità che hanno configurato il reato di estorsione nella situazione in cui la condotta intimidatrice è diretta alla rinuncia di un diritto o di una legittima aspettativa nell'ambito dei rapporti di lavoro, costringendo il lavoratore ad accettare condizioni contrarie alla legge e ai contratti collettivi (*ex plurimis*, Sez. 2, n. 3724 del 29/10/2021, dep. 2022, Lattanzio, Rv. 282521), alla coartata desistenza dall'esercizio di una tempestiva azione giudiziaria (*ex multis*, Sez. 2, n. 32083 del 12/05/2023, De Luca, Rv. 285002), o, ancora nelle ipotesi di cd. estorsione contrattuale (Sez. 2, n. 12434 del 19/02/2020, Di Grazia, Rv. 278988).

La sentenza, quindi, ha evidenziato che siffatta nozione "ampia" di patrimonio è stata di recente affermata, in tema di dolo specifico del delitto di furto, anche con riferimento al fine di profitto, inteso come qualunque vantaggio, non solo di natura patrimoniale (Sez. U, n. 41570 del 25/05/2023, C., Rv. 285145). Ciò posto, quanto allo specifico tema concernente la possibilità di ricondurre la perdita della *chance* nell'ambito di operatività del danno patrimoniale di cui all'art. 629 cod. pen., le Sezioni Unite hanno rilevato che l'elaborazione giurisprudenziale si è limitata a evocare la nozione di danno prodotto dal reato di estorsione senza individuarne con precisione il contenuto e i presupposti necessari per delimitarne l'ambito di operatività.

Nella sentenza si è così ripercorso l'orientamento della giurisprudenza civile, consolidata nel senso di ritenere che il danno da perdita di chance va commisurato alla perdita della mera possibilità di conseguire il risultato utile (*ex multis,* Sez. 3 civ., n. 25910 del 05/09/2023, Rv. 669086; Sez. 3 civ. n. 12906 del 26/06/2020, Rv 658177; Sez. 2 civ. n. 7570 del 18/03/2019, Rv. 653151); è stata, inoltre, evidenziata la posizione della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea secondo cui, in tema di aggiudicazione degli appalti pubblici, è ben possibile che l'offerente illegittimamente escluso subisca anche il distinto danno corrispondente all'opportunità perduta (Corte di giustizia, 21/12/2023, United Parcel Service/Commissione, C. 297/22, § 69; Corte di giustizia, 06/06/2024, Ingsteel, C. 547/22, § 49); e, inoltre, esaminato l'orientamento della giurisprudenza amministrativa, secondo cui la nozione di perdita di *chance*, intesa come elevata probabilità di conseguire il bene sperato, rileva nel senso che la tecnica probabilistica va impiegata per misurare, in modo equitativo, il valore economico della stessa, in sede di liquidazione del *quantum* risarcibile (Cons. Stato, n. 6268 del 24/06/2021).

Muovendo da tali approdi interpretativi e dall'esigenza di una uniformità interpretativa, nei casi in cui la norma penale si fondi sull'utilizzo di concetti giuridici che trovano spiegazione nel diritto civile, la sentenza "Annunziata", nel solco di quanto già affermato da Sez. U, n. 37954 del 25/05/2011, Orlando, Rv. 250975), ha evidenziato che la configurazione

del danno derivante dalla perdita di *chance* in ambito civilistico non preclude affatto la possibilità di valorizzarne i contenuti e le finalità attribuendole il medesimo significato a fini penali. Nella prospettiva penalistica, però, le Sezioni Unite hanno specificato che non si può valorizzare la regola civilistica del "più probabile che non", imponendosi l'esigenza di individuare in termini di certezza soltanto il nesso causale tra la condotta colpevole del soggetto attivo e l'evento di danno, rimanendo estranea l'ulteriore linea causale che collega l'evento (ovvero la lesione del diritto) alle conseguenze dannose. Tale causalità va dimostrata, invece, sulla base delle regole penali, come elaborate da Sez. U, n. 30328 del 10/07/2002, Franzese, Rv. 222138, le quali, in ragione dei differenti valori tutelati, sono da ricondurre al canone della prova "oltre il ragionevole dubbio" e non "del più probabile che non".

Sulla base delle ora esposte considerazioni le Sezioni Unite hanno affermato, dunque, il principio espresso nella massima Rv. 286656-01, secondo cui «nella nozione di danno patrimoniale rilevante ai fini della configurabilità del delitto rientra anche la perdita di una seria e consistente possibilità di conseguire un bene o un risultato economicamente valutabile, la cui sussistenza deve essere provata sulla base della nozione di causalità propria del diritto penale».

2.2. Il concorso formale tra i delitti di estorsione e di turbata libertà degli incanti.

Con riferimento al secondo quesito, le Sezioni Unite hanno aderito all'indirizzo prevalente secondo cui è configurabile il concorso formale fra i reati di cui all'art. 353 cod. pen. e 629 cod. pen., in ragione di rilevanti elementi differenziali riscontrabili tra le diverse fattispecie incriminatrici.

Secondo tale indirizzo, ritenuto prevalente, i due reati possono concorrere nel caso in cui la condotta materiale e l'elemento soggettivo abbiano in concreto realizzato entrambi i fatti puniti dagli artt. 629 e 353 cod. pen.; il delitto di estorsione, infatti, si caratterizza per una coartazione dell'altrui volontà con lo specifico fine del conseguimento di un ingiusto profitto con altrui danno patrimoniale, mentre il delitto di turbata libertà degli incanti si connota per il dolo generico, consistente nella coscienza e volontà di impedire turbare la gara o allontanare gli offerenti, e per essere un reato di pericolo, consumandosi nel momento e nel luogo in cui si è impedita o turbata la gara, senza che occorra la produzione di un danno né il conseguimento di un profitto (*ex plurimis*, Sez. 2, n. 4925 del 26/01/2006, Piselli, Rv. 233346). Tale orientamento, ribadito da numerose decisioni, si fonda sulla diversa oggettività giuridica delle fattispecie incriminatrici, tutelando la prima il patrimonio, la seconda, la libera formazione delle offerte nei pubblici incanti (*ex multis*, Sez. 5, n. 22200 del 10/04/2013, Del Giudice, Rv. 256502; Sez. 2, n. 12266 del 27/02/2008, Magni, Rv. 239753; e tra le non massimate sul punto, *ex plurimis*, Sez. 2, n. 4849 del 16/12/2023 Metitore e altri; Sez. 2, n. 1821 del 29/10/2019, dep. 2020, Alberti). Seguendo l'impostazione già accolta da Sez. U, n. 47164 del 20/12/2005, Marino, Rv. 232302, si osserva che l'indirizzo in esame valorizza l'analisi strutturale delle figure criminose poste a confronto, criterio ritenuto preferibile rispetto a quelli di sussidiarietà, assorbimento, e consunzione che, invece, prescindono dalla struttura della fattispecie.

La sentenza "Annunziata" ha aderito a tale descritto orientamento, poiché, come affermato in molteplici occasioni dalle Sezioni Unite, l'unico criterio idoneo a dirimere i casi di concorso apparente di norme è il principio di specialità di cui all'art. 15 cod. pen., il quale come si è precisato, deve applicarsi in senso logico–formale, sicché il presupposto della convergenza di norme risulta integrato solo in presenza di un rapporto di continenza tra fattispecie, alla cui verifica deve procedersi attraverso il confronto strutturale tra le norme incriminatrici, comparandone gli elementi costitutivi (Sez. U, n. 27727 del 14/12/2023,

dep. 2024, Gambacurta; Sez. U, n. 20664 del 23/02/2017, Stalla, Rv. 269668; Sez. U, n. 1235 del 28/10/2010, dep. 2011, Giordano, Rv. 248865).

In forza della dichiarata adesione al secondo orientamento, la sentenza Annunziata ha così affermato che in ciascuna delle fattispecie poste a confronto vi sono elementi specializzanti diversi che le pongono in un rapporto di specialità reciproca, trattandosi di norme incriminatrici non sovrapponibili sul piano strutturale. Muovendo da tale preliminare premessa, le Sezioni Unite hanno evidenziato che la condotta idonea a integrare il reato di turbativa, di cui all'art. 353 cod. pen., consistente nell'allontanamento coattivo dell'offerente da una gara svoltasi nelle forme dei pubblici incanti o delle licitazioni private, non necessariamente realizza anche il fatto incriminato dall'art. 629 cod. pen., per la cui configurabilità occorre anche il danno patrimoniale alla persona offesa e il correlativo profitto ingiusto per il soggetto agente, realizzandosi solo in tal caso il sinallagma illecito del delitto contro il patrimonio. Se, pertanto, in capo all'offerente non si accerti il danno patrimoniale derivante dalla perdita della *chance*, connotata dagli elementi sopra delineati, deve escludersi il concorso tra i due reati, venendo a mancare l'elemento tipico del delitto di estorsione. In tale evenienza, precisano le Sezioni Unite, si è al di fuori di un concorso apparente di norme da risolvere attraverso l'art. 15 cod. proc. pen., dovendo ritenersi integrata la sola fattispecie della incriminatrice della turbata libertà degli incanti.

Con la sentenza Annunziata, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto giurisprudenziale che si era venuto a configurare alla luce del diverso e isolato indirizzo ermeneutico che aveva negato la configurabilità del concorso formale tra i due reati, sul rilievo della natura plurioffensiva del reato di cui all'art. 353 cod. pen. (Sez. 6, n. 19607 del 03/03/2004, Del Regno, Rv. 228964). Essa, si sofferma, poi, sullo specifico connesso profilo della variabile incidenza che la perdita di *chance*, rilevante ai fini dell'accertamento del danno patrimoniale derivante da condotte estorsive, può assumere a seconda della fase in cui pendono, in particolare, i procedimenti di vendita forzata con le forme dell'incanto, potendo realizzarsi condotte che incidono non solo sul decorso di un procedimento già iniziato, ma anche sulla partecipazione a una fase più avanzata della procedura, qual è quella che fa seguito all'aggiudicazione provvisoria del bene.

Le Sezioni Unite hanno, infatti, affermato che «*a prescindere dal frangente temporale, in cui si sia estrinsecata la condotta, delittuosa, è necessario, pertanto, che i suoi effetti si irradino all'interno della procedura di gara (ad es., nel corso della procedura di aumento del sesto, a seguito dell'aggiudicazione provvisoria nella vendita di immobili), distogliendo gli interessati sia dal presentare un'offerta, sia dall'impegnarsi affinché la stessa prevalga sulle altre*».

Ai fini dell'accertamento del danno patrimoniale causato dalla perdita di *chance* per effetto del coattivo allontanamento dell'offerente da una gara, pertanto, specifico rilievo assume «*la posizione soggettiva di colui che, tenuto conto di tutte le circostanze del caso concreto (ad es., il numero dei concorrenti, la qualità e il contenuto dell'offerta, la tipologia della procedura di scelta, il contesto ambientale ed altri indici fattuali ritenuti sintomatici nella situazione di volta in volta esaminata) abbia presentato un'offerta dotata dei connotati di serietà, congruità e apprezzabile consistenza, o che stia per presentarla sulla base di una intenzione obiettivamente ed univocamente riconoscibile*».

Nella medesima prospettiva può rilevare la posizione del soggetto invitato a partecipare a una licitazione privata o a una procedura di selezione competitiva indetta dalla pubblica amministrazione sulla base di criteri oggettivi e previamente indicati.

Quanto, invece, alla possibilità di ricondurre nella nozione di offerente, rilevante ai fini della fattispecie incriminatrice, anche i soggetti incapaci o giuridicamente inidonei a par-

tecipare a una gara, perché sforniti dei requisiti o dei mezzi tecnici espressamente indicati dalla legge o dal bando, nella sentenza Annunziata, le Sezioni Unite hanno evidenziato che non possono ritenersi configurabili i presupposti indispensabili ai fini della sussistenza di un apprezzabile interesse patrimoniale, nel caso in cui la mancanza dei requisiti in capo all'offerente, rende questo ultimo automaticamente incapace di prendere parte alla gara o passibile di un provvedimento di esclusione. In considerazione di quanto sopra evidenziato, le Sezioni Unite hanno affermano il principio, così massimato con Rv. 286656-02, secondo cui «la condotta di chi, con violenza o minaccia, allontani l'offerente da una gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private, oltre ad integrare il reato di cui all'art. 353 cod. pen., può integrare altresì quello di cui all'art. 629 cod. pen., ove abbia causato un danno patrimoniale derivante dalla perdita di una seria e consistente possibilità di ottenere un risultato utile per effetto della partecipazione alla gara».

In applicazione dei principi di diritto espressi dalle massime sopra riportate, le Sezioni Unite, nel caso di specie, in relazione ai capi di imputazione per i reati di estorsione e turbativa d'asta, hanno rilevato che «*la posizione degli aggiudicatari provvisori non è assimilabile a quella di un mero interessato alla gara, ma integra una situazione soggettiva giuridicamente tutelata dall'ordinamento, i cui effetti si propagano fino all'apertura della gara, con la possibilità di un loro consolidamento nel provvedimento di aggiudicazione definitiva ex art. 584, ultimo comma, cod. proc. civ.*». Di conseguenza, la sentenza ha affermato la sussistenza del concorso formale dei delitti di cui agli artt. 353 e 629 cod. pen., in quanto, nella fattispecie, la violenta estromissione degli aggiudicatari provvisori dalla partecipazione alla gara in corso di svolgimento e alla quale non avevano rinunciato, ha determinato un danno patrimoniale causando la perdita di una seria e consistente possibilità di ottenere un risultato utile, partecipando alla procedura ed esercitando il diritto di rilanciare sull'offerta in aumento presentata da altro concorrente. In tal modo, la condotta non solo ha determinato la violazione della regolarità della procedura di aggiudicazione, ma ha consentito agli imputati di beneficiare dell'ingiusto profitto legato all'aggiudicazione definitiva del bene in favore dell'unica offerente in aumento, a seguito dell'illecita negazione riconosciuta alle persone offese di ottenere il consolidamento in via definitiva del provvedimento di aggiudicazione provvisoria. Le Sezioni Unite sono, invece, pervenute a diverse conclusioni con riferimento ad altri capi di imputazione in ordine ai reati di tentata estorsione e turbativa d'asta, ritenendo sussistente soltanto gli elementi costitutivi della turbativa d'asta, nella condotta intimidatoria volta a dissuadere le persone offese dal presentare un'offerta di acquisto del bene oggetto della procedura di incanto. Non essendo stata formulata o in concreto predisposta alcuna offerta di acquisto, si è affermato che, nella fattispecie, «*la posizione delle persone offese, pertanto, è ascrivibile a quella di un soggetto potenzialmente interessato all'acquisto di alcuni dei beni oggetto della procedura di vendita all'incanto*», con la conseguente assenza di un danno patrimoniale da perdita di *chance*. La sentenza delle Sezioni Unite "Annunziata" ha, in conclusione, affermato che in relazione alla dedotta situazione concreta «*non può dirsi maturata una specifica e qualificata aspettativa di partecipazione alla gara, né definitivamente perduta, di conseguenza, alcuna seria e concreta possibilità di acquisire al patrimonio un risultato suscettibile di valutazione economica positiva*».

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea:
Corte di giustizia, 21/12/2023, United Parcel Service/Commissione, C. 297/22;
Corte di giustizia, 06/06/2024, Ingsteel, C. 547/22.

Sentenze della Corte di cassazione:
Sez. U, n. 30328 del 10/07/2002, Franzese, Rv. 222138-01;
Sez. 6, n. 19607 del 03/03/2004, Del Regno, Rv. 228964-01;
Sez. U, n. 47164 del 20/12/2005, Marino, Rv. 232302-01;
Sez. 2, n. 4925 del 26/01/2006, Piselli, Rv. 233346-01;
Sez. 2, n. 12266 del 27/02/2008, Magni, Rv. 239753-01;
Sez. U, n. 1235 del 28/10/2010, dep. 2011, Giordano, Rv. 248865-01;
Sez. U, n. 37954 del 25/05/2011, Orlando, Rv. 250975-01;
Sez. 5, n. 22200 del 10/04/2013, Del Giudice, Rv. 256502-01;
Sez. U, n. 20664 del 23/02/2017, Stalla, Rv. 269668-01;
Sez. 2 civ. n. 7570 del 18/03/2019, Rv. 653151-01;
Sez. 2, n. 1821 del 29/10/2019, dep. 2020, Alberti, non massimata;
Sez. 2, n. 12434 del 19/02/2020, Di Grazia, Rv. 278988-01;
Sez. 3 civ. n. 12906 del 26/06/2020, Rv 658177-01;
Sez. 2, n. 3724 del 29/10/2021, dep. 2022, Lattanzio, Rv. 282521-01;
Sez. 2, n. 32083 del 12/05/2023, De Luca, Rv. 285002-01;
Sez. U, n. 41570 del 25/05/2023, C., Rv. 285145-01;
Sez. 3 civ., n. 25910 del 05/09/2023, Rv. 669086-01;
Sez. U, n. 27727 del 14/12/2023, dep. 2024, Gambacurta;
Sez. 2, n. 4849 del 16/12/2023, Metitore e altri, non massimata

Sentenze del Consiglio di Stato:
Cons. Stato, n. 6268 del 24/06/2021.

SEZIONE V

LEGISLAZIONE SPECIALE

CAPITOLO I

"SALUTO ROMANO" E ILLICEITÀ PENALE

(di Maria Eugenia Oggero)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I tratti salienti del contrasto. – 3. Il quadro normativo tra XII disp. trans. fin. Cost., legge n. 645 del 1952, d.l. n. 122 del 1993, convertito, con modificazioni, nella legge n. 205 del 1993. – 4. I precedenti che ravvisano nel "saluto romano" il reato di cui all'art. 5 legge n. 645 cit. – 5. E quelli per cui il "saluto romano" integra il reato di cui all'art. 2 d.l. cit. – 6. Le due fattispecie criminose tra analogie e differenze. – 7. Pericolo di ricostituzione del partito fascista e principio di offensività. – 8. Il rapporto tra le due fattispecie di reato: specialità o concorso di reati? – 9. Contrasti giurisprudenziali ed ignoranza inevitabile ex art. 5 cod. pen.

1. Premessa.

Nell'anno **2024**, le **Sezioni Unite**, con **sentenza n. 16153 del 18/01/2024, dep. 17/04/2024, Clemente ed altri**, hanno affermato i principi di diritto così massimati: «*La condotta, tenuta nel corso di una pubblica riunione, consistente nella risposta alla "chiamata del presente" e nel cosiddetto "saluto romano" integra il delitto previsto dall'art. 5 legge 20 giugno 1952, n. 645, ove, avuto riguardo alle circostanze del caso, sia idonea ad attingere il concreto pericolo di riorganizzazione del disciolto partito fascista, vietata dalla XII disp. trans. fin. Cost., potendo altresì integrare il delitto, di pericolo presunto, previsto dall'art. 2, comma 1, d.l. 26 aprile 1993, n. 122, convertito dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, ove, tenuto conto del complessivo contesto fattuale, la stessa sia espressiva di manifestazione propria o usuale delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi di cui all'art. 604-bis, secondo comma, cod. pen. (già art. 3 legge 13 ottobre 1975, n. 654).*» **(Rv. 286241-01).**

«*L'incertezza derivante da contrastanti orientamenti giurisprudenziali nell'interpretazione e nell'applicazione di una norma non abilita, da sola, ad invocare la condizione soggettiva d'ignoranza inevitabile della legge penale, atteso che il dubbio circa la liceità o meno di una condotta, ontologicamente inidoneo ad escludere la consapevolezza dell'illiceità della medesima, deve indurre l'agente ad un atteggiamento di cautela, fino all'astensione dall'azione.*» **(Rv. 286241- 02).**

La questione rimessa alle Sezioni Unite con ordinanza della Prima Sezione penale in data 6 settembre 2023 originava da un contrasto, sviluppatosi in seno alla giurisprudenza di legittimità, circa la riconducibilità della risposta alla "chiamata del presente" e del "saluto romano" al delitto di cui all'art. 5 legge 20 giugno 1952, n. 645 o, in alternativa, a quello previsto dall'art. 2 d.l. 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 1993, n. 205.

Ulteriori profili di incertezza esegetica sono stati colti nella natura di reato di pericolo concreto o di pericolo astratto delle fattispecie e, infine, circa la configurabilità in tale ambito del concorso di reati oppure del rapporto di concorso apparente di norme.

2. I tratti salienti del contrasto.

Secondo la ricostruzione recepita nell'ordinanza di rimessione, i due orientamenti formatisi intorno alla questione constano di un primo orientamento (**Sez. 1, n. 21409 del 27/03/2019, Leccisi, Rv. 275894-02**; **Sez. 1, n. 25184 del 04703/2009, Saccardi, Rv. 243792-01**; **Sez. 3, n. 37390 del 10/07/2007, Sposato, Rv. 237311-01**) secondo cui il saluto fascista è condotta integrante il reato di cui all'art. 2 d.l. n. 122 del 1993, in quanto manifestazione esteriore costituente rappresentazione tipica delle organizzazioni o dei gruppi diretti a favorire la diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico.

Un secondo orientamento (**Sez. 5, n. 36162 del 18/04/2013, Alberga, Rv. 277526-01**; **Sez. 1, n. 11038 del 02/03/2016, Goglio, Rv. 269753-01**; **Sez. 1, n. 37577 del 25/03/2014, Bonazza, Rv. 259826-01**) ravvisa invece nel saluto romano, evocativo del disciolto partito fascista, la violazione dell'art. 5 legge n. 645 del 1952, reato di pericolo concreto la cui integrazione postula l'idoneità della condotta a determinare il pericolo di ricostituzione del menzionato partito.

Due ulteriori profili di criticità sono stati enucleati: un primo riguarda l'inquadramento del reato di cui all'art. 5 cit. nell'ambito della categoria dei reati di pericolo concreto, oppure in quella dei reati di pericolo astratto, richiamando, da un lato, le decisioni (**Sez. 5, n. 36162 del 18/04/2019, Alberga, Rv. 277526-01**; **Sez. 1, n. 11036 del 02/03/2016, Goglio, Rv**. **269753-01**; **Sez. 1, n. 37577 del 25/03/2014, Bonazza, Rv. 259826-01**) che hanno propeso per la classificazione del reato *de quo* tra i reati di pericolo concreto, dall'altro, le sentenze che, nel qualificare il saluto romano nell'ambito dell'art. 2 d.l. n. 122 del 1993, hanno ricondotto quest'ultimo alla categoria del pericolo astratto (**Sez. 1, n. 21409 del 27/03/2019, Leccisi, Rv. 275894-02**).

In proposito, si è dato conto della giurisprudenza costituzionale – Corte cost., sent. n. 225 del 2008 e n. 286 del 1974 -, rammentando come la medesima abbia statuito la compatibilità con la Costituzione del paradigma del pericolo astratto, a tale fine essendo affidato al giudice di valutare *ex ante* l'effettiva offensività della condotta sottoposta a giudizio, alla luce delle circostanze del caso concreto.

Il secondo profilo in ordine al quale è stata rilevata criticità interpretativa riguarda il rapporto – di specialità ovvero di concorso apparente di norme – tra le fattispecie in esame, essendo rinvenibili, tra i precedenti di legittimità, sentenze nell'uno (**Sez. 1, n. 3806 del 19/11/2021, Buzzi, Rv. 282500-01**) e nell'altro senso (**Sez. 1, n. 7904 del 12/10/2021, dep. 2022, Scordo, Rv. 282914-02**).

Come premesso, la questione è stata pertanto portata alla cognizione delle Sezioni Unite, cui è stata posta la seguente questione di diritto: «*Se la condotta tenuta nel corso di una pubblica manifestazione consistente nella risposta alla 'chiamata del presente' e nel 'saluto romano', rituali evocativi della gestualità propria del disciolto partito fascista, sia sussumibile nella fattispecie incriminatrice di cui all'art. 2 del d.l. 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, nella legge 25 giugno 1993, n. 205 ovvero in quella prevista dall'art. 5 della legge 20 giugno 1952, n. 645"; se, inoltre, le due disposizioni configurino un reato di pericolo concreto o di pericolo astratto e se i due reati possano concorrere oppure le relative norme siano tra loro in rapporto di concorso apparente*».

3. Il quadro normativo tra XII disp. trans. fin. Cost., legge n. 645 del 1952 (cd. legge Scelba) e il d.l. n. 122 del 1993, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 205 del 1993 (cd. legge Mancino).

Nell'affrontare il quesito, il Supremo Consesso di legittimità ha preliminarmente tratteggiato il quadro normativo dal quale è scaturito il contrasto.

L'art. 5 legge n. 645 del 1952 (cd. legge Scelba) – sanzionando le «manifestazioni fasciste», accanto alle quali la legge n. 152 del 1975 ha pure introdotto le *manifestazioni usuali di organizzazioni naziste* – è norma «diretta a predisporre una tutela anticipata del bene giuridico protetto, punendo condotte prodromiche alla ricostituzione del partito fascista e, al contempo, di "inoculazione", anche subdola, dell'ideologia fascista, sia pure solo attraverso manifestazioni, gestuali o simboliche».

La cd. legge Scelba traduce in "meccanismo" normativo la XII disp. trans. fin. Cost. che vieta «la riorganizzazione sotto qualsiasi forma del disciolto partito fascista», introducendo, sulla scia del precedente storico rappresentato dalla legge 3 dicembre 1947, n. 1546, i reati di «Riorganizzazione del disciolto partito fascista», «Apologia di fascismo» e «Manifestazioni fasciste».

L'art. 2 d.l. n. 122 del 1993, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 205 del 1993, costituisce il secondo polo normativo di riferimento: la disposizione fa divieto di compiere, in pubbliche riunioni, manifestazioni esteriori ovvero ostentazione di emblemi o simboli propri o usuali delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi di cui all'art. 3 legge 13 ottobre 1975, n 654, disposizione oggi trasfusa nell'art. 604-*bis*, secondo comma, cod. pen.

Si tratta di una disciplina che, presentando, rispetto all'art. 5 cit., il comune requisito del compimento di manifestazioni esteriori o di ostensione di simboli nel corso di pubbliche riunioni, se ne distingue per il contenuto connesso alle organizzazioni o ai gruppi di cui all'art. 3 legge n. 654 del 1975, questi ultimi evocativi di idee discriminatorie o violente per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

4. I precedenti che ravvisano nel "saluto romano" il reato di cui all'art. 5 legge Scelba.

Ciò premesso, le Sezioni unite hanno passato in rassegna l'orientamento che pone le condotte di saluto fascista nell'alveo dell'art. 5 legge Scelba.

Tra le sentenze – non massimate – espressive di tale tendenza, sono state menzionate **Sez. 1, n. 12409 del 17/02/2023, Polacchi, non massimata**; Sez. 1, n. 10569 dl 25/01/2022, Cannizzaro, non massimata; Sez. 1, n. 8108 del 14712/2017 (dep. 2018), Clemente, non massimata; Sez. 1, n. 28298 del 20/07/2016 (dep. 2017), Valentino, non massimata

Tra le massimate, sono state indicate Sez. 1, n. 36162 del 18/04/2019, Alberga, Rv. 277526-01; Sez. 1, n. 11038 del 02/03/2016, Goglio, Rv. 269753-01; Sez. 1, n. 37577 del 25/03/2014, Bonazza, Rv. 259826-01: in tale contesto, Sez. 1, n. 7904 del 12/10/2021, Scordo, Rv. 282914-02 si distingue, nella autorevole valutazione delle Sezioni unite, per avere approfondito l'opzione interpretativa che ravvisa la violazione dell'art. 5 legge Scelba nella condotta tenuta, in pubblica riunione, proprio in occasione della manifestazione per la ricorrenza del 29 aprile in Milano, durante la quale i partecipanti avevano compiuto gestualità fasciste.

La sentenza Scordo si sofferma altresì sul puntuale raffronto tra le due norme incriminatrici, art. 5 legge Scelba e art. 2 d.l. n. 122 del 1993, escludendo il rapporto di specialità *ex* art. 15 cod. pen. tra le disposizioni in esame.

5. E quelli per cui il "saluto romano" integra il reato di cui all'art. 2 d.l. n. 122 del 1993.

La rilevanza penale della condotta di cui si tratta è stata altrimenti ricondotta alla violazione dell'art. 2 d.l. n. 122 del 1993, alla luce del preponderante aspetto dell'evocazione discriminatoria racchiusa in tale gestualità.

In seno al secondo orientamento si collocano Sez. 1, n. 20450 del 08/03/2016, De Sabbata ed altri, non massimata; Sez. 1, n. 25184 del 04/03/2009, Saccardi, Rv. 243792-01; Sez. 3, n. 37390 del 10/07/2007, Sposato, Rv. 237311-01 che ravvisano, nel "saluto romano" e nella risposta alla "chiamata al presente", la violazione dell'art. 2 d.l. n. 122 del 1993, sul rilievo che si tratterebbe di manifestazioni ontologicamente ricollegabili all'ideologia fascista e quindi ai valori di discriminazione razziale ed intolleranza distintivi di tale regime.

E ciò, a prescindere dalla necessità di un collegamento con le associazioni, movimenti, gruppi o organizzazioni di cui all'art. 3 legge n. 654 del 1975, legame la cui necessaria sussistenza è stata invece esplicitata dalla sentenza Leccisi e, nella medesima ottica, da **Sez. 1, n. 26019 del 10/02/2023, Armetta, non massimata**

In ordine al rapporto tra le due disposizioni, Sez. 1, n. 3806 del 19/11/2021 (dep. 2022), Buzzi, Rv. 282500-01, intervenendo in merito alla sfilata organizzata dall'Unione nazionale di combattenti della Repubblica Sociale Italiana e dell'Associazione nazionale degli Arditi d'Italia in onore dei "caduti della rivoluzione fascista", aveva individuato nell'art. 2 d.l. n. 122 del 1993 la norma applicabile al "saluto romano" e, con riferimento alla relazione tra art. 5 cit. e art. 2, vi aveva ravvisato il rapporto di specialità.

6. Le due fattispecie criminose tra analogie e differenze.

Nella ricostruzione delle Sezioni unite, i due reati presentano il comun denominatore della condotta materiale che, in entrambe le ipotesi, riguarda il compimento di manifestazioni "usuali" tenute mediante la partecipazione a pubbliche riunioni; è invece diversa l'entità cui le menzionate esibizioni debbono essere rapportate. Nel caso dell'art. 5 legge n. 645 del 1952, le manifestazioni usuali riguardano il partito fascista, mentre per l'ipotesi di cui all'art. 2 d.l. n. 122 del 1993 si tratta di manifestazioni proprie od usuali dei «movimenti, gruppi, associazioni aventi tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza…», perimetro di maggiore ampiezza rispetto alla prima categoria.

Anche il bene giuridico tutelato dalle due norme incriminatrici è differente.

L'art. 5 cit., strettamente correlato alla ragione storica e costituzionale della sua introduzione ed associato alla XII disp. trans. fin. Cost., si propone di tutelare l'ordinamento democratico, meglio ancora, l'ordinamento costituzionale, a protezione del quale viene apprestata una tutela anticipata rispetto a condotte realizzate mediante pubbliche manifestazioni e idonee ad indurre alla ricostituzione del partito fascista che, ispirato ad una ideologia antidemocratica, è incompatibile con l'assetto costituzionale della Repubblica.

Il reato di cui all'art. 5 cit. predispone un argine volto a contenere, *rectius*, reprimere, quelle condotte la cui potenzialità lesiva della tavola dei valori costituzionali e democratici fondativi della Repubblica risulta evidente.

Soltanto in seconda battuta rispetto alla prioritaria protezione dell'ordine costituzionale, viene anche in gioco la tutela dell'ordine pubblico materiale, inteso quale convivenza pacifica dei consociati che, a fronte di manifestazioni usuali del partito fascista, subirebbe una incontestabile alterazione.

In tale contesto, non rappresenta un elemento distonico rispetto al quadro tratteggiano l'inserimento, all'art. 5 cit., delle «organizzazioni naziste», le cui manifestazioni simboliche o usuali, a seguito della novella legislativa del 1975, hanno acquisito rilevanza penale, poiché è comprovato – affermano le Sezioni unite – come la dottrina nazista costituisca una «*ideologia…storicamente definita e parimenti platealmente incompatibile con i valori democratici e costituzionali*».

E, in proposito, vengono anche valorizzate dal Massimo Consesso le plurime pronunce della Corte costituzionale (n. 74 del 1958, n. 15 del 1973, n. 254 del 1974) che,

muovendo dall'obiettivo primario della XII disp. trans. fin. Cost. di *«… "bandire" dall'orizzonte democratico dello Stato la ricostituzione del partito fascista…»,* hanno precluso ogni possibilità di dubitare della legittimità di tali disposizioni, conciliabili con gli artt. 17 e 21 Cost.

In altre parole, non è stato ravvisato, né può essere ipotizzato alcun contrasto tra la Costituzione ed una norma attuativa di altra disposizione costituzionale che sia volta a porre limiti a libertà enunciate proprio dalla Carta costituzionale.

Approdi che, sottolineano le Sezioni unite, «*conservano pienamente la loro validità anche allo stato attuale, considerato l'immutato assetto dei "valori in gioco" dei quali…lo stesso Costituente ha voluto farsi interprete vincolante (Corte cost., sent. n. 254 del 1974)*».

7. Pericolo di ricostituzione del partito fascista e principio di offensività.

Il Massimo Collegio osserva, a questo punto, come le coordinate tratteggiate dalla Corte costituzionale comportino, quale corollario, la necessità di conferire all'art. 5 cit. un'interpretazione sintonica con i principi costituzionali nella loro integralità. Pertanto, la rilevanza penale della condotta deve essere associata all'accertamento del pericolo concreto di ricostituzione del disciolto partito fascista.

Anzi, precisano le Sezioni unite, «è la stessa funzione "ancillare" della norma dell'art. 5 cit. rispetto a una precisa disposizione costituzionale che rivela l'oggetto del pericolo che si vuole contrastare (ovvero la ricostituzione del disciolto partito fascista) e, allo stesso tempo, per conseguente necessità di considerare i limiti intrinseci del bilanciamento con altri valori costituzionali, la natura non astratta bensì concreta dello stesso».

Spetterà dunque al giudice accertare se, alla luce delle circostanze di fatto, ricorra una seria probabilità di verificazione del danno (in tale senso, Corte cost., sent. n. 139 del 2023).

Non è invece condivisibile, secondo le Sezioni unite, la tesi dottrinale che, – pur animata dal proposito di ridurre il rischio di interpretazioni giurisprudenziali variabili della disposizione, evenienza in realtà fisiologicamente legata alla ricostruzione di ciascuna fattispecie – predicando l'astrattezza del pericolo in oggetto, finirebbe per promuovere una lettura distorta degli elementi costitutivi del reato.

Nell'analisi dell'art. 2 d.l. n. 122 del 1993, le Sezioni unite evidenziano come, accanto all'ordine pubblico materiale, che si ricava dall'elemento di fattispecie delle «pubbliche riunioni», la norma miri anche alla protezione dei valori fondamentali sanciti agli artt. 2 e 3 Cost, ossia dignità ed uguaglianza della persona.

In sintesi, «nel caso dell'art. 5 cit., rileva la necessità di preservare l'ordinamento da condotte che ne pongano precipuamente in pericolo i fondamenti anche istituzionali, nel caso dell'art. 2 cit. emerge la necessità di evitare la disgregazione dei valori di solidarietà, dignità ed eguaglianza di tutti i consociati».

E, con riferimento alla natura del pericolo, il Massimo Consesso osserva che, accanto a decisioni che hanno implicitamente affermato trattarsi di reato di pericolo astratto (così, Sez. 1, n. 21409 del 27/03/2019, cit.), altre, affrontando *funditus* la questione, hanno optato per la natura concreta del pericolo, nell'esigenza di contemperare i principi di pari dignità e di non discriminazione con la libertà di espressione, a tale fine essendo dunque necessaria la probabilità di lesione del bene giuridico protetto (Sez. 1, n. 26109 del 16/02/2023, cit.): in altre parole, il pericolo di diffusione di idee discriminatorie.

Ciò premesso, il reato di cui all'art. 2 cit. – valutato il riferimento alle «*organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi di cui all'art. 3 legge n. 654 del 1975*» e altresì rilevato il richiamo, contenuto nella *rubrica legis*, alle «Disposizioni di prevenzione» – va qualificato, secondo le Sezioni unite, nell'ambito della categoria del pericolo presunto.

La valutazione del pericolo appare essere compiuta, *a priori,* dal legislatore, mentre è affidato al giudice il compito di verificare, nella ricostruzione del caso, l'eventuale insussistenza del pericolo ipotizzato, secondo il meccanismo della presunzione *iuris tantum*.

E, aggiungono le Sezioni unite, la compatibilità costituzionale di tale modello (Corte cost., sent. n. 139 del 2023) poggia proprio sul fatto che, se è il legislatore ad enucleare le condotte le quali, nella loro astratta configurazione, risultano lesive dei beni giuridici tutelati dalla norma incriminatrice, spetta al giudice, in sede interpretativa, «*il compito di uniformare la figura criminosa al principio di offensività nella concretezza applicativa*» (Corte cost., n. 225 del 2008).

Sfuma pertanto, fino all'evanescenza, la tradizionale distinzione tra pericolo concreto, astratto e presunto, alla luce del necessario rispetto del principio di offensività.

8. Il rapporto tra le due fattispecie di reato: specialità o concorso di reati?

Passando ad affrontare il tema del rapporto tra i reati in questione, le Sezioni unite escludono, sul rilievo delle rispettive caratteristiche, che ricorra il rapporto di specialità.

A tale fine, vengono tracciate, in premessa, le coordinate, normative e giurisprudenziali, della nozione di specialità, soffermandosi, in particolare, sulla giurisprudenza che – Sez. U., n. 1235 del 28/10/2010, dep. 2011, Giordano, Rv. 248864-01 e Sez. U., n. 1963 del 28/10/2010, dep. 2011, Di Lorenzo, non massimata sul punto – ha cristallizzato il criterio del necessario raffronto tra le figure astratte di reato.

Anche la giurisprudenza costituzionale (Corte cost., sent. n. 97 del 1987; ord. n. 174 del 1994), pronunciatasi sul rapporto tra illecito amministrativo e illecito penale, ha condiviso tale nozione di specialità, precisando che detto principio postula, per la sua operatività, la comparazione tra le astratte fattispecie tipiche cui l'interprete deve procedere, laddove esse paiano convergere su di un unico fatto.

E, puntualizzano le Sezioni unite, il rapporto rilevante ai sensi dell'art. 15 cod. pen. è soltanto la "specialità unilaterale", poiché le ipotesi di cosiddetta "specialità bilaterale" o "reciproca" non presentano alcun rapporto da *genus ad speciem*.

In tale senso, si sono espresse Sez. 4, n. 21522 del 02/03/2021, Bossi, non massimata sul punto; Sez. 5, n. 27949 del 18/09/2020, Di Gisi, non massimata sul punto e Sez. U., n. 41588 del 22/06/2017, La Marca, non massimata sul punto.

Le Sezioni unite soggiungono che non possono trovare spazio, a tale fine, i criteri di "sussidiarietà", "assorbimento" e "consunzione", tutti estranei al criterio normativo stabilito all'art. 15 cod. pen., esclusivamente incentrato sulla specialità (in tale senso, Sez. U., n. 20664 del 23/02/2017, Stalla, non massimata sul punto; Sez. 1, n. 12340 del 15/11/2022, dep. 2023, Baldassarre, Rv. 284504-01).

Date tali considerazioni, le Sezioni unite escludono sia quindi ravvisabile il rapporto di specialità tra il reato di cui all'art. 5 cit. e quello di cui all'art. 2 cit., posto che all'esito del raffronto tra le due disposizioni, accanto al comune nucleo delle manifestazioni tenute in pubbliche riunioni, emerge l'elemento differenziale del diverso contenuto della pubblica riunione.

Le prime riguardano manifestazioni usuali del disciolto partito fascista o di organizzazioni naziste, le altre afferiscono a manifestazioni esteriori proprie o usuali di organizzazioni, movimenti, gruppi di cui all'art. 3 legge n. 654 del 1975.

Secondo il Massimo Consesso, sono giunte alla soluzione corretta Sez. 1, Scordo, cit. e Sez. 1, Armetta, cit., le quali hanno escluso il rapporto di specialità tra le due disposizioni.

Per contro, non può condividersi Sez. 1, Buzzi, cit., la quale aveva proteso per la sovrapponibilità tra le due norme, affermando che la selezione tra l'una e l'altra avrebbe dovuto operare a livello di concretezza del pericolo.

In definitiva, si afferma che il "saluto romano" e la "chiamata del presente" debbano essere fisiologicamente ricondotti al reato di cui all'art. 5 cit.: tale gestualità liturgica delle adunate fasciste, espressamente prevista dagli artt. 3 e 9 del regolamento del partito nazionale fascista, possiede l'inequivoca capacità di evocare quella ideologia ed il regime ad essa correlato, rimarcando l'incongruenza insita nelle decisioni che, nel ricondurre tali gesti all'ideologia fascista, vi ravvisano la violazione dell'art. 2 cit. e non, invece, l'art. 5 cit., puntualmente volto a sanzionare tali manifestazioni.

La configurabilità del delitto di cui all'art. 5 cit. – precisano altresì le Sezioni unite – postula l'accertamento giudiziale della concretezza del pericolo e, a tale fine, debbono essere complessivamente valutati gli indici fattuali della fattispecie.

Esemplificativamente, il giudice dovrà considerare:

- il contesto ambientale;
- la valenza, eventualmente simbolica, del luogo prescelto per manifestare;
- il grado di immediata riconducibilità del contesto prescelto per la manifestazione al periodo storico e alla sua simbologia;
- il numero di partecipanti alla manifestazione;
- la ripetizione insistita dei gesti.

Gli elementi esemplificativamente elencati conferiscono concretezza, in ossequio ai principi elaborati dalla Corte costituzionale, al pericolo di emulazione che la norma incriminatrice intende sanzionare, pericolo che non può certo considerarsi neutralizzato dal carattere commemorativo della riunione, posto che il reato *de quo* è configurato come delitto a dolo generico e che non sono rilevanti i motivi della condotta criminosa.

Non intercorrendo tra le due disposizioni rapporto di genere a specie, i due reati, statuisce il Massimo Consesso di legittimità, possono tra loro concorrere: se le gestualità, tenute in pubbliche manifestazioni ed evocative del partito fascista integrano, a fronte dell'accertamento della concreta pericolosità di ricostituzione del partito fascista, la violazione dell'art. 5 cit., nondimeno, ove esse siano altresì volte ad evocare ideologie discriminatorie e razziali connesse ad associazioni, organizzazioni, movimenti o gruppi di cui all'art. 3 legge n. 654 del 1975, configureranno pure il reato di cui all'art. 2 cit.

A tale fine, in parziale dissonanza rispetto a quanto affermato con la sentenza Sez. 1, Scordo, cit., si precisa che non è richiesta la previa individuazione di tali gruppi, potendosi trattare anche di aggregazioni di natura estemporanea, come si evince dalla scelta legislativa altresì caduta sui sostantivi "movimento" e "gruppo".

Pertanto, è stato enunciato il seguente principio di diritto: «*La condotta, tenuta nel corso di una pubblica riunione, consistente nella risposta alla "chiamata del presente" e nel cosiddetto "saluto romano", integra il delitto previsto dall'art. 5 legge 20 giugno 1952, n. 645, ove, avuto riguardo alle circostanze del caso, sia idonea ad attingere il concreto pericolo di riorganizzazione del disciolto partito fascista, vietata dalla XII disp. trans. fin. Cost.; tale condotta può integrare anche il delitto, di pericolo presunto, previsto dall'art. 2, comma 1, d.l. n. 122 del 26 aprile 1993, convertito dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, ove, tenuto conto del significativo contesto fattuale complessivo, la stessa sia espressiva di manifestazione propria o usuale delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi di cui all'art. 604-bis, secondo comma, cod. pen. (già art. 3 legge 13 ottobre 1975, n. 654).*».

9. Contrasti giurisprudenziali ed ignoranza inevitabile *ex* art. 5 cod. pen.

In chiusura, le Sezioni unite hanno anche affrontato il tema dell'ignoranza inevitabile sulla rilevanza penale della condotta, a fronte dei contrasti giurisprudenziali evocati dalla difesa sulla questione oggetto di decisione.

E, in proposito, statuiscono come l'elaborazione di legittimità (Sez. 5, n. 2506 del 24/11/2016, dep. 2017, Incardona, Rv. 269074-01; Sez. 2, n. 46669 del 23/11/2011, De Masi, Rv. 252197-01; Sez. 6, n. 6991 del 25/01/2011, Sirignano, Rv. 249451-01) escluda che l'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale, come cristallizzata dalla giurisprudenza costituzionale, possa derivare dall'esistenza di una contrastante giurisprudenza.

A fronte di un contrasto interpretativo, potrebbe ingenerarsi nell'agente, a tutto concedere, il dubbio circa la liceità o meno della condotta, situazione che imporrebbe una maggiore cautela ed attenzione, tale da richiedere, qualora l'incertezza non si fosse dissolta, la completa astensione dall'azione.

Secondo le Sezioni unite, nel caso di specie non è seriamente invocabile alcuna ignoranza inevitabile, neppure valorizzando i contrastanti esiti decisori intervenuti con riguardo alla manifestazione del 29 aprile, svoltasi a Milano in anni diversi dal 2016.

Tali divergenze trovano infatti fondamento in una ragione "di sistema", legata alla diversa e fisiologica valutazione, in seno alle decisioni in materia, del requisito del pericolo concreto.

Il Massimo Collegio di legittimità precisa come nessun fenomeno di *overruling* possa invocarsi nel caso di specie «…già per il solo fatto della preesistenza, nel panorama giurisprudenziale, di un contrasto interpretativo, di per sé espressivo della presenza, non da oggi, dell'opzione esegetica qui accolta».

In conclusione, è stato affermato il secondo principio così massimato: «*L'incertezza derivante da contrastanti orientamenti giurisprudenziali nell'interpretazione e nell'applicazione di una norma non abilita, da sola, ad invocare la condizione soggettiva d'ignoranza inevitabile della legge penale, atteso che il dubbio circa la liceità o meno di una condotta, ontologicamente inidoneo ad escludere la consapevolezza dell'illiceità della medesima, deve indurre l'agente ad un atteggiamento di cautela, fino all'astensione dall'azione*».

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte costituzionale:
Corte cost., n. 97 del 1987;
Corte cost., ord. n. 174 del 1994;
Corte cost., n. 225 del 2008;
Corte cost., n. 139 del 2023.

Sentenze della Corte di cassazione:
Sez. 3, n. 37390 del 10/07/2007, Sposato, Rv. 237311-01;
Sez. 1, n. 25184 del 04703/2009, Saccardi, Rv. 243792-01;
Sez. U., n. 1963 del 28/10/2010, dep. 2011, Di Lorenzo, Rv. 248722-01;
Sez. U., n. 1235 del 28/10/2010, dep. 2011, Giordano, Rv. 248864-01;
Sez. 6, n. 6991 del 25/01/2011, Sirignano, Rv. 249451-01;
Sez. 2, n. 46669 del 23/11/2011, De Masi, Rv. 252197-01;
Sez. 5, n. 36162 del 18/04/2013, Alberga, Rv. 277526-01;
Sez. 1, n. 37577 del 25/03/2014, Bonazza, Rv. 259826-01;
Sez. 1, n. 11038 del 02/03/2016, Goglio, Rv. 269753-01;
Sez. 1, n. 20450 del 08/03/2016, De Sabbata ed altri, non massimata;
Sez. 1, n. 28298 del 20/07/2016 (dep. 2017), Valentino, non massimata;
Sez. 5, n. 2506 del 24/11/2016, dep. 2017, Incardona, Rv. 269074-01;
Sez. U, n. 20664 del 23/02/2017, Stalla, Rv. 269668-01;
Sez. 1, n. 8108 del 14712/2017 (dep. 2018), Clemente, non massimata;
Sez. 1, n. 21409 del 27/03/2019, Leccisi, Rv. 275894-02;
Sez. 1, n. 3806 del 19/11/2021, Buzzi, Rv. 282500-01;
Sez. 1, n. 7904 del 12/10/2021, dep. 2022, Scordo, Rv. 282914-02;
Sez. 1, n. 10569 del 25/01/2022, Cannizzaro, non massimata;
Sez. 1, n. 12340 del 15/11/2022, dep. 2023, Baldassarre, Rv. 284504-01;
Sez. 1, n. 12409 del 17/02/2023, Polacchi, non massimata;
Sez. 1, n. 26019 del 10/02/2023, Armetta, non massimata;
Sez. U, n. 16153 del 18/01/2024, Clemente ed altri, Rv. 286241-01;
Sez. U, n. 16153 del 18/01/2024, Clemente ed altri, Rv. 286241-02.

CAPITOLO II

L'ORDINE DI DEMOLIZIONE DEGLI IMMOBILI ABUSIVI

(di Francesco Agnino)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Natura dell'ordine di demolizione. – 3. Destinatari dell'ordine di demolizione. – 4. Ordine di demolizione ed interesse ad impugnare. – 5. Ordine di demolizione e principio di proporzionalità. – 5.1. Ordine di demolizione, principio di proporzionalità e tutela dei terzi estranei. – 6. Ordine di demolizione e permesso in sanatoria conseguito da un terzo. – 7. Ordine di demolizione relativo ad opere di completamento di un abuso dichiarato prescritto ed esecuzione sull'intero immobile. – 8. Ordine di demolizione e sospensione condizionale della pena. – 9. Omessa statuizione dell'ordine di demolizione e rimedi esperibili. – 10. Ordine di demolizione e controllo in via incidentale della legittimità del permesso a costruire in sanatoria

1. Premessa.

Nel corso dell'anno 2024 si sono registrate numerose pronunce della Suprema Corte che, nel solco degli orientamenti giurisprudenziali degli ultimi anni, sia in considerazione delle sentenze delle corti sovranazionali, contribuiscono a riparametrare il dinamico protagonismo del giudice dell'esecuzione, nell'ottica dell'equilibrio urbanistico violato.

Appare, dunque, opportuno illustrare sinteticamente tali arresti, con una panoramica che tenga conto, in maniera ripartita delle varie tematiche affrontate.

2. Natura dell'ordine di demolizione.

La demolizione del manufatto abusivo, anche se disposta dal giudice penale ai sensi dell'art. 31, comma 9, d.P.R. n. 380 del 2001, ha natura di sanzione amministrativa che assolve ad un'autonoma funzione ripristinatoria del bene giuridico leso, configura un obbligo di fare, imposto per ragioni di tutela del territorio, non ha finalità punitive ed ha carattere reale, producendo effetti sul soggetto che è in rapporto con il bene, indipendentemente dall'essere stato o meno quest'ultimo l'autore dell'abuso. Per tali sue caratteristiche la demolizione non può ritenersi una 'pena' nel senso individuato dalla giurisprudenza della Corte EDU e non è soggetta alla prescrizione stabilita dall'art. 173 cod. pen. (Sez. 3, n. 3979 del 21/09/2018, dep. 2019, Cerra S.r.l., Rv. 275850-01).

La stessa Corte Edu, nella sentenza Sud Fondi c. Italia del 20 gennaio 2009, si è espressa considerando tale sanzione come giustificata rispetto allo scopo perseguito dalle norme interne di assicurare una ordinata programmazione e gestione degli interventi edilizi e non contrastante con le norme Cedu.

Tali considerazioni trovano oggi ulteriore conferma nella sentenza della Corte EDU, n. 35780/18 del 27/08/2024, Longo c/Italia, che ha ancora una volta escluso la natura di punizione o pena, ai sensi dell'art. 7, par. 1 della Convenzione EDU, dell'ordine di demolizione, aggiungendo che la qualificazione dell'ordine di demolizione come misura riparatoria non comporta alcuna violazione del diritto a un giusto processo, anche se emanato dal giudice penale, né del diritto di proprietà, non potendosi fare affidamento su un immobile abusivo.

Già con sentenza Sez. 3, n. 48925 del 22/10/2009, Viesti e altri, Rv. 245918-01, si era chiaramente affermato che la demolizione, a differenza della confisca, non può considerarsi una "pena" nemmeno ai sensi dell'art. 7 della Convenzione E.D.U., perché essa tende alla

riparazione effettiva di un danno e non è rivolta nella sua essenza a punire per impedire la reiterazione di trasgressioni a prescrizioni stabilite dalla legge.

Va inoltre ribadito, richiamando quanto sul punto già affermato da Sez. 3, n. 49331 del 10/11/2015, Delorier, Rv. 265540-01, che la demolizione ordinata dal giudice penale costituisce atto dovuto, esplicazione di un potere autonomo e non alternativo a quello dell'autorità amministrativa, con il quale può essere coordinato nella fase di esecuzione (Sez. 3, n. 37906 del 22/05/2012, Mascia ed altro, non massimata; Sez. 6, n. 6337 del 10/03/1994, Sorrentino, Rv. 198511-01; (Sez. 3, n. 55295 del 22/09/2016, Fontana, Rv. n. 268844-01), un potere che si pone a chiusura del sistema sanzionatorio amministrativo.

L'ordine di demolizione del giudice penale, previsto dall'art. 31, comma 9, d.P.R. n. 380 del 2001, viene, poi, valutato come in continuità normativa con il previgente art. 7 legge n. 47 del 1985 (Sez. 3, n. 32211 del 29/05/2003, Di Bartolo, Rv. n. 225548-01).

Secondo l'orientamento in questione, un'articolata disamina della disciplina di cui al d.P.R. n. 380 del 2001 condurrebbe ad affermare che la demolizione dell'abuso edilizio è stata concepita dal legislatore come un'attività avente finalità ripristinatorie dell'originario assetto del territorio imposta all'autorità amministrativa, la quale deve provvedervi direttamente nei casi previsti dall'art. 27, comma 2 del TUE o attraverso la procedura di ingiunzione.

Viene valorizzato, insomma, il fatto che la sanzione, in questo caso, prescinde dalla sussistenza di un danno e dall'elemento psicologico del responsabile, essendo applicabile anche in caso di violazioni incolpevoli; è rivolta non solo alle persone fisiche, ma anche alle persone giuridiche ed agli enti di fatto; è trasmissibile nei confronti degli eredi del responsabile e dei suoi aventi causa che a lui subentrino nella disponibilità del bene (Sez. 3, n. 48925 del 22/10/2009, Viesti, cit.).

Sulla base di queste premesse, il costante orientamento giurisprudenziale conclude nel senso che l'ordine di demolizione integra una sanzione amministrativa che assolve ad un'autonoma funzione ripristinatoria del bene giuridico leso, impone un obbligo di fare dipendente da ragioni di tutela del territorio ed ha carattere reale; la demolizione, in buona sostanza, tende alla riparazione effettiva di un danno e non è rivolta, nella sua essenza, a punire per impedire la reiterazione di trasgressioni a prescrizioni stabilite dalla legge.

A sostegno di questa conclusione si osserva come l'ordine giudiziale di demolizione possa essere revocato dallo stesso giudice che lo ha emesso qualora esso risulti incompatibile con un provvedimento adottato dall'autorità amministrativa, anche in caso di passaggio in giudicato della sentenza (Sez. 3, n. 47402 del 21/10/2014, Chisci, Rv. n. 260972-01; Sez. 3, n. 3456 del 21/11/2012, dep. 2013, Oliva, Rv. n. 254426 01).

Secondo la giurisprudenza, le conseguenze della qualificazione come sanzione amministrativa non pecuniaria dell'ordine in parola sono ovvie, soprattutto con riferimento all'estinzione dell'ordine stesso per il decorso del tempo.

Da un lato, infatti, non trattandosi di sanzione penale ma di sanzione amministrativa diversa da quella pecuniaria, l'ordine impartito dal giudice non è soggetto alla prescrizione quinquennale stabilita per le sanzioni amministrative dall'art. 28 legge n. 689 del 1981, relativa alle sole sanzioni pecuniarie con finalità punitiva (Sez.3, n. 36387 del 07/07/2015, Formisano, Rv. n. 264736-01).

3. Destinatari dell'ordine di demolizione.

Sez. 3, n. 4021 del 18/12/2020, dep. 2021, Campolungo, Rv. 280916-01, ha precisato che l'ordine di demolizione ha come suo destinatario unicamente il condannato responsabile per l'abuso, sicché è illegittima l'estensione dell'obbligo di demolizione al proprietario del bene rimasto estraneo al processo penale, sul quale ricadono solo gli effetti della misura.

Tale conclusione muove dalla constatazione che pur essendo corretta la notificazione dell'ingiunzione a demolire, emessa nei confronti del condannato, anche a chi, estraneo al processo penale, sia proprietario del bene, stante la qualità di terzo interessato (Sez. 3, n. 18576 del 04/12/2019, dep. 2020, Mattera, Rv. 279501-01), è invece illegittima l'estensione al medesimo – non destinatario della sanzione – dell'obbligo di procedere alla demolizione, pena l'accollo delle spese.

In particolare, si è chiarito che l'ordine di demolizione ha come suo destinatario unicamente il condannato responsabile per l'abuso. Solo questi ha l'obbligo di attivarsi e di demolire il manufatto illecito ripristinando lo stato dei luoghi. Se egli non ottempera all'ordine, il pubblico ministero dovrà curare l'esecuzione della sentenza secondo le procedure di legge, mentre il proprietario rimasto estraneo al processo penale non ha invece nessun obbligo di fare alcunché, ma solo quello di non opporsi – al pari di qualsiasi altro soggetto che abbia eventualmente sull'immobile un diritto reale o personale di godimento – alla esecuzione dell'ordine di demolizione curata dal pubblico ministero. Da ciò deriva che le spese della demolizione gravano ovviamente solo sul condannato, ma la misura – investendo il bene – finisce pur sempre per ricadere sul proprietario e sul titolare di altri diritti sul bene stesso, anche nell'ipotesi in cui nulla possa essere loro addebitato per quanto concerne l'attività abusiva (così, in motivazione, Sez. 3, n. 47281 del 21/10/2009, Arrigoni, Rv. 245404-01).

Dunque, eventuali terzi (acquirenti, eredi o anche solo titolari di un contratto di locazione) subiscono la demolizione, disposta e iniziata nei confronti del solo responsabile dell'abuso, con la possibilità di rivalersi civilmente nei confronti del condannato.

L'orientamento tradizionale si fonda su un presupposto chiaro: l'estensione dell'ordine di ingiunzione a chi non sia stato individuato e condannato quale responsabile dell'abuso è illegittima, in quanto implicherebbe in capo a quest'ultimo l'ingiusto accollo delle spese di demolizione disposta *ex officio*.

Di contrario avviso Sez. 3, n. 17809 del 18/01/2024, PMT C\Mazzeo, Rv. 286308-01, che ha affermato che in tema di reati edilizi, l'ordine di demolizione impartito dal giudice ha come destinatario non solo il condannato responsabile dell'abuso, ma anche l'attuale proprietario del bene, rimasto estraneo al processo, che assume una responsabilità di natura "sussidiaria", ferma restando la sua facoltà di far valere, sul piano civile, la responsabilità, contrattuale o extracontrattuale, del proprio dante causa (in motivazione, la Corte ha precisato che non è causa di nullità dell'ingiunzione emessa dal pubblico ministero in esecuzione dell'ordine di demolizione la prospettazione che questa potrà essere eseguita d'ufficio a spese e a carico dell'attuale proprietario del bene).

Tale soluzione muove dall'esame del quadro normativo che disciplina la materia.

L'art. 31, commi 2, 3, 4, 4 bis, 5 e 9 d.P.R. n. 380 del 2001, così recita: "2. Il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale, accertata l'esecuzione di interventi in assenza di permesso, in totale difformità dal medesimo, ovvero con variazioni essenziali (..) ingiunge al proprietario e al responsabile dell'abuso la rimozione o la demolizione, indicando nel provvedimento l'area che viene acquisita di diritto, ai sensi del comma 3.

Se il responsabile dell'abuso non provvede alla demolizione e al ripristino dello stato dei luoghi nel termine di novanta giorni dall'ingiunzione, il bene e l'area di sedime, nonché quella necessaria, secondo le vigenti prescrizioni urbanistiche, alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive sono acquisiti di diritto gratuitamente al patrimonio del comune. L'area acquisita non può comunque essere superiore a dieci volte la complessiva superficie utile abusivamente costruita. 4. L'accertamento dell'inottemperanza alla ingiunzione a demolire, nel termine di cui al precedente comma 3, previa notifica all'interessato,

costituisce titolo per l'immissione nel possesso e per la trascrizione nei registri immobiliari, che deve essere eseguita gratuitamente. 4 bis. L'autorità competente, constatata l'inottemperanza, irroga una sanzione amministrativa pecuniaria di importo compreso tra 2.000 euro e 20.000 euro, salva l'applicazione di altre misure e sanzioni previste da norme vigenti (...). 5. L'opera acquisita è demolita con ordinanza del dirigente o del responsabile del competente ufficio comunale a spese dei responsabili dell'abuso, salvo che con deliberazione consiliare non si dichiari l'esistenza di prevalenti interessi pubblici e sempre che l'opera non contrasti con rilevanti interessi urbanistici, ambientali o di rispetto dell'assetto idrogeologico. 9. Per le opere abusive di cui al presente articolo, il giudice; con la sentenza di condanna per il reato di cui all'articolo 44, ordina la demolizione delle opere stesse se ancora non sia stata altrimenti eseguita".

Il tenore letterale del secondo comma dell'art. 31, cit., è chiaro nella parte in cui fa obbligo al dirigente o al responsabile del competente ufficio comunale di ingiungere la rimozione o la demolizione sia al responsabile dell'abuso che al proprietario, logicamente presupponendo, la norma, la dissociazione, al momento della emissione dell'ingiunzione, tra l'autore dell'abuso e l'attuale titolare di una situazione giuridica soggettiva attiva sul bene da demolire.

Il legislatore, però, individua quale soggetto obbligato all'esecuzione della rimozione o demolizione (tenuto, dunque, ad un facere) il solo "responsabile dell'abuso" (comma 3), a spese del quale l'opera può essere demolita ove questi non vi provveda nel termine di novanta giorni dalla notificazione dell'ingiunzione (comma 5).

L'accertamento della inottemperanza a demolire, poiché costituisce titolo per l'immissione nel possesso del bene acquisito gratuitamente al patrimonio del Comune, deve essere notificata (anche) all'interessato, dovendosi intendere per tale la persona la cui situazione giuridica soggettiva attiva sul bene è concretamente pregiudicata dalle conseguenze della omessa demolizione.

Dunque, non v'è dubbio che l'ingiunzione a demolire debba essere notificata anche al proprietario del bene, quand'anche non autore dell'abuso.

In altri termini, l'ordinamento vuole che la legalità violata sia ripristinata anche dal proprietario. Tanto discende anche dalla natura "reale" dell'illecito e della sanzione urbanistica, i quali sono riferibili alla *res* abusiva e, dunque, il ripristino dell'equilibrio urbanistico violato viene a fare carico anche sul proprietario.

La giurisprudenza amministrativa spiega che la demolizione può essere ingiunta al proprietario dell'immobile oggetto di abuso edilizio non in forza di una sua responsabilità effettiva o presunta nella commissione dell'illecito edilizio (che ricade sui soggetti di cui all'art. 29 d.P.R. n. 380 del 2001) ma in ragione del suo rapporto materiale con la *res* che lo rende, agli occhi del legislatore, responsabile della eliminazione dell'abuso commesso da altri. A tale titolo egli è investito di situazioni giuridiche passive di tipo sussidiario consistenti in un *pati* (non potendosi opporre alla demolizione di quanto abusivamente realizzato) e in obblighi di collaborazione attiva da adempiersi mediante iniziative dirette, come la rimozione dell'abuso a spese dei responsabili, o indirette, come diffide di carattere ultimativo rivolte verso eventuali soggetti terzi che detengano l'immobile (Cons. St., sez. 7, n. 109 del 03/01/2023).

Il proprietario assume, dunque, una responsabilità di tipo "sussidiario", nel senso che, pur quando non sia responsabile dell'abuso, è tenuto a dare esecuzione all'ordine di demolizione solo quando ciò sia per lo stesso materialmente possibile (Cons. St., sez. 6, n. 3391 del 10/07/2017; Cons. St., sez. 6, n. 2211 del 04/05/2015); si sostiene, al riguardo, che il perseguimento dell'interesse pubblico urbanistico è interesse pubblico di carattere preminente

e, dunque, l'ordinamento vuole che la legalità violata sia ripristinata anche dal proprietario. Tanto discende anche dalla natura "reale" dell'illecito e della sanzione urbanistica, i quali sono riferibili alla *res* abusiva e, dunque, il ripristino dell'equilibrio urbanistico violato viene a fare carico anche sul proprietario.

Nulla quaestio nel caso in cui egli sia soggetto connivente, ma nel caso in cui lo stesso non risulti responsabile dell'abuso né sia nella disponibilità e nel possesso del bene, risulta evidente che l'ordine non può produrre effetti nei suoi confronti se non quando egli ne riacquisti la disponibilità e il possesso e, dunque, sia nella materiale possibilità di dare corso all'esecuzione dell'ordine demolitorio (così, in motivazione, Cons. St., sez. 6, n. 3391 del 2017, cit.).

La notifica dell'ingiunzione a demolire al proprietario non responsabile dell'abuso assolve anche ad una funzione informativa, poiché annuncia, nei suoi confronti, l'avvio della procedura ripristinatoria, e sollecitatoria dell'esercizio delle proprie facoltà e del diritto di difesa.

È stato sottolineato che "affinché un bene immobile abusivo possa formare legittimamente oggetto dell'ulteriore sanzione costituita dall'acquisizione gratuita al patrimonio comunale ai sensi dell'art. 31 d.P.R. n. 380 del 2001 occorre che il presupposto ordine di demolizione sia stato notificato a tutti i proprietari, al pari anche del provvedimento acquisitivo. Risponde infatti ad ovvi principi di tutela del diritto di difesa e di partecipazione procedimentale il non riconoscere idoneità fondativa, dell'irrogazione della sanzione dell'acquisizione al patrimonio comunale, all'inottemperanza all'ingiunzione di demolizione da parte dei proprietari che di quest'ultima non abbiano ricevuto regolare notifica e ai quali dunque, per definizione, non possa imputarsi l'inosservanza. Con la sanzione dell'acquisizione, inoltre, si viene a pregiudicare definitivamente il soggetto già titolare del diritto di proprietà sui beni confiscati (cioè il fabbricato e le aree circostanti, nella misura indicata dalla legge), per cui necessariamente tale provvedimento ablatorio, a contenuto sanzionatorio, deve essere notificato al proprietario inciso e, se i proprietari siano più di uno, esso deve essere notificato a tutti, non essendo possibile una spoliazione solo *pro quota* (Cons. St., sez. 2, n. 7008 del 13/11/2020; Cons. St., sez. 6, n. 6425 del 22/07/2022; C.G.A.R.S., n. 642 del 27/06/2016).

In ultima analisi, nulla impedisce al proprietario di procedere alla demolizione dell'immobile abusivamente realizzato onde evitare la spoliazione anche dell'area di sedime, così come nulla gli impedisce di tutelare il proprio diritto interloquendo sulla legittimità della procedura o opponendo elementi sopravvenuti in grado di paralizzare l'azione amministrativa.

Resta fermo che, in caso di demolizione eseguita d'ufficio, le relative spese sono a carico del responsabile dell'abuso purché, precisano i Giudici amministrativi, colui che abbia acquistato a titolo particolare la proprietà dell'immobile non abbia in alcun modo partecipato, conosciuto o beneficiato dell'illecito edilizio.

Ed invero:

-*a*) l'acquirente in mala fede che conosceva l'abuso e/o ne ha tratto beneficio (scontandolo sul prezzo) si pone in una situazione di corresponsabilità che lo rende passibile del medesimo trattamento sanzionatorio previsto per i soggetti individuati dall'art. 29 del t.u.e.;

-*b*) in contesti in cui la buona fede non emerga *ex actis* la relativa dimostrazione compete al proprietario.

Il principio affermato dal Consiglio di Stato riguarda la applicazione delle sanzioni pecuniarie previste dal comma 4 bis dell'art. 31, d.P.R. n. 380 del 2001, aggiunto dall'art. 17, comma 1, lett. q bis), d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 2014, n. 164, in caso di inottemperanza alla ingiunzione a demo-

lire. Il comma 4 bis, infatti, stabilisce che l'autorità competente, constatata l'inottemperanza, irroga una sanzione amministrativa pecuniaria di importo compreso tra 2.000 e 20.000 euro, salva l'applicazione di altre misure e sanzioni previste da norme vigenti.

Il comma 9 dell'art. 31, d.P.R. n. 380 del 2001, stabilisce che «[p]er le opere abusive di cui al presente articolo, il giudice, con la sentenza di condanna per il reato di cui all'articolo 44, ordina la demolizione delle opere stesse se ancora non sia stata altrimenti eseguita».

È stato al riguardo precisato che:

-*a*) l'operatività dell'ordine di demolizione non può essere esclusa dalla alienazione a terzi della proprietà dell'immobile, con la sola conseguenza che l'acquirente potrà rivalersi nei confronti del venditore a seguito dell'avvenuta demolizione (Sez. 3. n. 37120 del 11/05/2005, Morelli, Rv. 232175-01);

-*b*) l'ordine di demolizione del manufatto abusivo è legittimamente adottato nei confronti del proprietario dell'immobile indipendentemente dall'essere egli stato anche autore dell'abuso, salva la facoltà del medesimo di far valere, sul piano civile, la responsabilità, contrattuale o extracontrattuale, del proprio dante causa (Sez. 3, n. 39322 del 13/07/2009, Berardi, Rv. 244612-01);

-*c*) l'esecuzione dell'ordine di demolizione del manufatto abusivo impartito dal giudice a seguito dell'accertata violazione di norme urbanistiche non è esclusa dall'alienazione del manufatto a terzi, anche se intervenuta anteriormente all'ordine medesimo, atteso che l'esistenza del manufatto abusivo continua ad arrecare pregiudizio all'ambiente (Sez. 3, n. 22853 del 29/03/2007, Coluzzi, Rv. 236880-01, secondo cui il terzo acquirente dell'immobile potrà rivalersi nei confronti del venditore a seguito dell'avvenuta demolizione).

Inoltre, l'ordine demolitorio non si estingue nemmeno per morte del reo sopravvenuta alla irrevocabilità della sentenza (Sez. 3, n. 3861 del 18/01/2011, Baldinucci, Rv. 249317-01; Sez, 3, n. 3720 del 24/11/1999, dep. 2000, Barbadoro, Rv. 215601-01), ma si trasmette agli eredi del responsabile (Cons. Stato, Sez. 6, n. 3206 del 30 maggio 2011) e dei suoi aventi causa che a lui subentrino nella disponibilità del bene (Cons. St., Sez. 4, n. 2266 del 12 aprile 2011).

Ne consegue che la estraneità del terzo al processo penale a carico del responsabile dell'abuso non costituisce argomento di per sé convincente.

L'ordine di demolizione emesso dal giudice penale può e deve essere eseguito nei confronti di chiunque si trovi in un rapporto qualificato con la *res* da demolire, non esistendo ragione alcuna per affermare il contrario.

Diversamente opinando, verrebbe in rilievo l'aporia che l'ingiunzione emessa dall'autorità amministrativa debba essere notificata al proprietario non responsabile dell'abuso mentre varrebbe il contrario per il pubblico ministero che ponga in esecuzione l'ordine impartito con la sentenza di condanna.

Né il contrario orientamento potrebbe fondarsi sul tenore letterale dell'art. 31, comma 9, cit., posto che la norma non fa riferimento ad un ordine specificamente diretto al condannato, bensì ad un ordine di natura oggettiva, rivolto a chiunque sia in rapporto qualificato con il bene, anche se non responsabile dell'abuso. La natura e la funzione dell'ordine (sanzione amministrativa di carattere reale a contenuto ripristinatorio) escludono che possa aver rilevanza la pregressa partecipazione del terzo al processo all'esito del quale l'ordine è stato emesso, non dovendo essere eseguita una pena.

Presupposto dell'ordine emanato dal giudice è, piuttosto, la mancata esecuzione della demolizione, non la mancata emissione dell'ordine in sede amministrativa: il giudice ordina la demolizione se ancora non sia stata altrimenti eseguita, non se ancora non sia stata altrimenti disposta.

È dunque possibile la coesistenza dei due ordini, quello già impartito dalla pubblica amministrazione (e rimasto ineseguito) e quello impartito dal giudice (da eseguire). Non si comprenderebbe allora la ragione per la quale il terzo possa (e debba) essere destinatario dell'ordine di demolizione se impartito dalla pubblica amministrazione e addirittura, ove connivente o in male fede (per avere, per esempio, lucrato sul prezzo dell'acquisto), essere destinatario della sanzione amministrativa prevista in caso di inottemperanza dell'ordine (comma 4 bis dell'art. 31) e supportare i costi della demolizione, e non possa invece essere destinatario dell'ordine impartito dal giudice che, come detto, pur esplicazione di un potere autonomo e non alternativo a quello dell'autorità amministrativa, si pone comunque a chiusura del sistema sanzionatorio amministrativo.

In conclusione, le ragioni per le quali gli interessi pubblici che giustificano l'attribuzione al proprietario di una responsabilità (almeno) sussidiaria e spiegano la natura reale dell'obbligo (che segue la *res* e non le persone) non scolorano in conseguenza della natura giudiziaria dell'ordine di demolizione.

La diversità dei rimedi e delle giurisdizioni non annulla l'identità degli interessi perseguiti; la natura giudiziaria dell'ordine disposto dal giudice non ne limita la portata, dovendosi altrimenti ammettere che il sistema sanzionatorio a cui completamento esso si pone conosce una falla.

Nemmeno convince la tesi che l'attuale proprietario non condannato non possa essere a sua volta tenuto a sopportare il costo economico della demolizione eseguita d'ufficio: una cosa è l'ingiunzione a demolire; altra è il recupero delle spese sostenute in caso di eventuale demolizione d'ufficio; non si vede in che modo la prospettazione dell'erronea (futura ed eventuale) azione di recupero delle spese a carico del soggetto non responsabile dell'abuso possa vanificare la cogenza dell'ingiunzione e minarne la legittimità.

Le spese per la demolizione di opere abusive e la riduzione in pristino dei luoghi sono ripetibili ai sensi dell'art. 5, comma 1, lett. g, D.L.vo n. 115 del 2002; la liquidazione dell'importo dovuto alle imprese private o alle strutture tecnico-operative del Ministero della difesa, che hanno eseguito la demolizione di opere abusive e di riduzione in pristino dei luoghi, è effettuata con decreto di pagamento motivato dal magistrato che procede.

Il decreto è comunicato al beneficiario e alle parti processuali, compreso il pubblico ministero (art. 169 d.lgs. n. 115, cit.) ed avverso di esso il beneficiario e le parti processuali, compreso il pubblico ministero, possono proporre opposizione (art. 170). Le spese per la demolizione sono ripetibili per intero ma sono recuperate nei confronti di ciascun condannato in misura corrispondente alla quota del debito da ciascuno dovuta, senza vincolo di solidarietà (art. 205, commi 2 e 2 quater, D.L.vo n. 115 del 2002).

Alla luce del quadro normativo è evidente che l'intimazione alla demolizione dell'immobile abusivamente realizzato non è viziata dalla prospettazione della esecuzione forzata in danno del terzo non potendo la legittimità dell'ordine essere scrutinata alla luce di un provvedimento, il decreto di pagamento, non ancora esistente ed autonomamente impugnabile.

Tali considerazioni segnano il superamento della giurisprudenza penale della Corte di cassazione che ritiene illegittima l'ingiunzione a demolire notificata al proprietario non responsabile dell'abuso.

Fermo restando che, come correttamente e condivisibilmente sostenuto dalla giurisprudenza amministrativa, la figura del terzo in buona fede andrebbe distinta dal terzo che in buona fede non è, l'opinione contraria si pone in evidente contrasto con la lettera della legge (art. 31, comma 2, d.P.R. n. 380 del 2001) e postula l'assurda conseguenza che il proprietario del bene debba subire l'esecuzione dell'ordine di demolizione, notificato al

solo condannato, senza nemmeno poter interloquire sulla legittimità dell'ordine stesso o opporre argomenti a favore della sua revoca diversi dalla sua estraneità al reato edilizio.

In buona sostanza, la situazione giuridica soggettiva attiva che qualifica il rapporto dell'attuale detentore con il bene da demolire rimarrebbe priva di tutela, con l'ulteriore conseguenza che la demolizione dovrebbe essere addirittura eseguita da persona che con il bene stesso non ha più alcun rapporto qualificato e potrebbe non avere l'interesse ad opporsi all'ordine di demolizione senza che alla demolizione stessa non possa nemmeno provvedere direttamente l'attuale proprietario (nel senso che il condannato, al quale il pubblico ministero abbia notificato l'intimazione a demolire il manufatto abusivo, può opporvisi, nel caso in cui non ne sia più proprietario o non vanti più su di esso un diritto reale, solo deducendo un concreto e attuale interesse, corrispondente a un beneficio effettivo e reale derivante dalla revoca o dalla sospensione del provvedimento, Sez. 3, n. 11171 del 14/12/2023, dep. 2024, Pollastro, Rv. 286047-01).

In tale direzione, Sez. 3, n. 16470 del 28/03/2024, Di.Mo.Lat. s.a.s. di Bacco Antonio, Rv. 286151-01, ha confermato che in tema di reati edilizi, l'esecuzione dell'ordine di demolizione di un immobile realizzato abusivamente non è preclusa dalla sua intervenuta cessione a terzi, operando l'ordine, quale sanzione amministrativa a carattere ripristinatorio, nei confronti di chiunque abbia la disponibilità del bene che continui ad arrecare pregiudizio al territorio.

L'intervento del giudice penale, infatti, si colloca a chiusura di una complessa procedura amministrativa finalizzata al ripristino dell'originario assetto del territorio alterato dall'intervento edilizio abusivo, nell'ambito del quale viene considerato il solo oggetto del provvedimento (l'immobile da abbattere), prescindendo del tutto dall'individuazione di responsabilità soggettive (Sez. 3, n. 55373 del 21/11/2018, Armeli, non massimata.).

4. L'interesse ad impugnare da parte di chi non è più proprietario.

Si è posta la questione relativa all'interesse del ricorrente ad impugnare il provvedimento che dispone la demolizione di un bene del quale da lungo tempo, ormai, non è più proprietario.

In termini generali, l'interesse ad impugnare deve essere concreto ed attuale, correlato agli effetti primari e diretti del provvedimento da impugnare e sussiste solo se l'impugnazione sia idonea a costituire, attraverso l'eliminazione di un provvedimento pregiudizievole, una situazione pratica più vantaggiosa per l'impugnante rispetto a quella esistente (Sez. U, n. 6203 del 11/05/1993, Amato, Rv. 193743-01; Sez. U, n. 9616 del 24/03/1995, Boido, Rv. 202018-01; Sez. U, n. 18253 del 24/04/2008, Tchmil, Rv. 239397-01). La legge processuale non ammette l'esercizio del diritto di impugnazione avente di mira la sola esattezza teorica della decisione, senza che alla posizione giuridica del soggetto derivi alcun risultato pratico favorevole, nel senso che miri a soddisfare una posizione oggettiva giuridicamente rilevante e non un mero interesse di fatto (in tal senso, Sez. U, n. 28911 del 28/09/2019, Massaria, Rv. 275953-02, secondo cui la concretezza dell'interesse non può dunque che essere parametrata al raffronto tra quanto statuito dal provvedimento impugnato e quanto, con l'impugnazione svolta, si vorrebbe invece ottenere).

Costituisce declinazione pratica di questo principio, quello secondo il quale l'ingiustificata inottemperanza all'ordine di demolizione dell'opera abusiva ed alla rimessione in pristino dello stato dei luoghi entro novanta giorni dalla notifica dell'ingiunzione a demolire emessa dall'Autorità amministrativa determina l'automatica acquisizione gratuita al patrimonio comunale dell'opera e dell'area pertinente, indipendentemente dalla notifica all'interessato dell'accertamento formale dell'inottemperanza (Sez. 3, n. 17418 del 04/04/2023, Vici-

nanza, Rv. 284661-01; Sez. 3, n. 1163 del 15/11/2016, dep. 2017, Notarstefano, Rv. 268737-01; Sez. 3, n. 23718 del 08/04/2016, Pacera, Rv. 267676-01; Sez. 3, n. 22237 del 22/04/2010, Gotti, Rv. 247653-01; Sez. 3, n. 39075 del 21/05/2009, Bifulco, Rv. 244891-01).

Ne consegue che l'acquisizione al patrimonio del Comune dell'immobile abusivo fa cessare l'interesse alla revoca o alla sospensione dell'ordine di demolizione in capo al responsabile dell'illecito (Sez. 3, n. 20027 del 20/03/2024, Sommella, non massimata; Sez. 3, n. 41169 del 07/11/2024, Pizzo e altri, non massimata; Sez. 3, n. 35203 del 18/06/2019, Centioni, cit. che ha precisato che il precedente proprietario del bene, a seguito del provvedimento acquisitivo, deve ritenersi terzo estraneo alle vicende giuridiche dell'immobile; ancora, Sez. 3, n. 45432 del 25/05/2016, Ligorio, cit., ha affermato che a seguito dell'inutile decorso del termine assegnato al condannato per l'esecuzione dell'ordine di demolizione, viene meno l'interesse alla revoca o alla sospensione dello stesso, essendo il bene ormai divenuto di proprietà del Comune; Sez. 3, n. 35203 del 18/06/2019, Centioni, Rv. 277500-01, che ha precisato che il precedente proprietario del bene, a seguito del provvedimento acquisitivo, deve ritenersi terzo estraneo alle vicende giuridiche dell'immobile; in senso conforme, Sez. 3, n. 45432 del 25/05/2016, Ligorio, Rv. 268133-01, ha affermato che a seguito dell'inutile decorso del termine assegnato al condannato per l'esecuzione dell'ordine di demolizione, viene meno l'interesse alla revoca o alla sospensione dello stesso, essendo il bene ormai divenuto di proprietà del Comune).

Coerentemente con tale indirizzo è stato affermato che, dopo l'acquisizione dell'opera abusiva al patrimonio disponibile del Comune, qualora il consiglio comunale non abbia deliberato il mantenimento del manufatto, ravvisando l'esistenza di prevalenti interessi pubblici, il condannato può chiedere la revoca dell'ordine di demolizione soltanto per provvedere spontaneamente all'esecuzione di tale provvedimento, essendo privo di interesse ad avanzare richieste diverse, in quanto il procedimento amministrativo sanzionatorio ha ormai come unico esito obbligato la demolizione della costruzione a spese del responsabile dell'abuso (Sez. 3, n. 7399 del 13/11/2019, dep. 2020, Calise, Rv. 278090-01).

Sez. 4, n. 41413 del 12/11/2024, Cioce, non massimata, ha consolidato l'orientamento a mente del quale deve ritenersi inammissibile, per difetto di interesse, il ricorso per cassazione proposto al fine di ottenere, in fase esecutiva, la revoca dell'ordine di demolizione del manufatto che risulta già completamente eseguito (Sez. 3, n. 2532 del 12/01/2022, Esposito, non massimata, in relazione alla sopravvenuta carenza di interesse, con riguardo al ricorso proposto dal condannato, per effetto dell'avvenuta demolizione; Sez. 3, n. 14764 del 19/02/2020, Vagnato, non massimata, in un caso in cui la demolizione era avvenuta su iniziativa dell'organo esecutivo; Sez. 3, n. 19918 del 20/02/2019, Mercaldo, non massimata; Sez. 3, ordinanza n. 24272 del 24/03/2010, Abagnale, Rv. 247685-01).

L'interesse che non può essere identificato con la mera pretesa preordinata all'astratta osservanza della legge e alla correttezza giuridica della decisione, essendo invece necessario che sia comunque dedotto un pregiudizio concreto e suscettibile di essere eliminato proprio per effetto dalla riforma o dall'annullamento della decisione impugnata (Sez. 3, n. 30547 del 06/03/2019, Chiocchio, Rv. 276274 -01).

In conclusione, nel caso in cui il condannato, destinatario dell'ingiunzione a demolire, non sia più proprietario dell'immobile o titolare di altro diritto reale sullo stesso, l'interesse concreto e attuale all'annullamento del provvedimento deve essere dedotto in modo specifico e deve corrispondere ad un beneficio effettivo e reale derivante dall'annullamento dell'atto.

5. Ordine di demolizione e principio di proporzionalità.

Quanto al principio di proporzionalità, occorre richiamare, innanzitutto, l'orientamento di legittimità (Sez. 3, n. 2785 del 23/01/2024, De Simone, Rv. 285743; Sez. 3, n. 41438 del 12/11/2024, I. R., non massimata) secondo cui, in tema di reati edilizi, l'esecuzione dell'ordine di demolizione di un immobile abusivo non contrasta con il diritto al rispetto della vita privata e familiare e del domicilio di cui all'art. 8 Cedu, posto che, non essendo desumibile da tale norma la sussistenza di alcun diritto "assoluto" a occupare un immobile, anche se abusivo, solo perché casa familiare, il predetto ordine non viola in astratto il diritto individuale a vivere nel proprio legittimo domicilio, ma afferma in concreto il diritto della collettività a rimuovere la lesione di un bene o interesse costituzionalmente tutelato e a ripristinare l'equilibrio urbanistico-edilizio violato.

L'Autorità giudiziaria, nel dare esecuzione all'ordine di demolizione di un immobile abusivo costituente l'unica abitazione familiare, è tenuta a rispettare il principio di proporzionalità enunciato dalla giurisprudenza convenzionale nelle sentenze della Corte EDU, n. 46577/15 del 21/04/2016, Ivanova e Cherkezov c. Bulgaria, secondo la quale la demolizione dell'opera abusiva può legittimamente avvenire solo se il condannato abbia a disposizione un alloggio alternativo oppure se lo Stato abbia provveduto a concedergli un alloggio; in assenza di tali condizioni, la demolizione violerebbe il diritto all'abitazione, riconosciuto dall'art. 8 Cedu.; Corte EDU, n. 44817/2018 del 04/08/2020, Kaminskas c. Lituania, a condizione che chi intenda avvalersene si faccia carico di allegare, in modo puntuale, i fatti addotti a sostegno del suo rispetto (Sez. 3, n. 21198 del 15/02/2023, Esposito, Rv. 284627, la quale ha precisato, in motivazione, che tali fatti, ove allegati dall'autore dell'abuso, non possono dipendere dalla sua inerzia ovvero dalla volontà sua o del destinatario dell'ordine, non potendo il condannato lucrare sul tempo inutilmente trascorso dalla data di irrevocabilità della sentenza, posto che l'ingiunzione a demolire trova causa proprio dalla sua inerzia).

L'applicazione di tale principio impone che l'autorità giudiziaria valuti caso per caso se un determinato provvedimento possa ritenersi giustificato in considerazione delle ragioni espresse dal destinatario della misura, al fine di bilanciare il suo diritto alla tutela dell'abitazione ai sensi dell'art. 8 Cedu (o di altro diritto fondamentale come il diritto alla salute che nel caso in esame rileva) e l'interesse dello Stato ad impedire l'esecuzione di interventi edilizi in assenza di regolare titolo abilitativo, sicché deve essere il giudice a dover stabilire, tenuto conto delle circostanze del caso concreto dedotte dalle parti, se il provvedimento limitativo della libertà "reale" sia "proporzionato" rispetto allo scopo, riconosciuto peraltro legittimo dalla Corte Edu, che la normativa edilizia intende perseguire.

È, quindi, costante insegnamento della Corte di legittimità che il diritto all'abitazione, riconducibile agli artt. 2 e 3 della Costituzione e all'art. 8 della CEDU, non è tutelato in termini assoluti in sede di esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali, ma esso è oggetto di bilanciamento con altri valori di pari rango costituzionale, come l'ordinato sviluppo del territorio e la salvaguardia dell'ambiente, che giustificano, secondo i criteri della necessità, sufficienza e proporzionalità, l'esecuzione dell'ordine di demolizione di un immobile abusivo, sempre che tale provvedimento si riveli proporzionato rispetto allo scopo che la normativa edilizia intende perseguire, rappresentato dal ripristino dello status preesistente del territorio (Sez. 4, n. 17706 del 24/04/2024, Macchiarolo, non massimata.).

Ciò in quanto dalla giurisprudenza Cedu si ricava, al contrario, l'opposto principio dell'interesse dell'ordinamento all'abbattimento – in luogo della confisca – delle opere incompatibili con le disposizioni urbanistiche. Invero, nel noto caso Sud Fondi c. Italia

del 20 gennaio 2009 la Corte EDU ha affermato che l'interesse dell'ordinamento è quello di abbattere l'immobile abusivamente realizzato, sottolineando i giudici europei come sia sufficiente, per ripristinare la conformità rispetto alle disposizioni urbanistiche dei lotti interessati, demolire le opere incompatibili con le disposizioni pertinenti anziché procedere alla confisca dei medesimi. Proprio da tale inciso è quindi evidente come la stessa Corte Europea consideri del tutto legittimo il ricorso alla sanzione ripristinatoria della demolizione che, in quanto rivolta a ristabilire l'ordine giuridico violato, prevale sul diritto (*rectius*, interesse di mero fatto) all'abitazione dell'immobile abusivamente realizzato.

La stessa Corte EDU ha escluso che l'ordine di demolizione contrasti con l'art. 1 del protocollo n. 1 (protezione della proprietà), sia perché tale ordine, emesso dopo un ragionevole lasso di tempo dopo la sua edificazione (per un precedente, Corte EDU, n. 21861/03 del 27/11/2007, Hamer c. Belgio,), ha l'obiettivo di garantire il ripristino dello *status quo ante* così ristabilendo l'ordine giuridico violato dal comportamento dell'autore dell'abuso edilizio, sia perché l'ordine di demolizione e la sua esecuzione servono anche per scoraggiare altri potenziali trasgressori (il riferimento è al caso Corte Edu, n. 4251/02, dell'08/11/2005, Saliba c. Malta).

Sul punto, vanno richiamati i principi espressi da Sez. 3, n. 5822 del 18/01/2022, D'Auria, Rv. 282950-01, secondo cui il giudice, nel dare attuazione all'ordine di demolizione di un immobile abusivo adibito ad abituale abitazione di una persona, è tenuto a rispettare il principio di proporzionalità enunciato dalla giurisprudenza della Corte Edu valutando la disponibilità, da parte dell'interessato, di un tempo sufficiente per conseguire, se possibile, la sanatoria dell'immobile o per risolvere, con diligenza, le proprie esigenze abitative, la possibilità di far valere le proprie ragioni dinanzi a un Tribunale indipendente, l'esigenza di evitare l'esecuzione in momenti in cui sarebbero compromessi altri diritti fondamentali, nonché l'eventuale consapevolezza della natura abusiva dell'attività edificatoria (nello stesso senso, Sez. 4, n. 17706 del 24 aprile 2024, Macchiarolo, cit.; Sez. 3, n. 5822 del 18/01/2022, D'Auria, cit.).

La maggior parte delle decisioni di legittimità ha ritenuto rispettato il principio di proporzionalità valorizzando il tempo a disposizione del destinatario dell'ordine di demolizione per "cercare una soluzione alternativa" (così Sez. 3, n. 48021 del 11/09/2019, Giordano, Rv. 277994-01; Sez. 3, n. 24882 del 26/04/2018, Ferrante, Rv. 273368-01, la quale ha escluso rilievo a situazioni di salute solo "cagionevole") o la gravità delle violazioni (Sez. 3, n. 43608 del 08/10/2021, Giacchini, non massimata, che ha valorizzato le dimensioni del fabbricato e la violazione di più disposizioni penali, anche in tema di paesaggio, conglomerato cementizio e disciplina antisismica), o entrambe le circostanze (Sez. 3, n. 35835 del 03/11/2020, Santoro ed altro, non massimata).

Il principio di proporzionalità, dunque, presuppone la cogenza dell'ordine di demolizione dell'opera abusivamente realizzata e la sua inderogabile funzione ripristinatoria di un "ordine urbanistico" tuttora violato, non potendo essere utilizzato per eludere tale funzione con il rischio di legittimare *ex post*, nei fatti, condotte costituenti reato e di consolidarne il relativo prodotto/profitto coerentemente, i fatti addotti a sostegno del rispetto del principio di proporzionalità devono essere allegati in modo rigoroso, dovendosene far carico chi intende avvalersene per paralizzare il ripristino di un ordine violato, tanto più se si stratta dello stesso autore dell'abuso. Fermo restando che la deduzione che l'immobile costituisca l'unico domicilio del condannato, di per sé non incidente sulla sussistenza del reato, non è utile a paralizzare l'ordine di demolizione il costante insegnamento della Corte di cassazione afferma, infatti, che non è configurabile l'esimente dello stato di necessità in quanto, pur essendo ipotizzabile un danno grave alla persona in cui rientri anche il danno al diritto

all'abitazione, difetta in ogni caso il requisito dell'inevitabilità del pericolo, posto che tale pericolo è evitabile chiedendo, in caso di terreno edificabile, il relativo permesso mentre, in caso di terreno non edificabile, il diritto del cittadino a disporre di un'abitazione non può prevalere sull'interesse della collettività alla tutela del paesaggio e dell'ambiente. (Sez. 3, n. 2280 del 24/11/2017, dep. 2018, Lo Buono, Rv. 271769-01; Sez. 3, n. 35919 del 26/06/2008, Savoni, Rv. 241094-01; Sez. 3, n. 41577 del 20/09/2007, Ferraioli, Rv. 238258-01).

Sicché, il diritto alla salute, specie a fronte di patologie gravi ed invalidanti, trova attuazione in primo luogo ponendo il malato in un ambiente – non necessariamente ospedaliero – del tutto salubre, edificato ed attrezzato nel pieno rispetto della disciplina di legge, proprio perché questa è volta a garantire anche il benessere di chi abita in quei luoghi, specie se malato. In altri termini, il rispetto della normativa in materia edilizia risponde non solo all'ovvia esigenza di tutelare un bene collettivo, come tale sottratto alla libera ed indiscriminata disponibilità dei singoli, ma anche alla necessità che questi stessi possano usufruire del bene in sicurezza, proprio perché regolarmente edificato, tutelando la propria salute e la propria incolumità – in sintesi, il proprio benessere – anche (e soprattutto) per l'ipotesi di eventi superiori come le calamità naturali (si pensi alla normativa antisismica o a tutela dal rischio idrogeologico) o, per l'appunto, le malattie o situazioni invalidanti che costringano un soggetto a vivere, magari costantemente, all'interno di uno spazio chiuso (in questo senso, Sez. 3, n. 14651 del 21/03/2024, Cordiano, non massimata; Sez. 3, n. 48820 del 02/11/2023, F., Rv. 285756-02).

5.1. Ordine di demolizione, principio di proporzionalità e tutela dei terzi estranei.

Per Sez. 3, n. 29117 del 17/04/2024, Aurioso, Rv. 286731-01: in tema di reati edilizi, il principio di proporzionalità, enunciato dalla giurisprudenza convenzionale, cui deve conformarsi l'esecuzione dell'ordine di demolizione delle opere abusive, postula la valutazione della sola interrelazione esistente tra l'interesse pubblico alla salvaguardia del territorio e la tutela del diritto di proprietà e delle relative forme di godimento dell'autore del reato o del proprietario dell'immobile e del suo stretto nucleo familiare, non potendosi riconoscere rilievo alcuno all'interesse abitativo di terzi estranei, detentori, a qualsiasi altro titolo, del manufatto abusivo altrui, che, eventualmente, potranno ottenere altre forme di soddisfacimento mediante misure di assistenza sociale o la locazione di immobili leciti.

Il potere di ordinare la demolizione attribuito al giudice penale, pur di natura amministrativa, è volto al ripristino del bene tutelato in virtù di un interesse correlato all'esercizio della potestà di giustizia, ed il provvedimento conseguente è assoggettato all'esecuzione nelle forme previste dagli artt. 655 cod. proc. pen. e segg. Si è al riguardo altresì affermato che compete al pubblico ministero, quale organo promotore dell'esecuzione *ex* art. 655 cod. proc. pen., determinare le modalità esecutive della demolizione disposta *ex* l. n. 47 del 1985, art. 7 (attualmente art. 31 del d.P.R. 380/01), ed ove sorga una controversia concernente non solo il titolo, ma anche le modalità esecutive, va instaurato dallo stesso P.M., dall'interessato o dal difensore procedimento innanzi al giudice dell'esecuzione (Sez. 3, n. 1961 del 12/05/2000, Masiello, Rv. 216991).

L'ordine di demolizione delle opere abusive emesso dal giudice penale ha carattere reale e natura di sanzione amministrativa a contenuto ripristinatorio e deve pertanto essere eseguito nei confronti di tutti i soggetti che sono in rapporto col bene e vantano su di esso un diritto reale o personale di godimento, anche se si tratti di soggetti estranei alla commissione del reato (Sez. 3, n. 47281 del 21/10/2009, Arrigoni, cit., la Corte ha precisato in motivazione che, comunque, la mancata condanna del terzo per concorso nell'abuso edilizio non implica necessariamente una posizione di buona fede rispetto ad esso).

Secondo la giurisprudenza della Corte EDU, il principio di proporzionalità nell'applicazione dell'ordine di demolizione di un immobile illegalmente edificato, adottato da una pubblica autorità al fine di contrastare la realizzazione di opere senza permesso di costruire, opera esclusivamente in relazione all'immobile destinato ad abituale abitazione di una persona, ed implica, principalmente, garanzie di tipo "procedurale" inevitabilmente connesse al procedimento penale da cui è scaturito l'ordine di demolizione che, per quanto sinora osservato, non ha mai visto come protagonista il ricorrente.

Ai fini della valutazione del rispetto del principio di proporzionalità, la Corte EDU ha infatti valorizzato essenzialmente (cfr. in proposito, in motivazione, Sez. 3, n. 5822 del 18/01/2022, D'Auria, cit.): la possibilità di far valere le proprie ragioni davanti ad un tribunale indipendente; la disponibilità di un tempo sufficiente per "legalizzare" la situazione, se giuridicamente possibile, o per trovare un'altra soluzione alle proprie esigenze abitative agendo con diligenza; l'esigenza di evitare l'esecuzione in momenti in cui verrebbero compromessi altri diritti fondamentali, come quello dei minori a frequentare la scuola. Inoltre, ai medesimi fini, un ruolo estremamente rilevante è stato attribuito alla consapevolezza della illegalità della costruzione da parte degli interessati al momento dell'edificazione ed alla natura ed al grado della illegalità realizzata.

Appare evidente, da quanto qui sintetizzato, che il rapporto di proporzionalità valorizzato in sede convenzionale riguarda la relazione tra l'interesse pubblico alla tutela del territorio e l'interesse all'utilizzo dell'opera abusiva da parte di chi l'abbia realizzata e che dovrebbe subire in via diretta le conseguenze dell'ordine di demolizione.

Si tratta, invero, di profili di verifica che necessariamente fanno riferimento ai soggetti che risultino direttamente coinvolti nella realizzazione o proprietà dell'opera abusiva, con la conseguenza per cui la prospettiva circa la sussistenza, in tema di ordine di demolizione, di un rapporto di proporzionalità, con altrui interessi privati, deve ritenersi ristretta nell'ambito del rapporto tra interesse pubblico alla tutela del territorio e tutela del diritto di proprietà e delle relative forme immediate e dirette di godimento come riguardanti l'autore e/o proprietario dell'immobile assieme, al più, al suo diretto e formale nucleo familiare.

Ne consegue che tale interrelazione non può estendersi all'interesse di chi non vanti alcun titolo di proprietà rispetto all'opera abusiva, atteso che tale deficienza di per sé esclude ogni seppur astratta possibilità di proporzione tra interessi pubblici e privati, posto che si rischierebbe di comparare ed eventualmente poi di pregiudicare l'interesse generale alla tutela del territorio in favore dell'interesse all'utilizzazione non di un diretto interessato all'opera abusiva bensì di terzi (come tali anche strumentalmente utilizzabili per proteggere indirettamente l'interesse, illecito, al mantenimento dell'opera abusiva da parte dell'autore e/o proprietario), realizzato mediante la peculiare quanto singolare e illegale soluzione dell'utilizzo di un immobile abusivo altrui; laddove un tale interesse d'uso, nella misura, lo si ripete, in cui non riguarda soggetti direttamente correlati all'immobile abusivo come sopra illustrato, pur potendo risultare rilevante, è in questi casi in grado di essere suscettibile, al più, di ben altre forme di soddisfacimento, che possono andare dal coinvolgimento di politiche di assistenza sociale fino alla instaurazione, da parte dell'interessato, di rapporti di locazione di altri immobili, ma leciti, in ogni caso necessariamente estranee all'utilizzo di un immobile abusivo.

Si tratta, infatti, di un interesse, da una parte, ampiamente tutelabile, attraverso innanzitutto il ricorso all'utilizzo di opere diverse e lecite, dall'altra, e conseguentemente, non in grado di contrapporsi, come tale, in alcun modo, a quello sotteso all'ordine di demolizione.

In altri termini, la verifica di un rapporto di proporzionalità, in caso di ordine di demolizione di un'opera abusiva, presuppone innanzitutto che l'ordine di demolizione sia in

grado di pregiudicare in via diretta ed immediata diritti e interessi strettamente, direttamente e immediatamente connessi alla proprietà dell'opera da demolire, laddove il pregiudizio all'uso solo occasionale dell'immobile, nel quadro quindi di rapporti di mero godimento da parte di terzi estranei alla proprietà, non può ritenersi in grado di ostacolare la tutela degli interessi pubblici, in tale quadro già di per sé ben più pregnanti, sottesi all'ordine di demolizione.

6. Ordine di demolizione e permesso in sanatoria conseguito da un terzo.

Sez. 3, n. 39602 del 03/10/2024, Romano, Rv. 287019-01, ha precisato che in tema di reati edilizi, non osta all'esecuzione dell'ordine di demolizione di un manufatto abusivo l'avvenuto rilascio, susseguentemente al passaggio in giudicato della sentenza di condanna, del titolo in sanatoria in favore di soggetto non proprietario del bene all'epoca dell'edificazione e non avente con esso alcuna relazione giuridicamente qualificata di natura reale od obbligatoria.

Tale conclusione muove dall'assunto che legittimato a chiedere il permesso in sanatoria ai sensi degli artt. 39, legge n. 724 del 1994,e 31, commi 1 e 2, legge n. 47 del 1985, è il proprietario nonché "ogni altro soggetto interessato al conseguimento della sanatoria"

Tuttavia, tale interesse deve essere giuridicamente qualificato e non di fatto.

La giurisprudenza amministrativa ha ritenuto legittimato a presentare domanda di condono l'autore dell'abuso (Cons. St., sez. 6, n. 3587 del 07/04/2023; Cons. St., sez. 6, n. 7061 del 16/11/2020), il promissario acquirente dell'immobile in virtù di un contratto preliminare stipulato con il proprietario autore dell'abuso (Cons. St., sez. 4, n. 6545 del 27/10/2009; nel caso di specie, in virtù del contratto preliminare, il richiedente era stato immesso nel possesso dell'immobile da anni), ma non chi non ha alcuna relazione qualificata con il bene.

L'art. 31, commi 1 e 3, legge n. 47 del 1985 attribuiscono la legittimazione a presentare domanda di sanatoria al proprietario e a coloro che ai sensi dell'odierno art. 11 d.P.R. n. 380 del 2001, hanno titolo per chiedere il permesso di costruire.

La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che il permesso di costruire può essere rilasciato non solo al proprietario dell'immobile, ma a chiunque abbia titolo per richiederlo (così come previsto dall'art. 11, co. 1, d.P.R. n. 380/2001), e che tale ultima espressione va intesa nel senso più ampio di una legittima disponibilità dell'area, in base ad una relazione qualificata con il bene, sia essa di natura reale, o anche solo obbligatoria, purché, in questo caso, con il consenso del proprietario. Il Comune, pertanto, prima di rilasciare il titolo, ha l'onere di verificare la legittimazione del richiedente, accertando che questi sia il proprietario dell'immobile oggetto dell'intervento costruttivo o che, comunque, ne abbia un titolo di disponibilità sufficiente per eseguire l'attività edificatoria (Cons. St., sez. 2, n. 7523 dell'11/09/2024; Cons. St., sez. 4, n. 1827 del 15/03/2022; Cons. St., sez. 6, n. 3048 del 22/05/2018; nel senso della necessità di una relazione qualificata con il bene si è espressa anche Sez. U, civ., n. 23317 del 04/11/2009, Rv. 609701-01).

È stato altresì precisato che, in sede di procedimento per rilascio di titolo edilizio in sanatoria, deve formare oggetto di valutazione, da parte del Comune, la sussistenza di tutti i presupposti cui la legge condiziona il suddetto rilascio e, fra essi, anche la circostanza che l'istanza di sanatoria provenga da un soggetto qualificabile come proprietario dell'edificio oggetto degli interventi della cui sanatoria giuridica si tratti e che abbia l'intera proprietà del bene, e non solo una parte o quota di esso. Non può invece riconoscersi la legittimazione al semplice proprietario pro-quota ovvero al comproprietario di un immobile, atteso che il contegno tenuto da quest'ultimo potrebbe pregiudicare i diritti e gli interessi qualificati dei soggetti con cui condivida la propria posizione giuridica sul bene oggetto di

provvedimento; di conseguenza, in caso di pluralità di proprietari del medesimo immobile, la domanda di rilascio di titolo edilizio, sia esso o non titolo in sanatoria di interventi già realizzati, deve necessariamente provenire congiuntamente da tutti i soggetti con un diritto di proprietà sull'immobile, potendosi ritenere legittimato alla presentazione della domanda il singolo comproprietario solo ed esclusivamente nel caso in cui la situazione di fatto esistente sul bene consenta di supporre l'esistenza di una sorta di cd. *pactum fiduciae* intercorrente tra i vari comproprietari (Cons. St., sez. 2, n. 1766 del 12/03/2020; Cons. St., sez. 6, n. 1563 del 16/02/2024).

Da quanto precede, ne consegue hanno titolo a richiedere il permesso di costruire tutti coloro che dimostrino di trovarsi con il bene in una relazione qualificata, non necessariamente connessa ad un diritto reale ma derivante anche da rapporto giuridico ad effetti obbligatori. Secondo un'elencazione indicativa e non esaustiva, possono richiedere il rilascio del titolo, oltre al proprietario, i soggetti titolari rispetto al bene di rapporti di natura reale o meramente obbligatoria: l'usufruttuario; il titolare di un diritto di comodato; il titolare di un contratto di leasing (Cons. St., sez. 6, n. 527 del 16/01/2024; Cons. St., sez. 4, n. 4287 del 30/07/2012).

Pertanto, ove l'istanza di rilascio di permesso in sanatoria deve essere presentata da persona che ha un rapporto qualificato con l'immobile in assenza di un diritto reale o anche solo obbligatorio: l'interesse che legittima il terzo a chiedere il rilascio del permesso non può essere, come detto, un interesse di fatto ma solo un interesse giuridicamente qualificato, che tragga origine cioè da una situazione giuridica attiva riconosciuta come tale dall'ordinamento.

7. Ordine di demolizione relativo ad opere completamento di un abuso dichiarato prescritto ed esecuzione sull'intero immobile.

Sez. 3, Sentenza n. 37245 del 17/04/2024, Russo, Rv. 286887-01, ha precisato che l'ordine di demolizione conseguente alla sentenza di condanna, previsto dall'art. 31, comma 9, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, pur se relativo a interventi edilizi di prosecuzione o completamento di un pregresso abuso dichiarato estinto per prescrizione e in relazione al quale il precedente ordine demolitorio era stato revocato, deve comunque essere eseguito sull'immobile considerato nella sua interezza. (in motivazione, la Corte ha precisato che l'intervenuta declaratoria di prescrizione non determina un giudicato favorevole all'imputato).

L'art. 31, comma 9, del d.P.R. n. 380 del 2001 prevede che "Per le opere abusive di cui al presente articolo …", cioè per gli interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali, "… il giudice, con la sentenza di condanna per il reato di cui all'articolo 44, ordina la demolizione delle opere stesse se ancora non sia stata altrimenti eseguita".

L'ordine di demolizione ha ad oggetto l'edificio nel suo complesso, comprensivo di eventuali aggiunte o modifiche successive all'esercizio dell'azione penale e/o alla condanna, atteso che l'obbligo di demolizione si configura come un dovere di *restitutio in integrum* dello stato dei luoghi e, come tale, non può non avere ad oggetto sia il manufatto abusivo originariamente contestato, sia le opere accessorie e complementari nonché le superfetazioni successive, sulle quali si riversa il carattere abusivo dell'originaria costruzione (Sez. 3, n. 43236 del 11/10/2023, La Menza, non massimata.).

È stato ripetutamente affermato che qualsiasi intervento effettuato su una costruzione realizzata abusivamente, ancorché l'abuso non sia stato represso, costituisce una ripresa dell'attività criminosa originaria, che integra un nuovo reato, anche se consista in un inter-

vento di manutenzione ordinaria: perché anche tale categoria di interventi edilizi presuppone che l'edificio sul quale si interviene sia stato costruito legittimamente (Sez. 3, n. 48026 del 10/10/2019, Casola, Rv. 277349-01; Sez. 3, n. 41079 del 20/09/2011, Latone, Rv. 251290-01, per cui integra il reato contravvenzionale previsto dall'art. 44, Comma primo, lett. b), del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, la prosecuzione dell'attività edilizia vietata in vista dell'ultimazione dei lavori eseguita successivamente al dissequestro e alla restituzione dell'immobile abusivo all'indagato, ciò a prescindere dall'entità degli interventi eseguiti. In applicazione di tale principio la Corte ha disatteso la tesi difensiva secondo cui nessun reato era ipotizzabile in quanto gli interventi eseguiti per l'ultimazione dei lavori non necessitavano del permesso di costruire).

Una pronuncia, rimasta isolata, ritiene che ove si ritenesse che l'ordine demolitorio colpisca anche l'abuso oggetto di precedente declaratoria di prescrizione, si tratterebbe di una previsione giurisdizionale indubbiamente peggiorativa, rivalutando in sostanza un fatto per il quale già vi è stata sentenza di proscioglimento, sia pure per prescrizione (Sez. 3, n. 19424 del 09/01/2023, Sorrentino, non massimata).

Tale decisione muove dalla considerazione che la prosecuzione dei lavori posta in essere dopo una sentenza di condanna (ma deve ritenersi che ciò valga a maggior ragione ove vi sia stata una sentenza di proscioglimento) integra non la prosecuzione della precedente condotta illecita ma un nuovo reato edilizio (così Sez. 3, n. 36215 del 15/05/2019, Sorini, Rv. 277582), in relazione al quale la eventuale sentenza di condanna costituisce un nuovo, autonomo, titolo esecutivo e non la estensione del precedente.

Tale affermazione, se può valere – al di fuori dei casi di illecito lottizzatorio – nei casi in cui l'abuso per cui è intervenuta la declaratoria di prescrizione sia del tutto autonomo rispetto a quello eseguito successivamente, non può tuttavia essere invocata nei casi in cui l'abuso edilizio per il quale è intervenuta condanna (e su cui si fonda il successivo ordine demolitorio) costituisce il "completamento" di un'attività edilizia riguardante il medesimo immobile in relazione al quale è intervenuta la precedente declaratoria di proscioglimento per prescrizione, che ha comportato la revoca del relativo ordine di demolizione.

Quanto sopra, infatti, è la naturale conseguenza del principio, più volte affermato dalla Corte di cassazione, secondo cui in caso di abusi realizzati in progressione, la demolizione deve necessariamente coinvolgere tutte le opere complessivamente e unitariamente intese. In tale ultimo senso la Suprema Corte ha infatti precisato che l'ordine di demolizione del manufatto abusivo, previsto dall'art. 31, comma 9, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, riguarda l'edificio nel suo complesso, comprensivo di eventuali aggiunte o modifiche successive all'esercizio dell'azione penale e/o alla condanna, atteso che l'obbligo di demolizione si configura come un dovere di *restitutio in integrum* dello stato dei luoghi e, come tale, non può non avere ad oggetto sia il manufatto abusivo originariamente contestato, sia le opere accessorie e complementari nonché le superfetazioni successive, sulle quali si riversa il carattere abusivo dell'originaria costruzione (Sez. 3, n. 43236 del 11/10/2023, La Menza ed altro, cit.).

Nelle sentenze gemelle n. 869, 870 e 871 del 14 dicembre 2023, dep. 2024, di cui solo la prima massimata con Rv. 285733-01, la Corte di cassazione, dopo aver ricostruito la disciplina, dato conto degli approdi della giurisprudenza amministrativa, ha affermato il seguente principio di diritto, peraltro già consolidato nella giurisprudenza: l'ordine di demolizione conseguente alla sentenze di condanna, previsto dall'art. 31, comma 9, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, pur se relativo ad interventi edilizi di prosecuzione e/o di completamento di un pregresso abuso dichiarato estinto per prescrizione e in relazione al quale il precedente ordine demolitorio era stato revocato, deve comunque essere eseguito sull'immobile considerato nella sua interezza.

Tale impostazione ha avuto ulteriore seguito nelle successive sentenze Sez. 3, n. 4758 del 20/12/2023, dep. 2024, Petrazzuolo, non mass, e Sez. 3, n. 690 del 11/10/2023, dep. 2024, Favicchio, non massimata.

Pertanto, un ordine di demolizione pronunciato in una sentenza penale irrevocabile rimane eseguibile anche quando ulteriori ordini di demolizione aventi ad oggetto il medesimo immobile siano caducati per la declaratoria di prescrizione del reato oggetto di accertamento nel diverso processo (Sez. 3, n. 46197 del 26/09/2023, Giaquinto, non massimata).

Va rilevato, infatti, sotto il profilo sistematico, che l'ordine di demolizione impartito da una sentenza divenuta irrevocabile, che ha indubbia funzione ripristinatoria e non sanzionatoria (Sez. 3, n. 3979 del 21/09/2018, dep. 2019, Cerra S.r.l., cit.), costituisce titolo autosufficiente rispetto ad altri ordini di demolizione aventi il medesimo oggetto, ma emessi in conseguenza di altre condotte. Invero, ogni ordine di demolizione pronunciato dal giudice penale *ex* art. 31, comma 9, d.P.R. n. 380 del 2001 viene emesso all'esito di un giudizio avente ad oggetto uno specifico fatto sussunto in una delle fattispecie di cui all'art. 44 d.P.R. cit., e si riferisce alle opere realizzate con quella specifica condotta. Sicché la caducazione di ulteriori ordini di demolizione per ragioni determinate dall'esito dei processi nei quali questi ultimi erano stati emessi non esplica alcuna incidenza in ordine alla efficacia di quello "cristallizzato" in una sentenza di condanna irrevocabile.

Sotto il profilo delle conseguenze, poi, una diversa opzione ermeneutica determinerebbe un effetto "criminogeno", in quanto potrebbe costituire un incentivo a commettere condotte di illecita prosecuzione dei lavori abusivi nella speranza di ottenere una causa di estinzione del reato, e così di paralizzare una statuizione altrimenti definitivamente eseguibile.

Ancora, identica conclusione appare già enunciata in un precedente, nel quale si afferma che è legittimo l'ordine di demolizione dell'intero manufatto, anche se per alcune opere meramente complementari (nella specie, casse formi armate dirette alla sopraelevazione) era in precedenza intervenuta revoca dell'ordine di demolizione, conseguente a declaratoria di estinzione del reato per prescrizione (Sez. 3, n. 38947 del 09/07/2013, Amore, Rv. 256431-01).

Piuttosto, in sede di esecuzione potrebbe essere necessario verificare se le condotte oggetto del processo in relazione al quale è emesso l'ordine di demolizione poi caducato, siccome diverse da quelle giudicate nel processo definito con sentenza di condanna penale irrevocabile, abbiano comportato la realizzazione di opere strutturalmente autonome rispetto a quelle oggetto del provvedimento di abbattimento contenuto in quest'ultima decisione. Ed infatti, se l'ordine di demolizione caducato ha ad oggetto opere strutturalmente autonome da quelle interessate dal provvedimento rimasto fermo, le prime non potranno essere demolite.

Se, invece, l'ordine di demolizione caducato ha ad oggetto opere rispetto alle quali quelle interessate dal provvedimento da eseguire costituiscono un completamento o una prosecuzione, anche le prime dovranno essere demolite, proprio in applicazione del principio dell'unitarietà dell'abuso.

In questo senso, del resto, si è ripetutamente pronunciata la giurisprudenza, secondo la quale l'ordine di demolizione del manufatto abusivo, previsto dall'art. 31, comma 9, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, riguarda l'edificio oggetto del procedimento che ha dato vita al titolo esecutivo ma anche ogni altro intervento, che, per la sua accessorietà all'opera abusiva, renda ineseguibile l'ordine medesimo, non potendo consentirsi che eventuali ulteriori edificazioni possano, in qualche modo, ostacolare l'integrale attuazione dell'ordine giudiziale (Sez. 3, n. 6049 del 27/09/2016, dep. 2017, Molinari, Rv. 268831-01).

Nel verificare l'unitarietà o la pluralità degli interventi edilizi, peraltro, non può tenersi conto del mero profilo strutturale, afferente alle tecniche costruttive del singolo manufatto, ma deve prendersi in esame anche l'elemento funzionale, al fine di verificare se le varie opere, pur strutturalmente separate, siano, tuttavia, strumentali al perseguimento del medesimo scopo pratico, consentendo la realizzazione dell'interesse sostanziale sotteso alla loro realizzazione. E che "qualora le opere abusive siano tra loro connesse, dando luogo ad un intervento unitario, l'istante è tenuto a scegliere tra l'integrale ripristino dello stato dei luoghi, mediante la demolizione e rimozione di tutte le opere accertate come abusive dall'Amministrazione, ovvero la presentazione dell'istanza di accertamento di conformità riferita al complessivo intervento abusivo, unitariamente considerato, sempre che lo stesso sia conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente al momento della sua realizzazione e al momento dì presentazione della domanda" (Cons. St., sez. 6, n. 1848 del 16/03/2020).

In definitiva, l'abuso prescritto non è parificato all'abuso sanato né l'intervenuta sentenza di prescrizione, con la relativa revoca dell'ordine giudiziale di demolizione, determina la formazione di un giudicato favorevole all'imputato e da questi utilmente spendibile. La realizzazione di ulteriori interventi abusivi costituisce la prosecuzione della originaria condotta abusiva commessa attraverso la sistematica violazione di sigilli.

8. Ordine di demolizione e sospensione condizionale della pena.

Per Sez. 3, n. 5494 del 14/12/2023, dep. 2024, Infante, Rv. 285946-01, in tema di reati edilizi, l'ordine di demolizione del manufatto abusivo, alla cui esecuzione è subordinato il beneficio della sospensione condizionale della pena, concesso per più reati unificati sotto il vincolo della continuazione, non diviene ineseguibile per effetto dell'estinzione per prescrizione della frazione di pena ascrivibile ad uno dei reati.

Nella fattispecie posta all'attenzione della Corte di cassazione, la sospensione condizionale della pena era stata concessa per tutti i reati oggetto di condanna, sicché mentre era prescritta la frazione di pena applicata a titolo di continuazione per la contravvenzione, non altrettanto poteva dirsi per quella applicata in ordine al delitto.

L'estinzione della pena applicata per la contravvenzione non determina l'estinzione anche della condizione cui è subordinata la sospensione condizionale della pena irrogata (anche) per il delitto: l'estinzione della pena non fa venir meno le conseguenze dannose o pericolose del reato alla cui eliminazione è stata subordinata la concessione della sospensione condizionale della pena, né muta le basi fattuali del giudizio prognostico espresso dal giudice; l'estinzione della pena ascrivibile alla contravvenzione determina la non eseguibilità della relativa frazione ma non della condizione cui era subordinato il beneficio della sospensione della pena, non estinta, relativa al delitto.

9. Omessa statuizione dell'ordine di demolizione e rimedi esperibili.

Sez. 3, n. 872 del 14/12/2023, dep. 2024, Migliaccio, Rv. 285734-01, ha precisato che l'omessa statuizione, nel decreto penale di condanna, dell'ordine di demolizione costituisce un *error in iudicando*, emendabile solo attraverso l'impugnazione della decisione, sicché, ove risultino decorsi i termini entro cui può essere proposto, dalla parte interessata, il ricorso per cassazione, non può disporre tale ordine il giudice che ha emesso il decreto penale con la procedura di correzione di errore materiale di cui all'art. 130 cod. proc. pen., in quanto non ne ricorrono i presupposti, né può procedere in tal senso il giudice dell'esecuzione, esulando l'emissione di tale ordine dalle "altre competenze" tassativamente indicate dall'art. 676 cod. proc. pen.

Pertanto, non può invocarsi la procedura della correzione dell'errore materiale, la quale opera unicamente laddove si tratti, come espressamente enunciato dall'art. 130 cod. proc. pen., di correggere errori od omissioni che non determinano nullità e la cui eliminazione non comporta una modificazione essenziale dell'atto, giacché l'applicazione dell'ordine di demolizione presuppone comunque un'attività ricognitiva da parte del giudice di merito.

L'omessa statuizione dell'ordine di demolizione rappresenta perciò un *error in iudicando*, emendabile soltanto attraverso l'impugnazione della sentenza o del decreto penale di condanna (Sez. 3, n. 33642 del 21/04/2022, Laudani, Rv. 283473-01; Sez. 3, n. 12950 del 25/01/2021, Mirra, Rv. 281240-01).

Neppure può ottenersi in sede di esecuzione l'integrazione della decisione. Si è in proposito osservato che l'art. 676 cod. proc. pen. individua le "altre competenze" del Giudice dell'esecuzione (non espressamente previste dalle precedenti norme) con una elencazione che deve considerarsi tassativa dopo la eliminazione della locuzione "provvede altresì in casi analoghi" che figurava nello originario testo dell'articolo. Consegue che la demolizione, non disposta in sentenza (e per quanto detto, anche nel decreto penale di condanna), non può essere ordinata successivamente alla formazione del giudicato in sede esecutiva e va ribadito che l'unico rimedio esperibile è l'impugnazione del P.M.

Altro orientamento di legittimità al contrario osserva che l'omissione, in sentenza, di statuizioni obbligatorie a carattere accessorio e a contenuto predeterminato come la demolizione di immobili abusivi o la rimessione in pristino dello stato dei luoghi per le violazioni paesaggistiche, non attenendo ad una componente essenziale dell'atto non integra una nullità, o un *error in iudicando*, ed è, pertanto, emendabile con il procedimento di correzione dell'errore materiale *ex* art. 130 cod. proc. pen. dal giudice che ha pronunciato la sentenza di condanna o dal giudice dell'impugnazione ove questa non sia inammissibile tranne la sussistenza di presupposti impeditivi alla demolizione non valutati dal giudice della cognizione che devono essere prospettati in sede di impugnazione (Sez. 3, n. 36227 del 30/06/2021, Russo, non massimata; Sez. 3, n. 40340 del 27/05/2014, Bognanni, 260421-01, fattispecie in cui la Corte ha giudicato corretta la sentenza di appello che, pronunciandosi all'esito del giudizio di impugnazione, ha proceduto alla correzione di errore materiale della sentenza di primo grado laddove questa aveva impartito l'ordine di demolizione di un manufatto abusivo solo nella motivazione e non anche nel dispositivo di condanna).

10. Ordine di demolizione e controllo in via incidentale della legittimità del permesso a costruire in sanatoria.

L'inerzia dell'amministrazione e la inefficienza, le carenze e le disfunzioni della sua azione giustificano la supplenza giudiziaria in tema di misure repressive e sanzionatorie dell'attività abusiva, come per esempio per le demolizioni degli immobili abusivi.

Il controllo attraverso la quale il giudice penale ha potenziato il suo sindacato sugli atti amministrativi è rappresentata dalla declaratoria di disapplicazione dell'atto amministrativo, ritenuto illegittimo. La conseguente inidoneità dell'atto ad esplicare efficacia, nella vicenda sottoposta al giudice penale, implica la configurazione del reato avendo il privato posto in essere una condotta senza il preventivo assenso dell'amministrazione, con autorizzazione o concessione.

La Corte di cassazione ha precisato che anche per la materia dell'esecuzione e in particolare delle demolizioni, trova applicazione il principio secondo cui, in tema di reati edilizi, il giudice penale ha il potere-dovere di verificare in via incidentale la legittimità del permesso di costruire in sanatoria e la conformità delle opere agli strumenti urbanistici, ai regolamenti edilizi ed alla disciplina legislativa in materia urbanistico-edilizia, senza che

ciò comporti l'eventuale "disapplicazione" dell'atto amministrativo ai sensi dell'art. 5 della legge 20 marzo 1865 n. 2248, allegato E, atteso che viene operata una identificazione in concreto della fattispecie con riferimento all'oggetto della tutela, da identificarsi nella salvaguardia degli usi pubblici e sociali del territorio regolati dagli strumenti urbanistici (Sez. 4, n. 40704 del 06/11/2024, Pagano, non massimata; Sez. 3, n. 46477 del 13/07/2017, Menga e altri, Rv. 273218-01).

In particolare, spetta al giudice della esecuzione che sia stato investito della questione afferente alla perdurante eseguibilità dell'ordine di demolizione disposto ai sensi dell'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001 il potere di verificare se l'eventuale provvedimento amministrativo, adottato successivamente alla definizione del procedimento penale in esito al quale è stato impartito l'ordine di demolizione sia o meno legittimo, in quanto solo nel primo caso esso ha il potere di rendere inoperante l'ordine di questione (Sez. 3, n. 25485 del 18/06/2009, Consolo, Rv. 243905-01), un tale potere ha esclusivamente una valenza – limitata all'ambito del giudizio in cui esso viene spiegato – di carattere incidentale, conferendo al giudice ordinario non già la potestà di annullare l'ordine del quale egli abbia, eventualmente ritenuto la illegittimità, ostando a ciò l'ordinario criterio di riparto dei poteri giurisdizionali fra giudici ordinari e giudici amministrativi quale risulta tuttora scolpito nei suoi tratti generali dall'art. 2 dell'Allegato E) della legge n. 2248 del 1865, abolitiva del contenzioso amministrativo, ma solo quella di conoscere, appunto, incidentalmente della legittimità dell'atto in esame e, ove lo ritenga illegittimo, disapplicarlo e procedere nella esplicazione delle sue competenze di istituto come se quello non fosse mai esistito, in tale senso, infatti, l'art. 5 del ricordato Allegato E della legge n. 2248 del 1865 (Sez. 3, n. 40551 del 12/07/2024, Di Costanzo e altro, non massimata).

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte EDU:

Corte EDU, n. 35780/18 del 27/08/2024, Longo c/Italia;
Corte EDU, n. 44817/2018 del 04/08/2020, Kaminskas c. Lituania;
Corte EDU, n. 46577/15 del 21/04/2016, Ivanova e Cherkezov c. Bulgaria;
Corte EDU, n. 21861/03 del 27/11/2007, Hamer c. Belgio;
Corte EDU, n. 4251/02, dell'08/11/2005, Saliba c. Malta.

Sentenze della Corte di cassazione:

Sez. 3, n. 41438 del 12/11/2024, I. R., non massimata;
Sez. 4, n. 41413 del 12/11/2024, Cioce, non massimata;
Sez. 3, n. 41169 del 07/11/2024, Pizzo e altri, non massimata;
Sez. 4, n. 40704 del 06/11/2024, Pagano, non massimata;
Sez. 3, n. 40551 del 12/07/2024, Di Costanzo e altro, non massimata;
Sez. 3, n. 39602 del 03/10/2024, Romano, Rv. 287019-01;
Sez. 3, Sentenza n. 37245 del 17/04/2024, Russo, Rv. 286887-01;
Sez. 4, n. 17706 del 24/04/2024, Macchiarolo, non massimata;
Sez. 3, n. 29117 del 17/04/2024, Aurioso, Rv. 286731-01;
Sez. 3, n. 16470 del 28/03/2024, Di.Mo.Lat. s.a.s. di Bacco Antonio, Rv. 286151-01;
Sez. 3, n. 14651 del 21/03/2024, Cordiano, non massimata;
Sez. 3, n. 20027 del 20/03/2024, Sommella, non massimata;
Sez. 3, n. 2785 del 23/01/2024, De Simone, Rv. 285743-01;
Sez. 3, n. 17809 del 18/01/2024, PMT C\Mazzeo, Rv. 286308-01;
Sez. 3, n. 4758 del 20/12/2023, dep. 2024, Petrazzuolo, non massimata;
Sez. 3, n. 871 del 14/12/2023, dep. 2024, Rongo e altri, non massimata;
Sez. 3, n. 870 del 14/12/2023, dep. 2024; Velluso e altra, non massimata;
Sez. 3, n. 869 del 14/12/2023, dep. 2024, Cutolo, Rv. 285733-01;
Sez. 3, n. 11171 del 14/12/2023, dep. 2024, Pollastro, Rv. 286047-01;
Sez. 3, n. 5494 del 14/12/2023, dep. 2024, Infante, Rv. 285946-01;
Sez. 3, n. 872 del 14/12/2023, dep. 2024, Migliaccio, Rv. 285734-01;
Sez. 3, n. 48820 del 02/11/2023, F., Rv. 285756-02;
Sez. 3, n. 690 del 11/10/2023, dep. 2024, Favicchio, non massimata;
Sez. 3, n. 43236 del 11/10/2023, La Menza ed altro, non massimata;
Sez. 3, n. 46197 del 26/09/2023, Giaquinto, non massimata;
Sez. 3, n. 17418 del 04/04/2023, Vicinanza, Rv. 284661-01;
Sez. 3, n. 21198 del 15/02/2023, Esposito, Rv. 284627-01;
Sez. 3, n. 19424 del 09/01/2023, Sorrentino, non massimata;
Sez. 3, n. 37926 del 01/07/2022, Fondi, non massimata;
Sez. 3, n. 33642 del 21/04/2022; Laudani, Rv. 283473-01;
Sez. 3, n. 5822 del 18/01/2022, D'Auria, Rv. 282950-01;
Sez. 3, n. 43608 del 08/10/2021, Giacchini, non massimata;

Sez. 3, n. 36227 del 30/06/2021, Russo, non massimata;
Sez. 3, n. 12950 del 25/01/2021, Mirra, Rv. 281240-01;
Sez. 3, n. 35835 del 03/11/2020, Santoro ed altro, non massimata;
Sez. 3, n. 2532 del 12/01/2022, Esposito, non massimata;
Sez. 3, n. 4021 del 18/12/2020, dep. 2021, Campolungo, Rv. 280916-01;
Sez. 3, n. 14764 del 19/02/2020, Vagnato, non massimata;
Sez. 3, n. 18576 del 04/12/2019, dep. 2020, Mattera, Rv. 279501-01;
Sez. 3, n. 7399 del 13/11/2019, dep. 2020, Calise, Rv. 278090-01;
Sez. 3, n. 48026 del 10/10/2019, Casola, Rv. 277349-01;
Sez. U, n. 28911 del 28/09/2019, Massaria, Rv. 275953-02;
Sez. 3, n. 48021 del 11/09/2019, Giordano, Rv. 277994-01;
Sez. 3, n. 35203 del 18/06/2019, Centioni, Rv. 277500-01;
Sez. 3, n. 36215 del 15 maggio 2019, Sorini, Rv. 277582-01;
Sez. 3, n. 30547 del 06/03/2019, Chiocchio, Rv. 276274 -01;
Sez. 3, n. 19918 del 20/02/2019, Mercaldo, non massimata;
Sez. 3, n. 55373 del 21/11/2018, Armeli, non massimata;
Sez. 3, n. 3979 del 21/09/2018, dep. 2019, Cerra S.r.l., Rv. 275850-01;
Sez. 3, n. 24882 del 26/04/2018, Ferrante, Rv. 273368-01;
Sez. 3, n. 2280 del 24/11/2017, dep. 2018, Lo Buono, Rv. 271769-01;
Sez. 3, n. 46477 del 13/07/2017, Menga e altri, Rv. 273218-01;
Sez. 3, n. 1163 del 15/11/2016, dep. 2017, Notarstefano, Rv. 268737-01;
Sez. 3, n. 6049 del 27/09/2016, dep. 2017, Molinari, Rv. 268831-01;
Sez. 3, n. 55295 del 22/09/2016, Fontana, Rv. 268844-01;
Sez. 3, n. 45432 del 25/05/2016, Ligorio, Rv. 268133-01;
Sez. 3, n. 23718 del 08/04/2016, Pacera, Rv. 267676-01;
Sez. 3, n. 49331 del 10/11/2015, Delorier, Rv. 265540-01;
Sez. 3, n. 36387 del 07/07/2015, Formisano, Rv. 264736-01;
Sez. 3, n. 47402 del 21/10/2014, Chisci, Rv. n. 260972-01;
Sez. 3, n. 40340 del 27/05/2014, Bognanni, 260421-01;
Sez. 3, n. 38947 del 09/07/2013, Amore, Rv. 256431-01;
Sez. 3, n. 3456 del 21/11/2012, dep. 2013, Oliva, Rv. n. 254426 01
Sez. 3, n. 41079 del 20/09/2011, Latone, Rv. 251290-01;
Sez. 3, n. 37906 del 22/05/2012, Mascia ed altro, non massimata;
Sez. 3, n. 41079 del 20/09/2011, Latone, Rv. 251290-01;
Sez. 3, n. 19742 del 14/04/2011, Mercurio, Rv. 250336-01;
Sez. 3, n. 22237 del 22/04/2010, Gotti, Rv. 247653-01;
Sez. 3, ordinanza n. 24272 del 24/03/2010, Abagnale, Rv. 247685-01;
Sez. U, civ., n. 23317 del 04/11/2009, Rv. 609701-01;
Sez. 3, n. 48925 del 22/10/2009, Viesti e altri, Rv. 245918-01;
Sez. 3, n. 47281 del 21/10/2009, Arrigoni, Rv. 245403-01;
Sez. 3, n. 39322 del 13/07/2009, Berardi, Rv. 244612-01;
Sez. 3, n. 25485 del 18/06/2009, Consolo, Rv. 243905-01;

Sez. 3, n. 39075 del 21/05/2009, Bifulco, Rv. 244891-01;
Sez. 3, n. 35919 del 26/06/2008, Savoni, Rv. 241094-01;
Sez. U, n. 18253 del 24/04/2008, Tchmil, Rv. 239397-01;
Sez. 3, n. 41577 del 20/09/2007, Ferraioli, Rv. 238258-01
Sez. 3, n. 22853 del 29/03/2007, Coluzzi, Rv. 236880-01;
Sez. 3. n. 37120 del 11/05/2005, Morelli, Rv. 232175-01;
Sez. 3, n. 32211 del 29/05/2003, Di Bartolo, Rv. n. 225548-01
Sez. 3, n. 1961 del 12/05/2000, Masiello, Rv. 216991-01;
Sez. 3, n. 3720 del 24/11/1999, dep. 2000, Barbadoro, Rv. 215601-01;
Sez. U, n. 9616 del 24/03/1995, Boido, Rv. 202018-01;
Sez. 6, n. 6337 del 10/03/1994, Sorrentino, Rv. 198511-01;
Sez. U, n. 6203 del 11/05/1993, Amato, Rv. 193743-01.

Sentenze del giudice amministrativo:
Cons. St., sez. 2, n. 7523 dell'11/09/2024;
Cons. St., sez. 6, n. 1563 del 16/02/2024;
Cons. St., sez. 6, n. 527 del 16/01/2024;
Cons. St., sez. 6, n. 3587 del 07/04/2023;
Cons. St., sez. 7, n. 109 del 03/01/2023;
Cons. St., sez. 6, n. 6425 del 22/07/2022;
Cons. St., sez. 4, n. 1827 del 15/03/2022;
Cons. St., sez. 6, n. 7061 del 16/11/2020;
Cons. St., sez. 2, n. 7008 del 13/11/2020;
Cons. St., sez. 6, n. 1848 del 16/03/2020;
Cons. St., sez. 2, n. 1766 del 12/03/2020;
Cons. St., Sez. 6, n. 3048 del 22/05/2018;
Cons. St., sez. 6, n. 3391 del 10/07/2017;
C.G.A.R.S., n. 642 del 27/06/2016;
Cons. St., sez. 6, n. 2211 del 04/05/2015;
Cons. St., Sez. 4, n. 4287 del 30/07/2012;
Cons. St., sez. 6, n. 3206 del 30/05/2011;
Cons. St., sez. 4, n. 2266 del 12/04/2011;
Cons. St., sez. 4, n. 6545 del 27/10/2009.

CAPITOLO III

LA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ IN TEMA DOLO NEI REATI TRIBUTARI

(di Maria Cristina Amoroso)

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il dolo nel delitto di emissione di fatture per operazioni inesistenti. – 3. Il dolo nel delitto di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti. – 4. Il dolo nel delitto di indebita compensazione. – 4. Il dolo nel delitto di dichiarazione infedele.

1. Premessa.

Nell'anno 2024, si sono registrate numerose decisioni in tema di dolo nei reati tributari. In più d'una occasione la Suprema Corte ha chiarito il significato della locuzione "al fine di evadere le imposte". Le pronunce hanno riguardato i delitti di emissione di fatture per operazioni inesistenti, dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, di indebita compensazione e il delitto di dichiarazione infedele.

2. Il dolo nel delitto di emissione di fatture per operazioni inesistenti.

La decisione di **Sez. 3, n. 42819 del 01/10/2024, Giardino Alfonso, Rv. 287093-01** ha affrontato il tema della determinazione del contenuto del dolo specifico del reato di emissione di fatture per operazioni inesistenti.

La vicenda processuale sottoposta all'attenzione della Corte ha indotto i Giudici della terza Sezione a verificare se la locuzione "al fine di evadere le imposte" possa essere intesa nel senso di considerare sussistente tale finalità anche quando il soggetto emittente rilasci le fatture per perseguire un proprio interesse, nella consapevolezza che il destinatario, nel momento in cui le riceve, programmi concretamente di utilizzarle per conseguire un'indebita evasione delle imposte dirette o dell'IVA.

La Terza Sezione ha fornito al quesito risposta affermativa.

Nella fattispecie la società ricorrente provvedeva all'emissione di fatture relative ad operazioni inesistenti ed erogazione in denaro contante a favore di ditte compiacenti, che, a loro volta, restituivano tramite bonifici bancari, importi maggiori di quelli corrisposti in forma "liquida", nella misura determinata in considerazione del risparmio che queste ultime avrebbero potuto conseguire deducendo l'IVA "scaricabile" mediante l'utilizzo di tali fatture.

Dagli atti di causa emergeva chiaramente, tanto da essere incontestata, la consapevolezza in capo alla società emittente della fittizietà delle operazioni indicate nelle fatture, della finalità delle ditte riceventi di utilizzare la documentazione contabile ai fini di risparmio fiscale, e, conseguentemente, dell'importo che le stesse avrebbero dovuto restituire con bonifici a fronte dei contanti ricevuti.

L'*incipit* della pronuncia è costituito dalla rievocazione del costante insegnamento della giurisprudenza di legittimità secondo il quale per la sussistenza del dolo necessario per la configurabilità del reato di emissione di fatture per operazioni inesistenti non è necessario che il fine di favorire l'evasione fiscale di terzi attraverso l'utilizzo delle fatture emesse sia esclusivo, potendo integrare detto elemento soggettivo anche la condotta commessa per conseguire un concorrente profitto personale.

Si chiarisce che il dolo specifico di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto o di consentire l'evasione fiscale di terzi non si identifica nell'interesse o movente, quale

causa diretta che abbia eventualmente spinto l'agente a commettere il reato, ma si riferisce allo scopo della condotta (cfr. Sez.7, n. 9439 del 06/12/2019, dep. 2020, Zanghi, Rv. 278872-01, relativa al reato di occultamento o distruzione di documenti contabili, in fattispecie nella quale la condotta era indicata come finalizzata a commettere reati di truffa). Pertanto, il fine di perseguire un risultato, sotto il profilo psicologico, può essere integrato anche dalla consapevolezza, da parte del soggetto agente, della obiettiva direzione e della concreta idoneità della sua condotta a realizzare detto risultato come conseguenza certa o comunque altamente probabile della stessa, e della volontà, ciononostante, di attuare tale condotta. Invero, come ripetutamente sottolineato anche dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite in materia di delitto tentato, nel caso in cui il soggetto agente consideri l'evento potenzialmente derivante dalla sua condotta come certo o altamente probabile, egli lo accetta, e, quindi, lo vuole, indipendentemente dalla sua mancata verificazione (così, per tutte, Sez. U, n. 3571 del 14/02/1996, Mele, Rv. 204167-01, e Sez. U, n. 748 del 12/10/1993, dep. 1994, Cassata, Rv. 195804- 01).

Soffermandosi specificamente sul significato della locuzione "al fine di «consentire» l'evasione a terzi", la Terza Sezione afferma che tale fine può essere identificato in quello di "permettere" l'evasione a terzi, e, quindi, nel fine di mettere a disposizione degli stessi uno strumento, le fatture per operazioni inesistenti, utile a realizzare l'evasione.

Sulla base di quanto osservato la Corte ha dunque concluso che la consapevolezza, nel soggetto emittente fatture per operazioni inesistenti, dell'alta probabilità dell'uso delle stesse da parte di coloro che le ricevono al fine di evadere le imposte, implica, nel medesimo, la consapevolezza e volontà di realizzare di una condotta finalizzata a consentire l'evasione, posto che formare una fattura relativa ad operazioni inesistenti per poi consegnarla ad altro soggetto, prevedendone come certo o altamente probabile il successivo utilizzo da parte del medesimo a fine di risparmio delle imposte, significa "voler" mettere a disposizione del destinatario un "mezzo" fisiologicamente funzionale ad "abbatterne" il carico fiscale, nella consapevolezza della concreta prospettiva di tale futuro utilizzo, e, quindi, "volere" emettere il documento mendace (anche) al fine di "permettere" a terzi l'evasione.

3. Il dolo nel delitto di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti.

In una ulteriore pronuncia, **Sez. 3, n. 37131 del 04/07/2024, Pandolfini, Rv. 287020-01**, la Suprema Corte si è soffermata sulla natura del dolo necessario ai fini della configurabilità del delitto di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, sottolineandone la natura composita, dovendo essere la condotta sorretta sia dal dolo generico, sia dal dolo specifico.

In particolare, il dolo generico consiste nella indicazione, in una delle dichiarazioni relative a dette imposte, di elementi passivi fittizi, avvalendosi di fatture o altri documenti per operazioni soggettivamente inesistenti, come recita la contestazione; l'agente, quindi, deve deliberatamente indicare nella dichiarazione fiscale elementi passivi che sa essere fittizi, avvalendosi di fatture o altri documenti per operazioni della cui soggettiva inesistenza è consapevole. Tale forma di dolo è compatibile con una situazione di dubbio, dell'agente, posto che in tal modo egli comunque accenta così l'eventualità che gli elementi passivi, indicati nelle dichiarazioni, siano fittizi versando sicuramente in dolo eventuale l'agente, che, in una situazione di dubbio non risolto circa la fittizietà, come poi si accerta, degli elementi passivi, decide comunque di indicarli nella dichiarazione fiscale.

Il dolo specifico costituito dal "fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto", invece, che non sostituisce, ma si affianca al dolo generico, rappresenta la finalità che deve

animare la condotta dell'agente, il cui concreto conseguimento, tuttavia, non è necessario per la consumazione del reato, né essa deve essere necessariamente esclusiva, ben potendo concorrere con altre finalità.

4. Il dolo nel delitto di indebita compensazione.

Nella decisione **Sez. 3, n. 24254 del 14/02/2024, Bonicelli, Rv. 286560-02**, la Suprema Corte ha analizzato il dolo specifico di evasione dell'imposta richiesto ai fini dell'integrazione del reato di cui all'art. 10-quater d.lgs. n. 74 del 2000.

Nel caso sottoposto all'attenzione dei giudici di legittimità l'imputato, quale legale rappresentante di una società, aveva omesso di versare le somme dovute a titolo di imposta per l'anno in contestazione portando in compensazione un credito IVA relativo ad anni precedenti di ingente importo, non risultante dalla relativa dichiarazione annuale. Nella fattispecie, la decisione di compensare i crediti era stata presa prima che egli assumesse la carica di amministratore pro-tempore, ed era stata preceduta adempimenti formali successivamente rivelatisi non corretti.

Nel motivo di ricorso relativo alla sussistenza dell'elemento soggettivo, l'imputato deduce l'inosservanza e l'erronea applicazione dell'art. 43 cod. pen. in relazione al dolo specifico di evasione dell'imposta richiesto ai fini dell'integrazione del reato di cui all'art. 10-quater d.lgs. n. 74 del 2000, lamentando il malgoverno degli elementi di prova da lui indicati a sostegno della propria assoluta buona fede e della regolarità della cessione del credito che la Corte di appello ha ritenuto superabili ipotizzando il dolo eventuale insito nell'accettazione del rischio della inesistenza (o comunque non spettanza) del credito portato in compensazione.

In difesa della propria posizione, deduce che prima della assunzione della carica aveva effettuato tutti i controlli del caso, anche in relazione agli adempimenti fiscali, avendo agito nella piena consapevolezza di dar corso ad una operazione deliberata in sede assembleare e garantita da una perizia asseverata da un professionista.

Rappresenta che al momento del fatto egli non avrebbe in alcun modo potuto rappresentarsi un quadro diverso da quello certificato da una perizia redatta da un noto professionista e deliberata in sede di specifica assemblea dinanzi ad un notaio. Tutta l'operazione, quindi, nella prospettiva difensiva non solo era stata ideata, concretizzata e conclusa da persone diverse, ma era stata anche certificata da professionisti di fiducia scelti dal precedente amministratore senza che egli abbia mai potuto in qualche modo influire, cooperare o assumere qualsiasi decisione in proposito, essendosi comportato da mero esecutore di decisioni altrui.

In mancanza di spiegazioni alternative della condotta da parte dell'imputato, mai comparso in giudizio, la Terza Sezione ha desunto dalla complessiva entità degli importi da lui compensati nel pur breve periodo di amministrazione della società, dal ricorso deliberato e reiterato al mezzo illecito e fraudolento della compensazione, la sussistenza dell'elemento soggettivo, quantomeno, ipotizzando che l'imputato si fosse prestato al compimento di operazioni illecite ordite da terzi, nella forma del dolo eventuale.

Soffermandosi del tema del propria consapevolezza della inesistenza, o comunque non spettanza, del credito utilizzato in compensazione, e non avendo il ricorrente devoluto in appello il tema del dolo specifico del reato, la Suprema Corte ha rigettato il ricorso proposto affermando che sussiste in capo al cessionario l'obbligo, prodromico all'utilizzo in compensazione un credito di imposta, di verificare le condizioni oggettive e formali che consentono l'utilizzo del credito stesso a fini estintivi del proprio debito e tale incombente fa carico a chi (e nel momento in cui) intende utilizzare il detto credito. Né la circostanza che

la cessione sia stata deliberata ed effettuata prima dell'assunzione della sua carica poteva esonerare il ricorrente dall'accertare la sussistenza delle condizioni formali per l'utilizzo del credito in compensazione al momento stesso dell'utilizzo.

5. Il dolo nel delitto di dichiarazione infedele.

Da ultimo merita menzione la decisione **Sez. 3, n. 42822 del 14/10/2024, Beninati, Rv. 287110-01** con la quale la Suprema Corte ha affrontato il tema dell'elemento soggettivo in occasione di una fattispecie relativa al delitto di dichiarazione infedele, di cui all'art. 4 d.lgs. 7 marzo 2000, n. 74, con indicazione di elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo, realizzata attraverso la cessione di rottami auriferi e gioielli d'oro in regime di inversione contabile (cd. "*reverse charge*") in assenza dei requisiti oggettivi e soggettivi previsti per accedervi.

Ai fini della contestazione della ritenuta sussistenza del dolo, il ricorrente ha dedotto di aver utilizzato il regime dell'inversione contabile dopo essersi affidato a più figure professionali per la predisposizione della dichiarazione e per la gestione della contabilità.

La Terza Sezione ha ribadito il principio secondo cui, in tema di reati tributari, il mero incarico ad un dipendente della società di occuparsi della contabilità non equivale a quella delega ufficiale e preventiva che sola può scagionare l'amministratore della società stessa, (Sez. 3, n. 7209 del 07/06/1991, Pisano, Rv. 188177-01), specificando che tale principio va letto in uno a quello espresso con riferimento al caso specifico del delitto di omessa dichiarazione, ma estensibile, per identità di *ratio*, anche al reato di cui all'art. 4 d.lgs., n. 74 del 2000, in base al quale l'affidamento ad un professionista dell'incarico di predisporre e presentare la dichiarazione annuale dei redditi non esonera il soggetto obbligato dalla responsabilità penale per il delitto di omessa dichiarazione, in quanto la norma tributaria considera come personale e non delegabile il relativo dovere, essendo unicamente delegabile la predisposizione e l'inoltro telematico dell'atto (Sez. 3, n. 9417 del 14/01/2020, Quattri, Rv. 278421-01).

In applicazione dei principi esposti, l'affidamento ad un professionista dell'incarico di predisporre (e presentare) la dichiarazione annuale dei redditi non esonera, in mancanza di deleghe, dalla responsabilità penale per il delitto di dichiarazione infedele il soggetto tenuto alla sua predisposizione e presentazione, che, nel caso di specie, è appunto l'imputato, rivestendo questi la veste di legale rappresentante della società e l'amministratore unico della stessa.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione:

Sez. 3, n. 7209 del 07/06/1991, Pisano, Rv. 188177-01;
Sez. U, n. 748 del 12/10/1993, dep. 1994, Cassata, Rv. 195804-01;
Sez. U, n. 3571 del 14/02/1996, Mele, Rv. 204167-01;
Sez. 3, n. 9417 del 14/01/2020, Quattri, Rv. 278421-01;
Sez.7, n. 9439 del 06/12/2019, dep. 2020, Zanghi, Rv. 278872-01;
Sez. 3, n. 24254 del 14/02/2024, Bonicelli, Rv. 286560-02;
Sez. 3, n. 37131 del 04/07/2024, Pandolfini, Rv. 287020-01;
Sez. 3, n. 42819 del 01/10/2024, Giardino Alfonso, Rv. 287093-01;
Sez. 3, n. 42822 del 14/10/2024, Beninati, Rv. 287110-01.

CAPITOLO IV

QUESTIONI IN MATERIA DI "DASPO"

(di Aldo Natalini)

Sommario: 1. Il DASPO nel quadro delle garanzie costituzionali. – 2. DASPO sportivo: presupposti soggettivi e ambito di applicazione. – 3. DASPO urbano: presupposti soggettivi e ambito di applicazione. – 4. Questioni in tema di controllo di legalità: l'onere di motivazione della decisione di convalida. – 5. Questioni in tema di contraddittorio cartolare: il termine dilatorio per il deposito di memorie difensive. – 5.1. Il regime di deducibilità della nullità di ordine intermedio. – 5.2. L'incertezza sulla tempestività della convalida giudiziale.

1. Il DASPO nel quadro delle garanzie costituzionali.

Nell'ambito della legislazione speciale, il D.A.Spo. (acronimo che sta per: "Divieto di Accedere a manifestazioni Sportive": d'ora in poi: "DASPO") è l'archetipo delle misure di prevenzione personali a contenuto ordinativo/interdittivo, comunemente dette "atipiche" perché caratterizzate da presupposti e modalità applicative peculiari, in ragione degli specifici scenari in cui sono destinate ad operare.

Nel panorama della giurisprudenza di legittimità in materia, il DASPO cd. "sportivo", come introdotto dall'art. 6 della legge 13 dicembre 1989, n. 401 e succ. modiff. al fine di infrenare gli episodi di violenza commessi in occasione di manifestazioni sportive esaurisce la quasi totalità delle decisioni edite nel **2024**, con l'eccezione di un arresto – il primo in assoluto – in tema di DASPO cd. "urbano" (espressione – impropria – comunemente utilizzata, in luogo dell'acronimo corretto "D.Ac.Ur.": "Divieto di Accesso alle aree Urbane").

Premesso che il DASPO sportivo di cui all'art. 6 della legge n. 401 del 1989 costituisce una misura di prevenzione che ha in ogni caso come presupposto una valutazione negativa sulla personalità del soggetto destinatario (cd. "daspato"), sotto il profilo delle garanzie costituzionali occorre distinguere due diversi livelli di intensità delle misure applicate comunque incidenti sulla libertà della persona di muoversi nello spazio, stante la minore incidenza per l'interessato del divieto di recarsi in un luogo determinato (cd. DASPO "semplice": art. 6, comma 1, legge n. 401 del 1989) rispetto all'obbligo di recarsi periodicamente presso un ufficio di polizia (cd. DASPO "con obbligo di firma": art. 6, comma 2, legge n. 401 del 1989).

La giurisprudenza della Corte costituzionale (cfr. da ultimo Corte cost. sent. n. 203 del 2024) è costante nel differenziare l'ipotesi, meno gravosa, in cui la misura di prevenzione si esaurisca nell'interdizione all'accesso nei luoghi in cui si svolgono manifestazioni sportive, da quella in cui a tale interdizione venga aggiunta, ai sensi del comma 2 del cit. art. 6, la prescrizione di comparire personalmente una o più volte in un ufficio di polizia, agli orari indicati, nel corso della giornata i cui si svolgono le manifestazioni sportive interdette (cd. obbligo di firma). Mentre il DASPO senza obbligo di firma, in ragione della sua «minore incidenza sulla sfera della libertà del soggetto», si risolve in una mera limitazione della libertà di circolazione ai sensi dell'art. 16 Cost. (Corte cost. sent. n. 193 del 1996) ed è soggetto al regime ordinario di impugnazione degli atti amministrativi innanzi al giudice amministrativo (cfr., sul punto, Sez. U, n. 44273 del 27/10/2004, Labbia, non massimata sul punto, in motiv.; Sez. U, n. 04441 del 29/11/2005, Zito, non massimata sul punto, in motiv.; Sez. 3, n. 11151 del 17/12/2008, dep. 2009, Marchesini e altro, Rv. 242988-01; Sez. 1, n. 14923 del

19/02/2004, Rocchi, Rv. 228896-01; Sez. 3, n. 49408 del 19/11/2009, Brocca, Rv. 245893-01; Sez. 3, n. 36276 del 04/05/2011, Ferretti, Rv. 251031-01; Sez. 3, n. 10977 del 28/01/2016, P.M. in proc. Balducci, Rv. 266488-01), il DASPO con obbligo di firma, avente carattere accessorio e strumentale, è connotato, da un lato, dalla funzione di assicurare l'effettiva osservanza del provvedimento del Questore e, dall'altro, è misura incidente sulla libertà personale del soggetto, cui impone uno specifico obbligo di *facere* consistente nella sua frequente presenza negli uffici di polizia, sicché è soggetto all'inderogabile controllo giurisdizionale di cui all'art. 13 Cost. (Corte cost. sent. n. 143 del 1996; Corte cost. sent. n. 144 del 1997; Corte cost. sent. n. 136 del 1998; Corte cost. sent. n. 512 del 2002; nel senso che esso, pertanto, si giustifica solo ed esclusivamente se, in base ad un giudizio prognostico negativo, sussiste il concreto pericolo di violazione del divieto: **Sez. 3, n. 19640 del 01/02/2024, Gentile, non massimata sul punto, in motiv. § 3**).

Vi è dunque un criterio di natura "quantitativa" che consente di cogliere la *ratio decidendi* sottesa ai ripetuti arresti del giudice delle leggi: il divieto di accedere in taluni luoghi specificamente individuati non pone in causa le garanzie dell'art. 13 Cost. perché lascia intatta la libertà della persona di recarsi, durante il tempo dello svolgimento delle manifestazioni interdette, in qualsiasi altro luogo e di fare ciò che più desidera; di contro, l'obbligo di presentarsi alla polizia in occasione di ogni manifestazione sportiva interdetta annulla quella libertà, precludendo all'interessato ogni diversa attività, e risulta così equiparabile, *quoad effectum*, alle restrizioni di libertà realizzate attraverso l'uso della coercizione fisica (Corte cost. sent. n. 203 del 2024, § 4.3).

A questa linea discretiva individuata dalla giurisprudenza costituzionale si orienta ormai da molti decenni il legislatore nel disegnare la disciplina delle misure di prevenzione (in genere), nell'evidente assunto che il divieto di recarsi in un certo luogo sia, di regola, meno gravoso per l'interessato rispetto all'obbligo di recarsi, o di rimanere, in un luogo determinato.

Quanto al DASPO sportivo, esso soggiace ad un procedimento di convalida giudiziale modellato sull'art. 13 Cost. soltanto nell'ipotesi, contemplata dal comma 2 del medesimo art. 6, in cui all'interessato venga imposto dal Questore, oltre che il divieto di accesso ai luoghi in cui si svolgono le manifestazioni sportive, anche l'obbligo positivo di comparire presso un ufficio di polizia negli orari in cui si svolgono tali manifestazioni. In tutte le altre ipotesi, nelle quali non si prevede alcun obbligo di recarsi in un luogo determinato, ma soltanto il divieto di accedere in determinati luoghi, nessuna convalida è normativamente prevista.

Analogamente la disciplina del DASPO "urbano" (recte: "DACUR") – introdotto col d.l. 20 febbraio 2017, n. 14, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 aprile 2017, n. 48 e succ. modif. al fine di tutelare la sicurezza di alcuni "luoghi-chiave" del contesto urbano e della vita comunitaria (quali (scuole, plessi scolastici, sedi universitarie, locali pubblici o aperti al pubblico, pubblici esercizi), proibendovi l'accesso di specifiche categorie di soggetti – prevede la convalida giudiziale, previa comunicazione alla locale Procura della Repubblica, soltanto nelle ipotesi qualificate del DASPO cd. "antispaccio" e "antirissa" recanti prescrizioni aggiuntive rispetto al (generico) divieto di accedere in determinati luoghi cittadini: si tratta dei provvedimenti amministrativi impositivi dell'obbligo (ulteriore) di presentazione contenute, rispettivamente, negli artt. 13 e 13-bis d.l. n. 14 del 2017, come modificato, da ultimo, dal d.l. 15 settembre 2023, n. 123, convertito, con modificazioni, in legge 13 novembre 2023, n. 159, alle quali si applicano, per espressa previsione del comma 5 della medesima disposizione, «in quanto compatibili», le disposizioni sul procedimento di convalida giurisdizionale previste dall'art. 6, commi 2-bis, 3 e 4, della legge n. 401 del 1989 (cfr. Corte

cost. sent. n. 47 del 2024 che, nello scrutinare la legittimità costituzionale al metro del solo art. 16 Cost. del divieto di accesso a specifiche aree urbane indicate dall'art. 10, comma 2, d.l. n. 14 del 2017, non accompagnato da alcun obbligo di facere, non ha posto in discussione l'implicita valutazione del rimettente di non applicabilità delle più stringenti garanzie di cui all'art. 13 Cost.).

2. DASPO sportivo: presupposti soggettivi e ambito di applicazione.

Ai sensi dell'art. 6 della legge n. 401 del 1989 e succ. modif., il divieto di avvicinamento ai luoghi dove si svolgono le manifestazioni sportive può essere adottato nei confronti di quattro tipologie di soggetti, vieppiù ampliatesi nel tempo:

1) coloro che risultano denunciati per avere preso parte attiva a episodi di violenza su persone o cose in occasione o a causa di manifestazioni sportive, o che nelle medesime circostanze abbiano incitato, inneggiato o indotto alla violenza;

2) coloro che, sulla base di elementi di fatto, risultino avere tenuto, anche all'estero, sia singolarmente sia in gruppo, una condotta evidentemente finalizzata alla partecipazione attiva a episodi di violenza, di minaccia o di intimidazione, tali da porre in pericolo la sicurezza pubblica o da creare turbative per l'ordine pubblico nelle medesime circostanze di cui sopra;

3) coloro che risultino denunciati o condannati, anche con sentenza non definitiva, nel corso dei cinque anni precedenti per alcuno dei reati di cui all'art. 4, comma 1 e 2, della legge 18 aprile 1975, n. 110, all'art. 5 legge 22 maggio 1975, n. 152, all'art. 2, comma 2, d.l. 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, agli artt. 6-bis, commi 1 e 2, e 6-ter della legge n. 401 del 1989, all'art. 2-bis d.l. 8 febbraio 2007, n. 8, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 aprile 2007, n. 41, o per alcuno dei reati contro l'ordine pubblico o di comune pericolo mediante violenza di cui al libro secondo, titoli V e VI, capo I, del codice penale o per il delitto di cui all'art. 588 cod. pen., ovvero per alcuno dei delitti di cui all'art. 380, comma 2, lett. *f)* e *h)*, cod. proc. pen., anche se il fatto non è stato commesso in occasione o a causa di manifestazioni sportive;

4) i soggetti di cui all'art. 4, comma 1, d.lgs. n. 6 settembre 2011, n. 159 (cod. antimafia), anche se la condotta non è stata posta in essere in occasione o a causa di manifestazioni sportive.

Mentre negli ultimi due gruppi viene in rilievo il cd. DASPO "fuori contesto", la cui applicazione prescinde da un collegamento diretto con lo svolgimento di manifestazioni sportive ma è correlata a un qualificato profilo di pericolosità sociale del destinatario, nei primi due casi il DASPO è ricollegato a comportamenti tenuti «*in occasione o a causa di manifestazioni sportive*»: in proposito, la giurisprudenza di legittimità ha esplicitato che, ai fini dell'applicazione della misura di prevenzione prevista dall'art. 6 della legge n. 401 del 1989, devono ricomprendersi tra le condotte commesse «*a causa di manifestazioni sportive*» non solo quelle tenute direttamente in occasione delle competizioni sportive, ma anche quelle a questa collegate da un rapporto di diretta e stretta causalità (Sez. 3, n. 05173 del 25/10/2023, Salustri, Rv. 285944-01, in motiv. § 1); in tale prospettiva, dunque, l'imposizione da parte del Questore di un provvedimento di DASPO amministrativo, con relative prescrizioni, è da considerare legittima «anche nel caso in cui gli atti di violenza siano stati realizzati non durante l'effettivo svolgimento della manifestazioni sportive, bensì in un momento diverso e non contestuale, a condizione che tali atti siano in rapporto di immediato e univoco nesso eziologico con essa» (Sez. 3, n. 05173 del 25/10/2023, cit., in motiv. § 3; conf. Sez. 3, n. 01767 del 07/04/2016, Flore, Rv. 269085-01: fattispecie relativa ad un'aggressione, compiuta da un gruppo di tifosi all'interno dell'impianto sportivo utilizzato

per gli allenamenti, nei confronti di giocatori ed allenatore di una squadra di calcio per contestarne il rendimento).

Superando un più risalente orientamento contrario, la giurisprudenza di legittimità ritiene da tempo senz'altro applicabile l'obbligo di comparire personalmente presso un ufficio o comando di polizia anche alle gare "amichevoli" che sia state programmate e pubblicizzate attraverso i normali strumenti di diffusione in modo da essere previamente conoscibili dall'interessato (Sez. 3, n. 11151 del 17/12/2008, dep. 2009, cit.; Sez. 3, n. 35557 del 11/05/2017, Zazzaro, Rv. 270788-01; Sez. 3, n. 08435 del 16/02/2011, Fratea, Rv. 249363-01), ad eccezione solamente degli incontri minori esclusi come tali dalla normale pubblicità, decisi in rapporto ad esigenze peculiari del momento e senza una preventiva programmazione (Sez. 3, n. 08435 del 16/02/2011, cit.; Sez. 3, n. 23958 del 04/03/2014, Valeri, Rv. 259659-01; Sez. 3, n. 35557 del 11/05/2017, cit.); ciò perché la carenza di previa conoscibilità delle partite (in particolare amichevoli) incide inevitabilmente sull'esigibilità dell'obbligo di presentazione all'autorità di P.S., mancando il requisito della determinabilità da parte del destinatario dell'obbligo medesimo (Sez. 3, n. 23958 del 04/03/2014, cit., in motiv., ribadita da **Sez. 3, n. 19640 del 01/02/2024, cit., in motiv. § 5.6**). D'altra parte – si è da ultimo precisato – il DASPO sportivo «non può che indicare in modo generico ed astratto le future manifestazioni sportive in occasione delle quali sorge il divieto di accedere agli impianti sportivi e di presentarsi all'autorità di P.S., non essendo materialmente possibile, ovviamente, che le specifichi una ad una, poiché anche una sempre possibile variazione del calendario può vanificare la portata prescrittiva del provvedimento. Quel che conta, dunque, è che siano stabiliti criteri oggettivi che consentano al destinatario del provvedimento, che ha l'onere di tenersi informato sul punto, di individuare con certezza quali siano questi incontri e quale sia, pertanto, la latitudine del precetto penalmente sanzionato» (**Sez. 3, n. 19640 del 01/02/2024, cit., in motiv. § 5.5**).

Il divieto di accedere a manifestazioni sportive con relativo obbligo di presentazione all'autorità di polizia, disposto dal Questore ai sensi dell'art. 6, comma 1, legge n. 401 del 1989, è ritenuto peraltro applicabile al soggetto autore di comportamenti, rientranti nella previsione normativa citata, anche se posti in essere nell'ambito di manifestazioni politiche (Sez. 3, n. 41501 del 28/06/2016, Orchide, Rv. 268241-01).

3. DASPO urbano: presupposti soggettivi e ambito di applicazione.

All'interno del Capo II del d.l. n. 14 del 2017 e succ. modiff. (intitolato «*Disposizioni a tutela della sicurezza e del decoro urbano*») sono stati via via inseriti plurimi istituti finalizzati alla protezione del decoro e dell'uso di alcuni luoghi chiave delle città, con l'intento di prevenire quelle condotte che ne impediscano l'accessibilità e la fruizione, con un meccanismo di tutela strutturato su più fasi, secondo una dinamica che implica la partecipazione e l'interazione di diversi attori istituzionali quali il Sindaco ed il Questore.

In particolare, gli artt. 9 e 10 d.l. n. 14 del 2017 configurano un sistema di tutela complesso, che prevede «*a tutela delle aree interne delle infrastrutture, fisse e mobili, ferroviarie, aeroportuali, marittime e di trasporto pubblico locale, urbano ed extraurbano, e delle relative pertinenze*» (art. 9, comma 1), nonché delle ulteriori «*aree urbane su cui insistono presidi sanitari, scuole, plessi scolastici e siti universitari, musei, aree e parchi archeologici, complessi monumentali o altri istituti e luoghi della cultura o comunque interessati da consistenti flussi turistici, aree destinate allo svolgimento di fiere, mercati, pubblici spettacoli, ovvero adibite a verde pubblico*», come individuate dai regolamenti di polizia urbana (art. 9, comma 3):

- una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 100 a euro 300, con contestuale ordine di allontanamento dal luogo in cui sono state commesse le condotte «*che impediscono l'ac-*

cessibilità e la fruizione delle predette infrastrutture, in violazione dei divieti di stazionamento o di occupazione di spazi ivi previsti», di competenza del Sindaco (art. 9, comma 4), che provvede ai sensi degli artt. 17 e ss. legge 24 novembre 1981, n. 689;

- un divieto d'accesso ai medesimi, mediante apposita misura di prevenzione, che il Questore può applicare – anche nei confronti di soggetti infradiciottenni ma che abbiano compiuto il quattordicesimo anno di età (art. 10, comma 4, come modificato dall'art. 3, comma 1, d.l. 15 settembre 2023, n. 123, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 novembre 2023, n. 159 – cd. decreto "Caivano") – in caso di reiterazione delle suddette violazioni per un periodo non superiore a dodici mesi (art. 10, comma 2, d.l. n. 14 cit.)

La violazione reiterata del divieto di accesso ad aree urbane imposto con il provvedimento del Questore integra il reato contravvenzionale di cui all'art. 10, comma 2, d.l. n. 14 del 2017: tuttavia, come rilevato da **Sez. 3, n. 41240 del 22/10/2024, Ferrante, non massimata**, la prescrizione della sanzione penale per il DASPO urbano è stata introdotta all'art. 21-*ter*, comma 1, lett. a), d.l. n. 113 del 2018 soltanto ad opera della legge di conversione 1 dicembre 2018, n. 132, entrata in vigore il 4 dicembre 2018, che ha previsto la pena dell'arresto da sei mesi ad un anno; per i fatti commessi prima di tale data, era al più ravvisabile – in via suppletiva – la contravvenzione di cui all'art. 650 cod. pen., stante l'inosservanza dell'ordine dell'autorità amministrativa (cfr. Sez. 3, n. 05241 del 03/11/2022, dep. 2023, Gambino, non massimata; **Sez. 3, n. 41240 del 22/10/2024, cit.**: fattispecie in cui la Corte ha ritenuto manifestamente infondata la deduzione del ricorrente secondo il quale la contestata fattispecie di cui all'art. 10 d.l. n. 14 del 2017 sarebbe stata, all'epoca della commessa violazione, priva di sanzione penale).

Per quanto concerne, poi, le ipotesi "aggravate" di DASPO urbano soggette a convalida giudiziale, il d.l. n. 14 del 2017 contempla agli artt. 13 (rubricato «*ulteriori misure di contrasto dello spaccio di sostanze stupefacenti all'interno o in prossimità di locali pubblici o aperti al pubblico e di pubblici esercizi*») e 13-bis (rubricato «*Disposizioni per la prevenzione di disordini negli esercizi pubblici e nei locali di pubblico trattenimento*») due misure di prevenzione "antispaccio" e, rispettivamente, "antirissa" volte alla tutela della sicurezza dei locali pubblici o aperti al pubblico e degli esercizi pubblici.

Tali misure di prevenzione sono state oggetto di incisive modifiche ad opera del d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 2020, n. 173, che, all'art. 11, in seguito ad un tragico episodio omicidiario di "movida" violenta (cd. DASPO "Willy"), ha ampliato i presupposti soggettivi di applicazione delle misure concernenti il divieto di accesso ai locali o agli esercizi pubblici ovvero di stazionamento nelle immediate vicinanze, come originariamente previste, estendendoli alle:

- «*persone che abbiano riportato una o più denunzie o siano state condannate anche con sentenza non definitiva nel corso degli ultimi tre anni per i delitti di cui all'articolo 73 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, per fatti commessi all'interno o nelle immediate vicinanze di scuole, plessi scolastici, sedi universitarie, locali pubblici o aperti al pubblico, ovvero in uno dei pubblici esercizi di cui all'articolo 5 della legge 25 agosto 1991, n. 287*» (art. 13, comma 1, d.l. n. 14 del 2017, come modificato dall'art. 3, comma 1, lett. b, del d.l. 15 settembre 2023, n. 123, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 novembre 2023, n. 159);

- «*persone denunciate negli ultimi tre anni per reati commessi in occasione di gravi disordini avvenuti in pubblici esercizi o in locali di pubblico trattenimento ovvero nelle immediate vicinanze degli stessi, o per delitti non colposi contro la persona o il patrimonio ovvero aggravati ai sensi dell'articolo 604-ter del codice penale, oppure per i reati di cui all'articolo 4 della legge 18 aprile 1975, n. 110, o per i reati di cui agli articoli 336 e 337 del codice penale,*

qualora dalla condotta possa derivare un pericolo per la sicurezza (art. 13-bis, comma 1, d.l. n. 14 del 2017, come introdotto dall'art. 21, comma 1-ter, d.l. n. 113 del 2018 e successivamente modificato dall'art. 3, comma 1, lett. c, d.l. n. 123 del 2023, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 159 del 2023), nonché delle persone che, per i suddetti reati, «*sono state poste in stato di arresto o di fermo convalidato dall'autorità giudiziaria o sottoposte a una delle misure cautelari di cui agli articoli 284 e 285 del codice di procedura penale,, ovvero condannate, anche con sentenza non definitiva*» (art. 13-bis, comma 1-bis, d.l. n. 14 cit.).

La soglia di efficacia del divieto di accesso e di stazionamento nei pressi dei suddetti locali o esercizi è stato, così, notevolmente anticipata, essendo venuto meno il requisito – alternativo – del passaggio in giudicato della sentenza di condanna, ovvero della conferma, in grado di appello, della condanna di primo grado del destinatario, previsto dalla precedente formulazione della norma. Conseguentemente, l'Autorità di P.S. può applicare il divieto, per ragioni di sicurezza, «*valutati gli elementi derivanti dai provvedimenti dell'Autorità giudiziaria e sulla base degli accertamenti di polizia*».

Il d.l. n. 130 del 2020 è intervenuto, altresì, sull'apparato sanzionatorio conseguente alla violazione del divieto di cui all'art. 13 d.l. n. 14 del 2017, annettendogli natura di illecito penale ed estendendolo all'inosservanza delle prescrizioni eventualmente applicate ai sensi del comma 3: in particolare la previgente sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 10.000 a euro 40.000 e della sospensione della patente di guida da sei mesi a un anno è stata sostituita dalla pena della reclusione da sei mesi a due anni e della multa da 8.000 a 20.000 euro, posta a presidio di un precetto che punisce «*la violazione dei divieti e delle prescrizioni di cui ai commi 1 e 3*» (art. 13, comma 6, d.l. n. 14 cit.). Quanto alla violazione dei divieti e delle prescrizioni di cui all'art. 13-bis, è punita con la reclusione da uno a tre anni e con la multa da 10.000 a 24.000 euro (art. 13-bis, comma 6).

Le ulteriori misure soggette a convalida giudiziale che il Questore, «*quando ricorrano specifiche ragioni di pericolosità*», può altresì disporre, per la durata massima di due anni, sono una o più delle seguenti:

a) obbligo di presentarsi almeno due volte a settimana presso il locale ufficio della Polizia di Stato o presso il comando dell'Arma dei carabinieri territorialmente competente; obbligo di rientrare nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, entro una determinata ora e di non uscirne prima di altra ora prefissata;

b) divieto di allontanarsi dal comune di residenza;

c) obbligo di comparire in un ufficio o comando di polizia specificamente indicato, negli orari di entrata ed uscita dagli istituti scolastici (art. 13, comma 3).

4. Questioni in tema di controllo di legalità: l'onere di motivazione della decisione di convalida.

I presupposti della convalida giudiziale del provvedimento del Questore, impositivo dell'obbligo di presentazione ad un ufficio o comando di polizia in occasione dello svolgimento di manifestazioni sportive – come ripetutamente riepilogati dalla giurisprudenza di legittimità (Sez. U, n. 44273 del 27/10/2004, Labbia, Rv. 229110-01; Sez. 1, n. 48369 del 18/11/2004, Morelli, Rv. 229362-01; Sez. 3, n. 20789 del 15/04/2010, Beani, Rv. 247186-01; conf. Sez. 3, n. 17753 del 06/03/2018, Fici, Rv. 272778-01) – sono:

a) le ragioni di necessità ed urgenza che hanno indotto il Questore ad adottare il provvedimento (con riferimento non già agli episodi che hanno determinato la necessità della misura, ma all'attualità o alla prossimità temporale di competizioni sportive (Sez. 3, n. 33532 del 05/05/2009, Brodosi, Rv. 244779-01; Sez. 3, n. 23305 del 28/01/2016, Califano, Rv. 267294-01; Sez. 3, n. 13655 del 12/2/2020, Corallo e altri, non massimata, in motiv. § 2);

b) la pericolosità concreta ed attuale del soggetto destinatario (Sez. 3, n. 28067 del 03/11/2016, dep. 2017, P.M. in proc. Leopoldo, Rv. 270329-01; Sez. 3, n. 13655 del 12/2/2020, cit., in motiv. § 2; Sez. 3, n. 41899 del 16/10/2023, Daniele, Rv. 285286-01; *contra*, nel senso che il giudice della convalida, se la condotta è stata posta in essere nel triennio successivo al precedente divieto, non è tenuto a dar conto del proprio convincimento in ordine alla pericolosità concreta e attuale del destinatario del provvedimento, mentre, se la condotta è stata tenuta decorsi tre anni dalla cessazione del precedente divieto, deve dar conto del proprio convincimento in ordine alla pericolosità concreta e attuale del destinatario del provvedimento nel solo caso in cui quest'ultimo non abbia mai chiesto la cessazione degli effetti pregiudizievoli derivanti dalla applicazione del precedente divieto o se questa, pur richiesta, non sia stata concessa, **Sez. 3, n. 19640 del 01/02/2024, Gentile, Rv. 286523-02**);

c) l'attribuibilità al medesimo delle condotte addebitate e la loro riconducibilità alle ipotesi previste dall'art. 6 legge n. 401 del 1989 (Sez. 3, n. 28067 del 03/11/2016, dep. 2017, cit.; Sez. 3, n. 41899 del 16/10/2023, cit.; nel senso che è sufficiente una valutazione indiziaria, non essendo necessaria la certezza della prova, Sez. 3, n. 01771 del 04/11/2020, dep. 2021, Colangelo Lucotti, Rv. 280285-01);

d) la congruità della durata della misura (che, se reputata eccessiva, può essere congruamente ridotta dal giudice della convalida, a partire da Sez. U, n. 44273 del 27/10/2004, cit.; Sez. 3, n. 20789 del 15/04/2010, cit.).

In breve, il controllo di legalità del giudice deve riguardare l'esistenza di tutti i presupposti legittimanti l'adozione dell'atto da parte dell'autorità amministrativa, compresi quelli imposti dalla circostanza che con esso si dispone una misura di prevenzione (ancora, **Sez. 3, n. 196 40 del 01/02/2024, cit., in motiv. § 3.3**).

Circa l'onere di motivazione della decisione di convalida del DASPO (sportivo o urbano), occorre muovere dalla fondamentale scansione sancita a livello massimamente nomofilattico, secondo cui: da un lato, il pubblico ministero che ritenga di chiedere la convalida del provvedimento del Questore reso ai sensi dell'art. 6 legge n. 401 del 1989, deve trasmettere entro 48 al G.I.P. la documentazione sulla quale si fonda il provvedimento medesimo, al fine di consentirne l'esame da parte della persona interessata, in vista dell'eventuale presentazione di memorie e (contro)deduzioni, e il controllo pieno di legalità da parte del giudice della convalida (Sez. U, n. 44273 del 27/10/2004, Labbia, Rv. 229112-01); dall'altro, in sede di convalida dell'obbligo di presentazione innanzi all'ufficio di polizia, il giudice non può limitarsi a un mero controllo formale, ma deve accertare, in concreto e con riferimento all'attualità, se la pericolosità del soggetto giustifichi e renda la misura stessa idonea allo scopo di prevenzione voluto dal legislatore, verificando altresì, specialmente se non è intervenuta una condanna, la sussistenza di sufficienti elementi indiziari atti a corroborare l'attribuibilità al soggetto stesso della condotta pericolosa posta a fondamento del provvedimento del Questore (Sez. U, n. 44273 del 27/10/2004, cit.; conf. Sez. 1, n. n. 48369 del 18/1 1/2004, Morelli, Rv. 229363-01). È comunque possibile avvalersi della motivazione *per relationem* attraverso il richiamo all'atto impugnato ed alla richiesta di convalida del pubblico ministero (Sez. 3, n. 23958 del 04/03/2014, cit.; Sez. 3, n. 03645 del 09/10/2013, dep. 2014, Mannocci, Rv. 259178-01; Sez. 6, n. 12110 del 03/12/2003, dep. 2004, Di Chio, Rv. 228223-01) purché si dia conto del percorso giustificativo e delle ragioni di condivisione del provvedimento richiamato, non potendosi risolvere la motivazione in un'acritica recezione del provvedimento amministrativo (ancora Sez. U, n. 44273 del 27/10/2004, cit., in motiv.).

Come ribadito dalla successiva evoluzione giurisprudenziale, il provvedimento di cui all'art. 6, comma 7, legge n. 401 del 1989, deve essere formulato in modo da consentire l'osservanza dello stesso e deve rispondere ai principi di ragionevolezza e proporzionalità, di

cui deve dare conto, in considerazione della diretta incidenza che tali prescrizioni possono avere sulla libertà personale (Sez. 5, n. 52294 del 15/11/2016, Costantini e altri, Rv. 268353-01), sicché al giudice della convalida compete una compiuta valutazione dei fatti indicati dall'autorità di P.S., al fine di verificare la riconducibilità delle condotte alle ipotesi previste dalla norma e la loro attribuibilità al soggetto daspato, dovendo dare conto, in motivazione, del proprio convincimento in ordine alla pericolosità concreta e attuale del destinatario del provvedimento (Sez. 3, n. 28067 del 03/11/2016, dep. 2017, cit.).

Con particolare riferimento alla fattispecie del cd. DASPO "di gruppo" si è precisato che il divieto impartito dal Questore di accedere a manifestazioni sportive, con relativo obbligo di presentazione personale all'autorità di polizia in occasione degli incontri di calcio, nei confronti di un gruppo di tifosi non può comunque prescindere dall'individuazione del fatto integrante la partecipazione attiva del singolo soggetto destinatario della misura alla condotta violenta, minacciosa o intimidatoria (Sez. 3, n. 22266 del 02/02/2016, Cassanelli e altri, Rv. 267146-01). Conseguentemente, è da ritenersi nulla l'ordinanza di convalida del provvedimento del Questore impositivo dell'obbligo di presentazione ad un ufficio o comando di polizia, emessa cumulativamente nei confronti di più diffidati, con provvedimento *standard*, senza una specifica motivazione per ciascun prevenuto in ordine a tutti i presupposti di legittimità della misura ed alla congruità della sua durata e senza alcun riferimento alle deduzioni oggetto di singole, specifiche, memorie difensive (Sez. 3, n. 23514 del 08/07/2020, Bozzi, Rv. 279823-01).

Da ultimo si è ribadito (**Sez. 3, n. 28489 del 08/02/2024, Ragnoli, Rv. 286707-01, in motiv. § 2**) che il controllo di legalità del giudice della convalida deve riguardare l'esistenza di tutti i presupposti legittimanti l'adozione dell'atto da parte dell'Autorità amministrativa, compresi quelli imposti dalla circostanza che con esso si dispone una misura di prevenzione (ragioni di necessità ed urgenza, pericolosità concreta e attuale del soggetto destinatario, ascrivibilità al medesimo delle condotte addebitate e loro riconducibilità alle ipotesi previste dalla legge) e investire, altresì, la durata della misura che, se ritenuta eccessiva, può essere congruamente ridotta dal giudice della convalida.

L'ordinanza del G.I.P. di convalida del provvedimento del Questore *ex* art. 6 legge n. 401 del 1989 affetta da vizio di motivazione deve essere annullata; quanto all'epilogo decisorio – se, cioè, l'annullamento debba essere con o senza rinvio – in un caso di riscontrato vizio afferente alla violazione del contraddittorio cartolare da ultimo **Sez. 3, n. 16468 del 28/03/2024, Galimberti, Rv. 286204-01**, ha affermato che l'ordinanza del G.I.P. di convalida del provvedimento del Questore *ex* art. 6 legge n. 401 del 1989, emessa in presenza dei presupposti legittimanti la sua adozione, ma affetta da vizio di motivazione, deve essere annullata con rinvio perché è «il vizio motivazionale ad inficiarne la tenuta e ad averne provocato la cassazione» ad opera del giudice di legittimità: difatti, «si è in presenza di un *error in judicando*, che diversamente da quelli *in procedendo*» (quali l'irritualità della procedura di convalida intempestivamente adottata nel rispetto del termine di legge; l'inesistenza dei presupposti per l'esame del merito della misura), tali da precludere in radice il valido passaggio all'esame del merito da parte del G.I.P., facendo venir meno la stessa rivelazione *in toto* e *ab origine* l'espletato controllo giurisdizionale, investe la sua tenuta sul piano logico»; ne consegue che, mirando l'intervento della Corte di legittimità a correggere il vizio riscontrato, «il procedimento debba essere ricondotto innanzi al giudice di merito nella stessa posizione in cui si trovava al momento del suo verificarsi, nell'alveo di un fisiologico prosieguo di una procedura ritualmente incardinata» (**Sez. 3, n. 16468 del 28/03/2024, Galimberti, cit., in motiv.**). In motivazione la Corte ha precisato – richiamando un precedente arresto (Sez. 3, n. 13655 del 12/2/2020, Corallo e altri, non massimata) – che, a differenza

di quanto avviene nel similare procedimento di arresto e di fermo della polizia giudiziaria, nel DASPO non è richiesta, per la prosecuzione della situazione limitativa della libertà personale, l'emanazione di un autonomo titolo restrittivo: la convalida della misura di prevenzione, infatti, opera anche sugli effetti dell'atto provvisorio convalidato e ne determina il consolidamento, sicché il solo annullamento con rinvio può ritenersi idoneo a paralizzare momentaneamente, in attesa della definizione del procedimento rescissorio, l'efficacia del titolo giuridico giustificativo della libertà personale (**Sez. 3, n. 16468 del 28/03/2024, Galimberti, cit., in motiv.**).

5. Questioni in tema di contraddittorio cartolare: il termine dilatorio per il deposito di memorie difensive.

Nell'esperienza concreta dei procedimenti di convalida di DASPO previsti dalla legislazione speciale vigente, strutturati oggi come meramente "cartolari" e senza contraddittorio necessario, assume decisivo rilievo il tema del pervenimento al G.I.P. delle deduzioni difensive scritte in tempo utile per la decisione.

Sul piano delle formalità, è pacifica l'interpretazione giurisprudenziale secondo la quale, data la natura *informale* del procedimento di convalida e la ristrettezza dei termini, stabiliti *ad horas*, entro cui deve concludersi il controllo di legalità di provvedimenti che limitano la libertà personale, è senz'altro rituale – e quindi ammissibile – la trasmissione delle richieste e delle memorie difensive al giudice competente per la convalida a mezzo fax quando il termine per la presentazione scade in orario di chiusura degli uffici (Sez. 3, n. 05621 del 08/07/2016, dep. 2017, Sangrelli e altri, Rv. 269304-01; conf. Sez. 4, n. 26468 del 17/05/2007, Beben, Rv. 236994-01) ovvero, oggi, a mezzo PEC, tanto più che l'art. 6, comma 2-*bis*, legge n. 401 del 1989 non prescrive che i predetti atti debbano essere necessariamente depositati in cancelleria (Sez. 3, n. 11475 del 17/12/2018, dep. 2019, Giacalone, Rv. 275185-01; Sez. 3, n. 17844 del 12/12/2018, dep. 2019, Benigno, Rv. 275600-01; **Sez. 3, n. 16468 del 28/03/2024, cit., non massimata sul punto**).

A proposito del termine che deve essere concesso all'interessato per depositare memorie e deduzioni al G.I.P. competente per la convalida del provvedimento del Questore, impositivo dell'obbligo di presentazione a un ufficio o un comando di polizia, la consolidata giurisprudenza di legittimità è univoca nel ritenere che tale termine non possa essere inferiore a quello di 48 ore decorrenti dalla notifica all'interessato di detto provvedimento. Si tratta di un termine dilatorio – previsto *ex lege* – entro cui il pubblico ministero deve chiedere la convalida innanzi al G.I.P., per cui la predetta convalida non può intervenire prima che siano decorse le 48 ore.

L'inosservanza di tale termine, preludendo l'effettivo esercizio del diritto dell'interessato ad intervenire nel procedimento che lo riguarda, è causa di nullità generale *ex* art. 178, comma 1, lett. *c)*, cod. proc. pen e, pertanto, integra un'ipotesi di *error in procedendo* che colpisce l'atto in misura radicale (*ex multis*, in tema di DASPO sportivo, Sez. 3, n. 15089 del 27/01/2016, D'Urso, Rv. 266632-01; Sez. 3, n. 06640 del 27/01/2016, Michelotto, Rv. 266223-01; Sez. 3, n. 08678 del 04/02/2016, La Marca, Rv. 266769-01; Sez. 3, n. 20366 del 02/12/2020, dep. 2021, Pedretti, Rv. 281341-01; Sez. F, n. 41688 del 27/08/2023, Di Giuseppe, Rv. 257350-01; da ultimo, **Sez. 3, n. 28489 del 08/02/2024, Ragnoli, Rv. 286707-01**; nello stesso senso, in tema di DASPO urbano, cfr. **Sez. 3, n. 28526 del 17/05/2024, De Cofano, Rv. 287368-01**). A seguito di Corte cost. sent. n. 144 del 1997, si è radicato nella giurisprudenza di legittimità il suddetto principio secondo il quale un termine inferiore renderebbe impossibile l'esercizio del diritto di difesa ai fini della presentazione di memorie o deduzioni al giudice, essenziali per garantire il contraddittorio "cartolare" (*ex multis*, Sez. 3,

n. 17411 del 30/03/2023, Salvador, Rv. 284660-01; Sez. 3, n. 08678 del 04/02/2016, cit.; Sez. 3, n. 21788 del 16/02/2011, Trentacoste, Rv. 250372-01; Sez. 3, n. 02474 del 11/12/2007, dep. 2008, Castellano, Rv. 238537-01). Ne consegue che, qualora la decisione sulla convalida intervenga prima della scadenza del predetto termine, l'ordinanza è affetta dal vizio di violazione di legge (così, in tema di DASPO urbano, **Sez. 6, n. 28526 del 17/05/2024, cit.**: fattispecie in cui è stata annullata senza rinvio, a causa dell'incertezza circa il necessario rispetto del termine dilatorio di 48 ore, l'ordinanza di convalida del locale G.I.P. priva dell'indicazione dell'ora di deposito).

5.1. Il regime di deducibilità della nullità di ordine intermedio.

Senonché questo consolidato orientamento è stato "movimentato" da taluni arresti che ne hanno in qualche modo limitato la portata assoluta in nome della necessità di conferire valenza *sostanziale*, e non meramente formale, alla tutela del destinatario del provvedimento questurile, essendosi in tal senso precisato – anche da ultimo (**Sez. 3, n. 28489 del 08/02/2024, Ragnoli, Rv. 286707-01**) – che, nel procedimento di convalida del provvedimento del Questore, impositivo dell'obbligo di presentazione all'Autorità di P.S. durante lo svolgimento di manifestazioni sportive, una volta garantito al diffidato il termine dilatorio di 48 ore dalla notifica del provvedimento per consentire il deposito di memorie e deduzioni, è onere del destinatario della misura, che deduca la lesione del diritto di difesa, dimostrare di non essere stato posto in condizione, nonostante gli esperiti tentativi di accesso presso gli uffici del G.I.P. e della Procura della Repubblica, di ottenere ed esaminare la documentazione su cui si fonda la richiesta di convalida (Sez. 3, n. 17411 del 30/03/2023, Salvador, Rv. 284660-02; conf. Sez. 3, n. 20753 del 04/02/2016, Villani, Rv. 267023-01).

La considerazione che sorregge questo divisamento è che l'inosservanza del termine di 48 ore comporta sì una nullità di ordine generale (in questo senso, Sez. 3, n. 20366 del 02/12/2020, dep. 2021, cit.; Sez. 3, n. 06640 del 27/01/2016, cit.; Sez. 3, n. 15089 del 27/01/2016, cit.) ma non di carattere assoluto né insanabile perché è a regime intermedio, come tale deducibile alle condizioni stabilite dall'art. 182 cod. proc. pen., occorrendo la sussistenza di un interesse all'osservanza della disposizione violata (**Sez. 3, n. 19640 del 01/02/2024, cit., in motiv. § 2.6**). Tale nullità, quindi, non inficia la legittimità dell'ordinanza di convalida ove la stessa sia stata, comunque, successivamente notificata all'interessato e quest'ultimo non alleghi un concreto e specifico pregiudizio, causalmente derivante dalla violazione del termine suindicato (**Sez. 3, n. 19640 del 01/02/2024, Gentile, Rv. 286523-01**; Sez. 3, n. 15973 del 04/03/2020, Belviso, Rv. 280796-01), a pena di inammissibilità del ricorso per cassazione (Sez. 3, n. 13639 del 15/11/2019, dep. 2020, Romagnoli, Rv. 278585-01; Sez. 3, n. 46700 del 09/11/2023, Del Giudice, non massimata; **Sez. 3, n. 01886 del 20/12/2023, dep. 2024, Provitolo, non massimata**). In quest'abbrivio, la S.C. ha dato rilievo, da ultimo, alla circostanza fattuale che, nel singolo caso di specie, non risultasse pervenuto alcuno scritto difensivo, né prima né dopo lo scadere delle 48, donde l'esclusione di alcun pregiudizio concreto in danno del soggetto daspato (**Sez. 3, n. 28489 del 08/02/2024, Ragnoli, cit., in motiv. § 1.1**).

Si tratta di un approccio esegetico che, negando rilievo alla «mera allegazione di un pregiudizio astratto o potenziale» (così **Sez. U, n. 15069 del 26/10/2023, dep. 2024, Niecko, Rv. 286356-01, in motiv.**, in tema di conseguenze derivanti all'omessa traduzione dell'ordinanza cautelare personale notificata all'imputato alloglotto; v. già Sez. 1, n. 13291 del 18/11/1998, Senneca, Rv. 211870-01), si allinea alla consolidata giurisprudenza più generale in tema di interesse ad impugnare risalente a Sez. U, n. 06624 del 27/10/2011, dep. 2012, Marinaj, Rv. 251693-01, secondo cui tale nozione deve essere ricostruita «in una prospettiva

utilitaristica, ossia nella finalità negativa, perseguita dal soggetto legittimato, di rimuovere una situazione di svantaggio processuale derivante da una decisione giudiziale, e in quella, positiva, del conseguimento di un'utilità, ossia di una decisione più vantaggiosa rispetto a quella oggetto del gravame, e che risulti logicamente coerente con il sistema normativo».

5.2. L'incertezza sulla tempestività della convalida giudiziale.

Sempre in ordine al rispetto delle prerogative difensive, si è posta la sottoquestione degli effetti dell'incertezza sulla tempestività della convalida della prescrizione del Questore a comparire all'ufficio di polizia.

È ricorrente l'affermazione giurisprudenziale che la situazione di incertezza sulla tempestività della convalida del provvedimento del Questore non possa essere superata sulla base di quanto emergente dagli atti, né sulla base di argomenti di carattere presuntivo (come affermato da Sez. 3, n. 00090 del 19/11/2009, dep. 2010, Leopizzi, Rv. 246006-01) riguardo alla legittimità e alla regolarità formale dei provvedimenti giudiziari (Sez. 3, n. 20772 del 15/04/2010, Frioni, Rv. 247606-01 e Sez. 3, n. 05624 del 08/07/2016, dep. 2017, Barrasso, Rv. 269244-01), in quanto in tema di libertà personale e in presenza di una disciplina così rigorosa non è consentito ricorrere a presunzioni riguardo alla legittimità e alla regolarità formale dei provvedimenti giudiziari (Sez. 3, n. 20772 del 15/04/2010, cit.; Sez. 3, n. 05624 del 08/07/2016, dep. 2017, cit.; da ultimo **Sez. 3, n. 28526 del 17/06/2024, cit.**: in motivazione, la Corte ha precisato che potrebbe al più astrattamente farsi ricorso ad argomenti di carattere logico, esclusi nella fattispecie). Dunque, la mancata indicazione dell'orario di deposito del provvedimento di convalida non depone a favore del rispetto del termine dilatorio di 48 ore, quando l'incertezza non sia altrimenti risolvibile (Sez. U, n. 04441 del 29/11/2005, Zito, Rv. 232711-01; Sez. 3, n. 05624 del 08/07/2016, dep. 2017, cit.: nella specie, la Corte, nell'annullare senza rinvio l'ordinanza di convalida priva dell'indicazione dell'ora di adozione, ha precisato che, in tema di libertà personale e in presenza di una disciplina così rigorosa, non è consentito ricorrere a presunzioni di sorta riguardo alla legittimità e regolarità formale dei provvedimenti giudiziari; Sez. 3, n. 24260 del 28/04/2023, Da Villanova, Rv. 284667-01; **Sez. 3, n. 19640 del 01/02/2024, cit., in motiv. § 2**).

La giurisprudenza di legittimità – anche nella sua più autorevole espressione – ha statuito che detta situazione di incertezza, non risolvibile alla stregua degli atti, comporta la caducazione della stessa misura di prevenzione (Sez. U, n. 04441 del 29/11/2005, cit.: fattispecie in cui la Corte, nell'annullare senza rinvio l'ordinanza di convalida priva dell'indicazione dell'ora di adozione, ha precisato che, in tema di libertà personale e in presenza di una disciplina così rigorosa, non è consentito ricorrere a presunzioni di sorta riguardo alla legittimità e regolarità formale dei provvedimenti giudiziari; Sez. 3, n. 20772 del 15/04/2010, cit.; Sez. 3, n. 20785 del 15/04/2010, Venneri, Rv. 247185-01; Sez. 3, n. 01606 del 15/10/2009, dep. 2010, Campochiaro, Rv. 245860-01; Sez. 3, n. 05624 del 08/07/2016, dep. 2017, cit.), con conseguente annullamento senza rinvio dell'ordinanza giudiziale impugnata per cassazione e con declaratoria di inefficacia del sotteso provvedimento questurile (in questi termini, **Sez. 6, n. 28526 del 17/05/2024, cit.**).

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte costituzionale:
Corte cost. sent. 143 del 1996;
Corte cost. sent. 144 del 1997;
Corte cost. sent. n. 136 del 1998;
Corte cost. sent. n. 512 del 2002;
Corte cost. sent. n. 47 del 2024;
Corte cost. sent. n. 203 del 2024.

Sentenze della Corte di cassazione:
Sez. 1, n. 13291 del 18/11/1998, Senneca, Rv. 211870-01;
Sez. U, n. 44273 del 27/10/2004, Labbia, Rv. 229110-01;
Sez. 1, n. 48369 del 18/11/2004, Morelli, Rv. 229362-01;
Sez. U, n. 04441 del 29/11/2005, Zito, Rv. 232711-01;
Sez. 6, n. 12110 del 03/12/2003, dep. 2004, Di Chio, Rv. 228223-01;
Sez. 1, n. 14923 del 19/02/2004, Rocchi, Rv. 228896-01;
Sez. 1, n. n. 48369 del 18/11/2004, Morelli, Rv. 229363-01;
Sez. 4, n. 26468 del 17/05/2007, Beben, Rv. 236994-01;
Sez. 3, n. 02474 del 11/12/2007, dep. 2008, Castellano, Rv. 238537-01;
Sez. 3, n. 11151 del 17/12/2008, dep. 2009, Marchesini e altro, Rv. 242988-01;
Sez. 3, n. 33532 del 05/05/2009, Brodosi, Rv. 244779-01;
Sez. 3, n. 49408 del 19/11/2009, Brocca, Rv. 245893-01;
Sez. 3, n. 00090 del 19/11/2009, dep. 2010, Leopizzi, Rv. 246006-01;
Sez. 3, n. 01606 del 15/10/2009, dep. 2010, Campochiaro, Rv. 245860-01;
Sez. 3, n. 20772 del 15/04/2010, Frioni, Rv. 247606-01;
Sez. 3, n. 20785 del 15/04/2010, Venneri, Rv. 247185-01;
Sez. 3, n. 20789 del 15/04/2010, Beani, Rv. 247186-01;
Sez. 3, n. 08435 del 16/02/2011, Fratea, Rv. 249363-01;
Sez. 3, n. 21788 del 16/02/2011, Trentacoste, Rv. 250372-01;
Sez. 3, n. 36276 del 04/05/2011, Ferretti, Rv. 251031-01;
Sez. U, n. 06624 del 27/10/2011, dep. 2012, Marinaj, Rv. 251693-01;
Sez. 3, n. 23958 del 04/03/2014, Valeri, Rv. 259659-01;
Sez. 3, n. 23958 del 04/03/2014, Valeri, Rv. 259657-01;
Sez. 3, n. 03645 del 09/10/2013, dep. 2014, Mannocci, Rv. 259178-01;
Sez. 3, n. 01767 del 07/04/2016, Flore, Rv. 269085-01;
Sez. 3, n. 05621 del 08/07/2016, dep. 2017, Sangrelli e altri, Rv. 269304-01;
Sez. 3, n. 05624 del 08/07/2016, dep. 2017, Barrasso, Rv. 269244-01;
Sez. 3, n. 06640 del 27/01/2016, Michelotto, Rv. 266223-01;
Sez. 3, n. 08678 del 04/02/2016, La Marca, Rv. 266769-01;
Sez. 3, n. 10977 del 28/01/2016, P.M. in proc. Balducci, Rv. 266488-01;
Sez. 3, n. 15089 del 27/01/2016, D'Urso, Rv. 266632-01;

Sez. 3, n. 20753 del 04/02/2016, Villani, Rv. 267023-01;
Sez. 3, n. 22266 del 02/02/2016, Cassanelli e altri, Rv. 267146-01;
Sez. 3, n. 23305 del 28/01/2016, Califano, Rv. 267294-01;
Sez. 3, n. 28067 del 03/11/2016, dep. 2017, P.M. in proc. Leopoldo, Rv. 270329-01;
Sez. 5, n. 52294 del 15/11/2016, Costantini e altri, Rv. 268353-01;
Sez. 3, n. 35557 del 11/05/2017, Zazzaro, Rv. 270788-01;
Sez. 3, n. 11475 del 17/12/2018, dep. 2019, Giacalone, Rv. 275185-01;
Sez. 3, n. 17753 del 06/03/2018, Fici, Rv. 272778-01;
Sez. 3, n. 17844 del 12/12/2018, dep. 2019, Benigno, Rv. 275600-01;
Sez. 3, n. 13639 del 15/11/2019, dep. 2020, Romagnoli, Rv. 278585-01;
Sez. 3, n. 13655 del 12/2/2020, Corallo e altri, non massimata;
Sez. 3, n. 15973 del 04/03/2020, Belviso, Rv. 280796-01;
Sez. 3, n. 23514 del 08/07/2020, Bozzi, Rv. 279823-01;
Sez. 3, n. 01771 del 04/11/2020, dep. 2021, Colangelo Lucotti, Rv. 280285-01;
Sez. 3, n. 20366 del 02/12/2020, dep. 2021, Pedretti, Rv. 281341-01;
Sez. 3, n. 05241 del 03/11/2022, dep. 2023, Gambino, non massimata;
Sez. 3, n. 05173 del 25/10/2023, Salustri, Rv. 285944-01;
Sez. 3, n. 17411 del 30/03/2023, Salvador, Rv. 284660-01/02;
Sez. 3, n. 24260 del 28/04/2023, Da Villanova, Rv. 284667-01;
Sez. F, n. 41688 del 27/08/2023, Di Giuseppe, Rv. 257350-01;
Sez. 3, n. 41899 del 16/10/2023, Daniele, Rv. 285286-01;
Sez. 3, n. 46700 del 09/11/2023, Del Giudice, non massimata;
Sez. 3, n. 01886 del 20/12/2023, dep. 2024, Provitolo, non massimata;
Sez. U, n. 15069 del 26/10/2023, dep. 2024, Niecko, Rv. 286356-01;
Sez. 3, n. 16468 del 28/03/2024, Galimberti, Rv. 286204-01;
Sez. 3, n. 19640 del 01/02/2024, Gentile, Rv. 286523-01/02;
Sez. 3, n. 28489 del 08/02/2024, Ragnoli, Rv. 286707-01;
Sez. 3, n. 28526 del 17/05/2024, De Cofano, Rv. 287368-01;
Sez. 3, n. 41240 del 22/10/2024, Ferrante, non massimata

SEZIONE VI

LE CONFISCHE

CAPITOLO I

LE SEZIONI UNITE SULLA CONFISCA PER EQUIVALENTE NEL CONCORSO DI PERSONE NEL REATO

(di Francesca Zavaglia)

SOMMARIO: 1. I principi affermati dalle Sezioni Unite. – 2. La questione devoluta: la confisca per equivalente nel reato concorsuale. L'ordinanza di rimessione e gli orientamenti giurisprudenziali. – 3. I principali passaggi motivazionali della sentenza delle Sezioni Unite: il prezzo e il profitto del reato. – 3.1. La confisca diretta e la confisca per equivalente. – 3.1.1. La confisca per equivalente quale misura di carattere afflittivo ma non punitivo. – 3.2. La confisca di somme di denaro nella giurisprudenza pregressa. – 3.2.1. Il *revirement* delle Sezioni Unite. – 3.3. La *quaestio iuris* devoluta: la tesi dominante dell'irrilevanza del concreto vantaggio conseguito dal correo e la critica dei suoi argomenti. – 3.3.1. Segue: le tensioni con il principio di proporzionalità. – 3.4. L'accertamento del vantaggio del concorrente: un tema di prova processuale. – 3.5. L'estensione dei principi alla fase cautelare.

1. I principi affermati dalle Sezioni Unite.

Le **Sezioni Unite penali** con la sentenza **n. 13783 del 26/09/2024**, **dep. 08/04/2025**, **Massini**, hanno affermato i seguenti principi di diritto, così massimati:

«*In caso di concorso di persone nel reato, esclusa ogni forma di solidarietà passiva, la confisca deve essere disposta nei confronti di ciascun concorrente limitatamente a quanto dal medesimo conseguito, il cui accertamento costituisce oggetto di prova nel contraddittorio fra le parti e, solo in caso di mancata individuazione della quota di arricchimento del singolo concorrente, è legittima la ripartizione in parti uguali. (In motivazione, la Corte ha affermato che il medesimo principio opera in caso di sequestro finalizzato alla confisca, per il quale l'obbligo motivazionale del giudice va modulato in relazione allo sviluppo della fase procedimentale e agli elementi acquisiti)*» **(Rv. 287756-01)**;

«*La confisca di somme di danaro ha natura diretta soltanto in presenza della prova della derivazione causale del bene rispetto al reato, mentre, qualora tale nesso di pertinenzialità non sussista, la stessa deve essere considerata come confisca per equivalente, non potendosi far discendere la qualificazione dell'ablazione dalla natura del bene che ne costituisce l'oggetto. (In motivazione, la Corte ha affermato che il medesimo principio opera in caso di sequestro finalizzato alla confisca, per il quale l'obbligo motivazionale del giudice va modulato in relazione allo sviluppo della fase procedimentale e agli elementi acquisiti)*» **(Rv. 287756-02)**;

«*La confisca per equivalente del profitto del reato assolve, così come la confisca diretta, ad una funzione recuperatoria e ha funzione sanzionatoria in quanto avente ad oggetto beni privi del rapporto di derivazione dal reato, potendo assumere funzione punitiva solo qualora sottragga al destinatario beni di valore eccedente il vantaggio economico che lo stesso ha tratto dall'illecito*» **(Rv. 287756-03)**.

2. La questione devoluta: la confisca per equivalente nel reato concorsuale. L'ordinanza di rimessione e gli orientamenti giurisprudenziali.

Con **ordinanza n. 22935 del 08/06/2024, la Sesta Sezione della Corte di cassazione**, cui era stato originariamente assegnato il ricorso, ha rimesso alle Sezioni Unite la decisione sulla seguente questione: «*Se, in caso di pluralità di concorrenti nel reato, la confisca per equivalente del relativo profitto possa essere disposta per l'intero nei confronti di ciascuno di essi, indipendentemente da quanto da ognuno eventualmente percepito, oppure se ciò possa disporsi soltanto quando non sia possibile stabilire con certezza la porzione di profitto incamerata da ognuno; od ancora se, in quest'ultimo caso, la confisca debba comunque essere ripartita tra i concorrenti, in base al grado di responsabilità di ognuno oppure in parti eguali, secondo la disciplina civilistica delle obbligazioni solidali*».

Nella fattispecie, i ricorrenti, imputati dei reati di associazione per delinquere finalizzata alla corruzione tra privati e plurimi reati-fine, avevano censurato la sentenza di applicazione pena su richiesta delle parti, in relazione alla confisca disposta a loro carico. In particolare, il giudice di merito aveva disposto la confisca del profitto dei reati di corruzione tra privati, *ex* art. 2641 cod. civ., qualificando la misura, per uno dei due imputati, come confisca diretta (sul presupposto che l'ablazione di somme di denaro ha sempre detta natura) e, in subordine, per equivalente; per il coimputato, in difetto della prova del conseguimento del profitto da parte sua, la misura doveva intendersi quale confisca per equivalente, disposta nei suoi confronti in ragione del c.d. principio solidaristico.

La Sezione rimettente ha dato atto del contrasto interpretativo sorto in relazione alla regola atta a governare la modalità di imputazione della confisca per equivalente nei confronti di ciascun concorrente nel reato plurisoggettivo.

Al centro del panorama giurisprudenziale è stata posta Sez. U, n. 26654 del 27/03/2008, Fisia Italimpianti, Rv. 239924, che, in un passaggio motivazionale, aveva richiamato due differenti orientamenti sviluppatisi in ordine alla problematica di interesse in questa sede, assumendo che gli stessi fossero solo in "apparente contrasto" fra loro. Invero, a seguire, tali orientamenti, pur richiamando a conforto dei loro assunti il medesimo autorevole precedente del Massimo Consesso nomofilattico, hanno marcato la loro distanza. In particolare, secondo un primo indirizzo, che si riporta alla sentenza Fisia Italimpianti nel passo in cui le Sezioni Unite evocano il "principio solidaristico" fra i concorrenti nel reato generativo di profitto, la confisca di valore – così come il sequestro preventivo ad essa funzionale – può essere disposta indifferentemente nei riguardi di ciascuno dei concorrenti nel reato plurisoggettivo anche per l'intera entità del profitto accertato, essendo irrilevante sia la quota di profitto in concreto conseguita dal correo sia la possibilità che lo stesso non abbia ricavato alcunché (in tal senso, con riferimento alla confisca per equivalente, Sez. 2, n. 9102 del 24/11/2020, dep. 2021, Mottola, Rv. 280886; Sez. 5, n. 36069 del 20/10/2020, Carbone, Rv. 280322; Sez. 6, n. 26621 del 10/04/2018, Ahmed, Rv. 273256; Sez. 3, n. 27072 del 12/05/2015, Bertelli, Rv. 264343; Sez. F, n. 33409 del 28/07/2009, Alloum, Rv. 244839; negli stessi termini, in tema di sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente, Sez. 2, n. 22073 del 17/03/2023, Fiordigigli, Rv. 284740; Sez. 1, n. 38034 del 09/07/2021, Degennaro, Rv. 282012; Sez. 5, n. 19091 del 26/02/2020, Buonpensiere, Rv. 279494; Sez. 2, n. 29395 del 26/04/2018, Pasero, Rv. 272968; Sez. 3, n. 56451 del 05/12/2017, Maiorana, Rv. 273604; Sez. 3, n. 1999 del 14/11/2017, dep. 2018, Addonizio, Rv. 272714; Sez. 5, n. 25560 del 20/05/2015, Gilardi, Rv. 265292; Sez. 2, n. 2488 del 27/11/2014, dep. 2015, Giacchetto, Rv. 261852). Secondo diverso indirizzo, l'applicazione della confisca per equivalente per l'intero importo del profitto nei confronti di ciascun concorrente nel reato deve ritenersi,

invece, subordinata alla impossibilità di individuare, nella fattispecie concreta, la quota conseguita dal singolo a seguito dell'illecito, in quest'ultimo caso imponendosi la ripartizione dell'ablazione in ragione di quanto da ciascuno effettivamente percepito (Sez. 6, n. 6607 del 21/10/2020, Venuti, Rv. 281046; Sez. 6, n. 33757 del 10/06/2022, Primitivo, Rv. 283828; **Sez. 3, n. 11617 del 06/03/2024, Ventrone, Rv. 286073-01**).

L'ordinanza di rimessione ha poi ravvisato anche una terza opzione, espressa da quelle sentenze che hanno sostenuto la necessaria ripartizione della confisca per equivalente fra i concorrenti nel reato anche nel caso in cui non siano evincibili in atti le porzioni di profitto da costoro conseguite: per alcune pronunce, in questi casi, la suddivisione dovrebbe avvenire in parti uguali, richiamando la disciplina civilistica prevista dagli artt. 1298 e 2055 cod. civ. (Sez. 1, n. 4902 del 16/11/2016, dep. 2017, Giallongo, Rv. 269387); secondo altre, invece, si dovrebbe fare riferimento al grado di responsabilità e di partecipazione al profitto del singolo concorrente, desunto anche da criteri sintomatici, potendosi ricorrere alla suddivisione fra i correi in parti uguali solo in mancanza di qualsiasi parametro attendibile di riparto (Sez. 6, n. 4727 del 20/01/2021, Russo, Rv. 280596).

3. I principali passaggi motivazionali della sentenza delle Sezioni Unite: il prezzo e il profitto del reato.

Le Sezioni Unite, prima di affrontare la questione interpretativa devoluta, hanno offerto un'ampia disamina del contesto in cui la stessa si inquadra nonché un'innovata esegesi di alcuni istituti giuridici dalla stessa evocati, rimodulando, di conseguenza, le direttrici decisorie della fattispecie oggetto di giudizio.

In primo luogo, sono state richiamate le nozioni di "prezzo" e di "profitto" del reato per puntualizzare che, nel caso di specie, non si verte in un'ipotesi di confisca del profitto, bensì di confisca del prezzo del reato di corruzione tra privati, contestato, quanto a uno dei due imputati, nella veste di corrotto, e, quanto all'altro, di intermediario/corruttore.

Rimarcano le Sezioni Unite che, diversamente dal prezzo del reato, pacificamente inteso come il compenso dato o promesso per indurre, determinare o istigare un soggetto a commettere il reato, la nozione di profitto presenta aspetti di maggiore indeterminatezza; ciononostante, si rinvengono nella giurisprudenza di legittimità alcuni principi stabili e condivisi.

Fra gli stessi, assume primario rilievo il "principio di causalità", secondo il quale il profitto deve essere pertinente al reato, ovvero derivare dall'illecito che lo presuppone (si richiamano, al riguardo, Sez. U, n. 31617 del 26/06/2015, Lucci, Rv. 264436; Sez. U, n. 38691 del 25/06/2009, Caruso, in motivazione; Sez. U, n. 26654 del 27/03/2008, Fisia Italimpianti, Rv. 239924; Sez. U, n. 41936 del 25/10/2005, Muci, Rv. 232164; Sez. U, n. 29952 del 24/05/2004, Romagnoli, in motivazione; Sez. U, n. 29951 del 24/05/2004, Focarelli, in motivazione; Sez. U, n. 9194 del 03/07/1996, Chabni, Rv. 205707). Né detto canone, che costituisce il principale criterio selettivo dei beni confiscandi, perde validità in relazione ai c.d. "surrogati", ossia ai beni acquisiti attraverso l'immediato impiego o trasformazione del profitto diretto del reato. È innegabile – evidenziano i Giudici del Massimo Consesso – la tendenza estensiva della nozione di profitto del reato, che include al suo interno non solo i beni appresi per effetto diretto e immediato dell'illecito, ma anche le utilità economiche in cui questi ultimi sono stati trasformati o reinvestiti. Trattasi di una direttrice mossa dalla necessità di fronteggiare efficacemente i multiformi canali di circolazione della ricchezza acquisita illecitamente e tracciabile sia a livello interpretativo (si rimanda, fra le altre, a Sez. U, n. 38343 del 24/04/2014, Espenhahn, Rv. 261116) che normativo (si porta, ad esempio, il disposto dell'art. 416-*bis*, comma settimo, cod. pen., che include nell'oggetto della confisca, oltre al prodotto, al profitto e al prezzo del reato, anche le cose «che ne costitui-

scono l'impiego»). Siffatta direttrice si pone altresì in linea con il diritto sovranazionale, le cui fonti usano definire l'oggetto della confisca includendovi anche i c.d. *proceeds*, ovvero i proventi del reato derivanti anche indirettamente dalla sua commissione. Tuttavia, tale processo estensivo della nozione di profitto non fa venir meno – stigmatizzano le Sezioni Unite – la necessità che sia comunque fornita la prova del nesso di pertinenza del bene confiscando rispetto al reato.

In ragione dei requisiti di "materialità e attualità", il profitto del reato deve poi corrispondere a un mutamento materiale, attuale e di segno positivo della situazione patrimoniale del suo beneficiario, non potendo invece risolversi in un qualsivoglia vantaggio futuro, eventuale, immateriale o non ancora realizzato in termini economico-patrimoniali (si richiamano, a tal proposito, **Sez. U, n. 30016 del 28/03/2024, Annunziata, Rv. 286656-01**; Sez. U, n. 26654 del 27/03/2008, Fisia Italimpianti, cit.; sul tema, anche Sez. 6, n. 1754, del 14/09/2017, dep. 2018, Bentini, Rv. 271967; Sez. 5, n. 10265 del 28/12/2013, dep. 2014, Banca Italease s.p.a, Rv. 258577).

3.1. La confisca diretta e la confisca per equivalente.

Un secondo passaggio del percorso argomentativo della sentenza in disamina ha riguardato la distinzione fra confisca diretta e confisca per equivalente, previa messa a fuoco dei tratti distintivi delle due forme di ablazione.

In primo luogo, le Sezioni Unite hanno posto in luce che i requisiti di pertinenzialità e materialità del profitto del reato sopra evocati assumono rilievo non solo per l'applicazione della confisca diretta, ma anche per quella di valore. Infatti, entrambe le forme di ablazione presuppongono l'esistenza e il conseguimento del profitto o del prezzo del reato: solo che, nel modello della confisca per equivalente, l'identificazione dell'*an* e del *quantum* del profitto o del prezzo confiscabile assume, diversamente dalla ablazione in forma diretta, "natura bifasica", conseguendo, tramite l'apprensione del *tantundem*, all'indisponibilità del bene da confiscare in via diretta. Di talché l'esatta determinazione del prezzo e del profitto del reato rileva anche per la confisca di valore, la cui misura dipende dalla determinazione del *quantum* confiscabile in via diretta.

Si è quindi puntualizzato che la confisca diretta, appartenente al *genus* delle misure di sicurezza, tradizionalmente fonda sulla pericolosità della cosa, quest'ultima intesa, però, non come pericolosità del bene in sé, bensì, necessariamente, del bene nel suo aspetto relazionale con la persona del detentore. Nondimeno, la già evidenziata tendenza espansiva della nozione di profitto del reato, sebbene – come detto – non esoneri il giudice dalla prova del nesso di pertinenzialità, tende, in misura sempre crescente, a «scolorire la valenza» di misura di sicurezza della confisca diretta: la stessa ha assunto, nel corso del tempo, un volto in parte diverso da quello tradizionale, connotato in via precipua dalla finalità di ripristino, ossia dall'esigenza di riportare la sfera economico-patrimoniale del reo nella medesima situazione che avrebbe avuto se il reato non fosse stato commesso.

Quanto alla confisca per equivalente, le Sezioni Unite hanno preso le mosse dai principi delineati dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità in ordine alla natura giuridica di detta forma di ablazione.

Si richiama, *in primis*, l'ordinanza n. 97 del 2 aprile 2009, con la quale la Corte costituzionale, giudicando della questione di legittimità rimessa sul presupposto che la confisca per equivalente introdotta dalla legge finanziaria del 2008 per determinati reati tributari avesse applicazione retroattiva, ha affermato che la natura "eminentemente sanzionatoria" dello strumento osta all'applicabilità del disposto dell'art. 200 cod. pen., secondo cui le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione. I due dati

qualificanti che attirano la misura nell'ambito di applicazione dell'art. 25, comma secondo, Cost., in punto di divieto di retroattività, secondo la giurisprudenza costituzionale, constano (a) nella mancanza di pericolosità dei beni che ne costituiscono l'oggetto e (b) nell'assenza del rapporto di pertinenzialità fra detti beni e il reato.

La natura sanzionatoria della confisca di valore è stata poi ribadita a più riprese dalle Sezioni Unite della Cassazione (Sez. U, n. 41936 del 25/10/2005, Muci, cit.; Sez. U, n. 31617 del 26/06/2015, Lucci, cit.; Sez. U, n. 10561 del 30/01/2014, Gubert, Rv. 258646; Sez. U, n. 18374 del 31/01/2013, Adami, Rv. 255037; Sez. U, n. 4145 del 29/09/2022, dep. 2023, Esposito, Rv. 284209) che, nel contempo, non hanno mancato di evidenziare anche la parallela "funzione ripristinatoria" esercitata dallo strumento in parola, trattandosi di istituto pur sempre finalizzato, così come la confisca diretta, al ripristino della condizione *ante delictum* della situazione economica del reo.

All'esito dell'*excursus*, il Collegio ha preso atto di come il panorama giurisprudenziale abbia complessivamente restituito un tratto "poliedrico" dell'istituto della confisca di valore, che, pur finalizzato al riallineamento della situazione economica illecitamente modificata in favore del reo, al tempo stesso, colpendo beni estranei al reato, "affligge" e "sanziona" e «in un tutto semantico indistinto, "punisce"».

3.1.1. La confisca per equivalente quale misura di carattere afflittivo ma non punitivo.

L'assunto secondo il quale il diverso regime giuridico conseguente alla diversa classificazione della confisca – se diretta, misura di sicurezza e, come tale, sottratta alle garanzie della legalità penale mentre, se di valore, garantita alla stregua di una sanzione – è stato oggetto di rivisitazione critica da parte delle Sezioni Unite.

In primo luogo, si rimarca che tale distinzione potrebbe essere rimessa a fattori casuali o addirittura soggettivi: l'applicazione della confisca di valore in luogo di quella diretta potrebbe, infatti, derivare dall'occasionale mancato rinvenimento della *res* che costituisce il prezzo o il profitto del reato ovvero dalla stessa volontà del reo, che potrebbe decidere di occultare il prezzo o il profitto del reato confidando nel regime di favore offerto dalle maggiori garanzie che tratteggiano lo statuto della confisca per equivalente rispetto a quella diretta.

Inoltre, le Sezioni Unite si sono soffermate sui sostantivi "afflizione" e "punizione", ponendo in evidenza che gli stessi non sono affatto sovrapponibili: l'afflittività costituisce una connotazione della sanzione, che può risolversi in un mero effetto collaterale della medesima e non invece nel suo scopo primario, evenienza, quest'ultima, che, sola, connota la punizione. Pertanto, ritenere che la natura punitiva della confisca per equivalente derivi esclusivamente dal suo carattere afflittivo conduce a sovrapporre l'"afflizione" a la "punizione" come se i due termini fossero equivalenti, mentre invece sussiste fra gli stessi un rapporto di genere a specie, atteso che, se è vero che ogni pena è una misura afflittiva, è altrettanto vero che non ogni misura afflittiva è una punizione. A ben guardare, dunque, l'afflizione conseguente alla confisca deriva solo dalla "bonifica" del patrimonio del reo dall'arricchimento illecito, così da consentire allo strumento ablatorio di farsi veicolo del monito che "il crimine non paga", nel contempo confermando che l'accrescimento derivante da condotte penalmente rilevanti è sempre privo di causa legittima. Ne consegue che la confisca di valore «mantiene un carattere afflittivo ma non assume anche contenuto punitivo».

A conforto del proprio argomentare, le Sezioni Unite richiamano il distinguo, delineato da Corte cost., sent. n. 112 del 2019, che verte proprio sull'oggetto della confisca e non invece sulla forma, diretta o per equivalente, che la stessa può assumere. In quella sede, la

Consulta, chiamata a decidere della legittimità costituzionale della confisca amministrativa in materia di abusi di mercato, prevista dall'art. 187-*sexies* d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, ha infatti affermato che, mentre l'ablazione del "profitto" del reato svolge una funzione meramente ripristinatoria della situazione patrimoniale precedente, la confisca del "prodotto", inteso come l'intero ammontare degli strumenti acquistati dall'autore, così come quella dei "beni utilizzati" per commettere l'illecito, ha un effetto peggiorativo della situazione patrimoniale del trasgressore. In altri termini, mentre il profitto è commisurato, e deve limitarsi, all'effettivo vantaggio patrimoniale conseguito, gli atri due "oggetti" della confisca non sono legati a questo valore e quindi ben possono infliggere all'autore dell'illecito una limitazione al diritto di proprietà di portata superiore a quella derivante dalla mera ablazione dell'ingiusto vantaggio economico ricavato.

Immediato il corollario che le Sezioni Unite ne traggono: «se la confisca – diretta o per equivalente – non sottrae più di quanto sia stato conseguito dall'illecito, essa ha carattere afflittivo, ripristinatorio ma non anche punitivo», assunto che consente di affermare altresì che «la confisca del profitto, anche quella per equivalente, assolve […] sempre ad una funzione recuperatoria; essa ha una funzione sanzionatoria nella misura in cui colpisce beni che non hanno derivazione dal reato e può assumere, solo in determinate occasioni, una funzione punitiva». Quest'ultima evenienza, che vede la misura reale acquisire una connotazione effettivamente punitiva, ricorre quando la confisca sottrae al destinatario più di quanto questi abbia effettivamente guadagnato mediante l'illecito: in tali casi la misura ha l'effetto di infliggere un "male" (la privazione del diritto di proprietà) superiore al "bene" (il vantaggio economico) ritratto, sì da assumere la natura di vera e propria "pena patrimoniale".

Sfuma così, secondo l'argomentare delle Sezioni Unite, la reale diversità fra confisca diretta e di valore, in quanto anche quest'ultima, sebbene non ricada sulle identiche cose che sono entrate nel patrimonio del reo attraverso la commissione dell'illecito, non può comunque eccedere il loro ammontare. Vero che con essa «si "rompe" il nesso di pertinenzialità sul piano qualitativo tra bene e reato», ma, stante l'identità, invece, quantitativa, «questa "rottura" non incide sull'essenza recuperatoria della confisca». La funzione sanzionatoria della confisca per equivalente non offusca, pertanto, la sua finalità essenzialmente recuperatoria. Né, in ogni caso, consente di connotarla in senso punitivo nei casi in cui siffatta finalità non contraddistingue la confisca diretta, in quanto la natura della confisca per equivalente deriva e dipende da quella diretta. Del resto, l'assenza di pertinenzialità che contraddistingue la confisca di valore e che viene sovente enfatizzata a rimarcarne la valenza afflittiva, oltre a non essere un dato, di per sé stesso, indicativo di intento punitivo, mantiene una certa ambivalenza dimostrativa, trattandosi di elemento «da una parte, valorizzato per attribuire alla confisca per equivalente natura punitiva, ma dall'altra, ridimensionato dalla stessa giurisprudenza allorquando si declina in senso fortemente estensivo la nozione di profitto al fine di giustificare la natura diretta della ablazione e il suo carattere di misura di sicurezza».

L'equiparabilità funzionale tra misura diretta e per equivalente trova poi riscontro a livello legislativo. In tal senso depone la causa di non punibilità di cui all'art. 323-*ter* cod. pen., che condiziona la non punibilità alla restituzione del profitto illecito, indistintamente, in forma diretta o per equivalente. Non trascura la Corte di evidenziare che un elemento di segno contrario potrebbe trarsi del disposto del comma 1-*bis* dell'art. 86 disp. att. cod. proc. pen., introdotto dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, che ha equiparato, in determinati casi, la modalità esecutiva della confisca per equivalente a quella delle pene pecuniarie. Tuttavia, si evidenziano dubbi di legittimità di siffatta scelta del legislatore, che non si è confrontato

con la giurisprudenza costituzionale pregressa (Corte cost. n. 112 del 2019 cit.), mentre la giurisprudenza costituzionale successiva non pare avere averne valorizzato il significato in termini di connotazione punitiva della confisca per equivalente.

In conclusione, emerge «una dinamica mobile» che può indirizzare la misura ablativa su un versante piuttosto che su un altro, assumendo lo strumento natura punitiva ogniqualvolta, a prescindere dalla sua qualificazione in forma diretta ovvero per equivalente, lo stesso non si limiti a ripristinare, bensì ecceda il valore del vantaggio economico che l'autore ha tratto dal reato. Inevitabilmente, in quest'ultimo caso, conseguirà un diverso livello di tutela approntato per quella che viene ad essere una pena patrimoniale. Quel che non può accadere, invece, è che dalla natura "eminentemente sanzionatoria" della confisca per equivalente si faccia automaticamente discendere la sua connotazione punitiva.

3.2. La confisca di somme di denaro nella giurisprudenza pregressa.

Nel quadro così delineato, le Sezioni Unite hanno quindi affrontato la questione della natura della confisca avente ad oggetto somme di denaro, rivedendo l'affermazione, radicata in giurisprudenza, secondo la quale la stessa, in ragione della natura fungibile del bene che ne costituisce l'oggetto, dovrebbe sempre qualificarsi come confisca diretta.

La questione è stata posta ad oggetto di plurimi arresti delle Sezioni Unite della Suprema Corte che, in prima battuta (Sez. U, n. 29951 del 24/05/2004, Focarelli, Rv. 228166 e Sez. U, n. 20208 del 25/10/2007, dep. 2008, Miragliotta, Rv. 238700), pur escludendo che la confisca del denaro (così come il sequestro preventivo alla stessa strumentale) dovesse colpire necessariamente le medesime specie monetarie illegalmente percepite dal reo, predicavano comunque la necessaria sussistenza del rapporto pertinenziale con l'illecito (utilità creata, trasformata o acquisita proprio mediante la realizzazione della condotta criminosa). Questa prima impostazione, pertanto, valorizzava la specificità del denaro, quale *res* fungibile per antonomasia, solo nel momento dell'apprensione del bene; non invece in relazione alla necessità, ritenuta pur sempre sussistente, di stabilire l'esistenza di un collegamento fra prezzo o profitto del reato e la disponibilità delle somme da parte del reo in ragione del reato stesso.

Diversa la posizione assunta da Sez. U, n. 10561 del 30 gennaio 2014, Gubert, Rv. 258647, che, pur articolando il proprio ragionamento all'interno di un quadro normativo – ad oggi superato – che non prevedeva la responsabilità da reato dell'ente in relazione ai reati tributari e dunque diretta a contrastare l'impossibilità di aggredire per equivalente il patrimonio della società nel cui interesse siffatta tipologia di illecito era stato commesso, ha ritenuto che la confisca del denaro abbia natura sempre diretta.

Successivamente, il principio è stato ribadito e sviluppato da Sez. U, n. 31617 del 26/06/2015, Lucci, Rv. 264437, secondo cui, qualora il prezzo o il profitto derivante dal reato sia costituito da denaro, la confisca delle somme depositate sul conto corrente bancario di cui il soggetto abbia la disponibilità deve essere qualificata come confisca diretta e, in considerazione della natura fungibile del bene, non necessita della prova del nesso di derivazione diretta tra somma materialmente appresa e reato commesso. Secondo questa impostazione, quel che conta a rappresentare l'oggetto da confiscare è solo l'esistenza del numerario comunque accresciuto di consistenza a seguito del reato, senza che assumano rilevanza alcuna gli eventuali movimenti che possa aver subito il conto bancario inciso dalla misura.

Il principio così assestatosi nella giurisprudenza a seguire ha generato, però, alcune incertezze applicative, che le Sezioni Unite hanno riassunto come segue:

- la prima (che viene in rilievo in Sez. 2, n. 29923 del 12/04/2018, Salvini, non massimata) attiene alla configurabilità del sequestro preventivo del denaro che non sia ancora presente

nel patrimonio del reo, in quanto destinato a confluirvi in epoca successiva, anche rispetto alla data di adozione della misura cautelare;

- a seconda (per la quale si rimanda a Sez. 6, n. 6816 del 29/01/2019, Sena, Rv. 275048 e Sez. 6, n. 15923 del 26/03/2015, Antonelli, Rv. 263124) riguarda i casi in cui oggetto della confisca diretta sia denaro di provata provenienza lecita (tanto antecedente che successiva rispetto alla commissione del reato);

- la terza (evidenziata da Sez. 6, n. 19766 del 11/12/2019, dep. 2020, Salina, Rv. 279277; Sez. 6, n. 25427 del 04/03/2020, Stiriti, non massimata.) attiene ai casi di denaro depositato su conto corrente cointestato con soggetti, diversi dall'autore del reato, che siano in grado di dimostrare la provenienza lecita del bene;

- la quarta ipotesi nella quale, ancora, si manifesta la difficoltà di declinare in modo generalizzato il principio che vuole la confisca del denaro assumere sempre forma diretta riguarda i casi nei quali il denaro sia già nella disponibilità del reo prima ancora della commissione del reato e il profitto non sia costituito tanto da un effettivo accrescimento patrimoniale quanto, piuttosto, da un mancato decremento (fra le altre, si rimanda a Sez. 3, n. 23040 del 01/07/2020, Multi Service s.r.l., Rv. 279827).

Nel prosieguo, Sez. U, n. 42415 del 27/05/2021, C., Rv. 282037 ha confermato ed anzi esteso il principio che si era andato consolidando, ribadendo l'indifferenza, ai fini dell'ablazione diretta, dell'identità fisica dei beni numerari che ne costituiscono l'oggetto, non essendo richiesta la loro corrispondenza materiale a quelli illecitamente conseguiti, tenuto conto delle peculiarità ontologiche e normative del bene-denaro: pertanto, ai fini dell'ablazione in forma diretta, sono irrilevanti sia altri attivi monetari eventualmente confluiti nel patrimonio del reo (anche a seguito di versamenti di origine lecita), sia le vicende riguardanti le somme percepite successivamente alla misura di confisca o di sequestro. Nondimeno, nella successiva giurisprudenza si sono perpetuate le difficoltà applicative già sopra tratteggiate, faticandosi a declinare il principio, in particolare, nei casi in cui vi sia la prova della derivazione lecita del denaro sopraggiunto sul conto dopo la commissione del reato ovvero della impossibilità di confusione tra prezzo o profitto illecitamente conseguito e le somme sopravvenute (**Sez. 5, n. 36223 del 28/06/2024, Maggioni, Rv. 286945**; Sez. 5, n. 31186 del 27/06/2023, Orsini, Rv. 285072).

3.2.1. Il *revirement* delle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite hanno sottoposto a rimeditazione i due principali argomenti sui quali si fonda l'affermazione tradizionale che vuole il denaro sempre oggetto di confisca diretta, quali il carattere intrinseco di fungibilità del bene-denaro e l'effetto normativo di automatica confusione nel patrimonio del reo del profitto o del prezzo monetario conseguito attraverso il reato.

Quanto al tema della fungibilità, la Corte osserva che la stessa costituisce un tratto oggettivo del bene in sé, non riguardando, invece, la prova del nesso di pertinenzialità, il quale consiste in un giudizio di relazione fra bene e reato, come tale, indifferente alla natura della *res confiscanda*. Né detto legame eziologico che, come già evidenziato, funge da presupposto indefettibile della confisca in forma diretta, può venire meno solo in ragione della natura fungibile del bene posto ad oggetto dell'ablazione, in difetto di alcuna norma che lo consenta. Diversamente opinando, si giungerebbe a escludere in assoluto che possa aver luogo una confisca per equivalente di somme di denaro, venendosi, di fatto, a creare un *tertium genus* di ablazione, non previsto dalla legge: oltre alla confisca diretta (che impone l'accertamento del nesso di derivazione della cosa dal reato) e a quella di valore (che prescinde da detto accertamento), avrebbe una propria autonomia classificatoria anche la con-

fisca del denaro, che prescinde dall'accertamento del nesso di derivazione solo in ragione della natura del bene confiscando. Sul fronte più strettamente operativo, si osserva che la fungibilità del denaro, sebbene renda più complesso il tracciamento del legame della *res* con l'illecito penale, non lo rende, di per sé stesso, impossibile.

Con riguardo al tema della confusione dell'elemento monetario con il restante patrimonio riferibile al soggetto che subisce la misura, le Sezioni Unite evidenziano che detta circostanza dovrebbe, invero, condurre alla soluzione opposta rispetto a quella affermata dalla giurisprudenza tradizionale. Si dovrebbe infatti ritenere che, quando le somme direttamente derivanti dal reato si siano confuse con altre presenti nel patrimonio del soggetto, il bene perda la propria individualità e l'ablazione, avente ad oggetto il *tantundem,* dovrebbe essere sempre considerata, al contrario di quanto si ritiene, una confisca per equivalente.

Le Sezioni Unite restituiscono concretezza al loro argomentare illustrando una serie di casi nei quali la misura ablatoria avente ad oggetto denaro deve considerarsi di natura diretta ovvero per equivalente. In particolare, la confisca del denaro è diretta nei casi in cui risulti che la somma confiscata sia proprio quella derivata dal reato; quando sia dimostrato che l'utilità economica vincolata sia stata acquisita successivamente al reato (surrogato, reimpiego) ma allo stesso, in ogni caso, eziologicamente collegata; quando vi sia la prova che il denaro che costituisce profitto o prezzo del reato, una volta versato su un conto, sia stato poi prelevato e utilizzato per l'impiego e per l'acquisto di un ulteriore bene. Diversamente, la confisca del denaro non è diretta nei casi in cui ha ad oggetto somme sopravvenute o preesistenti rispetto al reato o, comunque, a questo certamente non riconducibili. Quanto alle somme giacenti sul conto corrente non può essere qualificata diretta la confisca allorché non sia possibile il tracciamento degli incrementi patrimoniali connessi al reato. Così, esemplificativamente, potranno vincolarsi solo per equivalente, naturalmente sempre che l'ipotesi di reato per cui si procede lo preveda, (a) le somme relative a emolumenti stipendiali o assimilabili (b) le somme relative a pagamenti da parte di soggetti terzi in adempimento di prestazioni non collegabili al reato (c) le somme provento di vendita di beni acquistati in epoca antecedente alla commissione dell'illecito (d) le somme confluite su un conto corrente cointestato, ma relative a proventi di uno dei correntisti estraneo al reato.

Tutto ciò premesso, le Sezioni Unite hanno rilevato l'ulteriore violazione di legge della sentenza impugnata, là dove il giudice di merito ha qualificato come diretta la confisca del denaro senza occuparsi del nesso di derivazione dello stesso dal reato.

3.3. La *quaestio iuris* devoluta: la tesi dominante dell'irrilevanza del concreto vantaggio conseguito dal correo e la critica dei suoi argomenti.

Venendo infine alla specifica *quaestio iuris* devoluta, le Sezioni Unite, dopo avere precisato che la stessa si pone sia per il profitto sia per il prezzo del reato nonché, nei casi in cui la confisca abbia ad oggetto somme di denaro, anche nel caso di confisca diretta, hanno integrato l'analisi della giurisprudenza di cui alla rassegna tratteggiata dalla Sezione remittente.

L'orientamento dominante, secondo il quale la confisca per equivalente nel reato concorsuale, analogamente al sequestro preventivo alla stessa funzionale, può essere disposta nei confronti di ciascun correo per l'intera entità del profitto riveniente dal reato, pur sempre senza eccedere il *quantum* complessivo del profitto stesso e salvo l'eventuale riparto interno tra i concorrenti (tra le ultime, **Sez. 2, n. 13008 del 31/01/2024, Vartolo, non massimata**; **Sez. 6, n. 8124 del 23/01/2024, Toteda, non massimata**; **Sez. 4, n. 31139 del 16/04/2024, Bassu, non massimata**), trova la sua genesi in alcune pronunce risalenti nel tempo e nei riferimenti dogmatici colà tratteggiati. Si è affermato, in particolare, che

la regola che governa il delitto concorsuale, secondo la quale a ciascun concorrente è imputabile il fatto delittuoso nella sua globalità e ciascuno risponde della pena per esso stabilita, evoca un principio solidaristico che dal fatto si riverbera sulla sanzione e che, stante la natura sostanzialmente sanzionatoria della confisca per equivalente, inevitabilmente involge anche quest'ultima (Sez. 5, n. 15445 del 16/01/2004, Napolitano, Rv. 228750, individuata come la pronuncia capostipite dell'indirizzo in parola). Né – si afferma nell'ambito del medesimo orientamento – si profila alcun contrasto con il principio di proporzionalità, essendo quest'ultimo un giudizio da articolare fra entità dell'ablazione e ammontare dell'illecito vantaggio prodotto complessivamente dal reato e non invece assumendo, quale parametro di riferimento, il *quantum* conseguito dal singolo compartecipe (in particolare, Sez. 5, n. 19091 del 26/02/2020, Buonpensiere, Rv. 279494; in termini adesivi, Sez. 3, n. 43564 del 12/09/2023, Tanzarella, non massimata; Sez. 2, n. 33636 del 23/06/2023, Russo, non massimata; Sez. 2, n. 18716 del 18/01/2023, Di Bari, non massimata; Sez. 3, n. 33444 del 01/07/2021, Pannaccione, non massimata.).

Sul fronte opposto, l'orientamento minoritario, secondo il quale la confisca per l'intero profitto nei confronti di ciascun concorrente nel reato è subordinata alla impossibilità di individuare la quota conseguita dal singolo compartecipe, in tal caso dovendo operare una ripartizione corrispondente, si è confrontato anche con l'ipotesi – non infrequente nella prassi – in cui gli atti non consentano di individuare siffatta quota-parte da imputare al singolo correo. Di qui l'ulteriore bipartizione esegetica: secondo una prima prospettazione, la natura afflittiva della confisca di valore imporrebbe, in tali casi, di graduarne l'entità con riferimento al grado di partecipazione del singolo concorrente alla formazione e acquisizione del profitto o del prezzo (**Sez. 6, n. 10612 del 05/12/2023 Bianco, dep. 2024, Rv. 286168**, in tema di peculato; nello stesso senso, **Sez. 6, n. 23203 del 05/03/2024, Petrini, Rv. 286645**, in tema di corruzione); secondo diversa opzione, sempre favorevole alla tesi della ripartizione fra i correi dell'ablazione, dovrebbe farsi riferimento, invece, alla divisione paritaria del vantaggio fra i predetti. In quest'ultimo senso si segnalano Sez. 6, n. 4727 del 20/01/2021, Russo, Rv. 280596 e Sez. 5, n. 20101 del 12/12/2014, dep. 2015, Giallongo, Rv. 263835, che hanno, però, circoscritto l'affermato principio al provvedimento di confisca, senza estenderlo alla misura cautelare della stessa anticipatoria. Infatti, in base a quest'ultima giurisprudenza, visto che la misura cautelare funge da mero strumento funzionale alla realizzazione dell'interesse perseguito con la confisca stessa ed opera al di fuori di qualsiasi logica afflittiva, ben potrebbe il sequestro preventivo coinvolgere il patrimonio del soggetto concorrente nel reato per l'intero profitto allo stesso conseguente e non, invece, limitatamente alla porzione di pertinenza del singolo. In ogni caso, quest'ultima impostazione, che tende a differenziare la soluzione della problematica dibattuta fra provvedimento cautelare e confisca disposta all'esito del giudizio di cognizione, rimane minoritaria.

Muovendo dalla disamina della questione con riferimento ai provvedimenti di confisca, le Sezioni Unite hanno preso le distanze dagli argomenti che sorreggono la tesi prevalente che propugna l'indifferenza della misura della confisca imputabile al correo rispetto al suo concreto arricchimento:

- quanto al carattere sanzionatorio della confisca di valore, si ribadisce che la stessa, pur avendo una "componente sanzionatoria" (certamente invocabile ad ampliare le garanzie applicabili allo strumento) assolve però fisiologicamente ad una funzione di riequilibrio della situazione patrimoniale del correo; come ampiamente argomentato nei passi dedicati specificatamente sull'istituto (§ 8-11 della motivazione), la confisca per equivalente non è una "pena patrimoniale" e non ha, pertanto, carattere strettamente punitivo;

- quanto al modello unitario della responsabilità concorsuale, si osserva che tale teoria, quantunque permetta di attrarre nella stessa cornice edittale astratta i singoli contributi concorsuali, tuttavia, non giustifica l'applicazione in concreto della stessa sanzione in modo fisso e predeterminato per tutti i correi; soprattutto, non consente che taluno si faccia carico della pena da infliggere ad altro compartecipe. Invero, «la regola che imputa la confisca di valore per l'intero a carico di ciascun concorrente a prescindere dalla quota di conseguimento di quest'ultimo del profitto o del prezzo generato dal reato non costituisce un corollario necessitato della teoria monistica del concorso eventuale di persone nel reato, ponendosi la stessa, di contro, in senso asimmetrico con la sua disciplina, nonché, più in generale, con i principi di colpevolezza, e, in ultima analisi, con il principio di uguaglianza»;

- quanto poi al riferimento all'istituto della "solidarietà passiva" della obbligazione, le Sezioni Unite rimarcano la mancanza di un chiaro collegamento fra detto istituto civilistico e quelli penalistici del reato concorsuale e della confisca di valore: in ambito penale, la solidarietà riguarda le obbligazioni *ex delicto* di cui all'art. 187 cod. pen., riferimento, quest'ultimo, che mal si attaglia alla logica della confisca per equivalente.

3.3.1. Segue: le tensioni con il principio di proporzionalità.

Infine, le Sezioni Unite hanno analizzato la tenuta della tesi dominante al cospetto del "principio di proporzionalità", canone che permea il sistema e che trova i suoi riferimenti in ambito sovranazionale, sia nelle fonti di livello primario (artt. 5, par. 3 e 4, TUE, art. 49, par. 3, e art. 52, par. 1, CDFUE) che in quelle secondarie specificamente dettate in tema di misure patrimoniali (art. 1, par. 3, Regolamento 2018/1805/UE; cons. n. 17 e 18 Direttiva 2014/42/UE; cons. 27 e 49 della nuova Direttiva 2024/1260/UE).

Il principio della proporzionalità, che si snoda attraverso le quattro verifiche relative alla sussistenza di una finalità legittima della misura, alla sua idoneità a conseguire tale finalità, all'inesistenza di altre misure egualmente idonee ma incidenti in minor misura sui diritti fondamentali dell'interessato e, infine, alla proporzionalità in senso stretto, ossia alla non eccessiva compressione del diritto fondamentale rispetto all'importanza dello scopo perseguito, può assumere una valenza sia retrospettiva che prospettica. Nel primo caso, il principio di proporzionalità viene in rilievo quando, rispetto ad una misura punitiva, si debba vagliare la non eccedenza della risposta sanzionatoria rispetto al disvalore del fatto commesso mentre, nel secondo caso, lo stesso involge il rapporto tra la misura limitativa dei diritti e la finalità legittima dalla stessa misura perseguita. Quest'ultima, dunque, una proporzione che attiene al rapporto tra mezzi impiegati e scopo legittimo perseguito dall'ordinamento, sia esso di natura preventiva ovvero ripristinatoria, là dove, rispetto alla confisca, sia diretta sia di valore, come già evidenziato, assume primario rilievo siffatta funzione ripristinatoria. Nondimeno, anche ragionando sul fronte più propriamente sanzionatorio, il sindacato di proporzionalità rimane pienamente operativo in quanto, come insegna la giurisprudenza costituzionale, lo stesso si applica non solo in relazione alle pene in senso stretto (ove trova i suoi referenti negli artt. 3 e 27 Cost.), ma anche rispetto alla generalità delle sanzioni amministrative, per le quali rinviene base normativa nell'art. 3 Cost. in combinato disposto con le norme costituzionali che tutelano i diritti di volta in volta incisi dalla sanzione (Corte cost., sent. n. 112 del 2019).

Così ricostruito il quadro, il principio di solidarietà tra correi, secondo il quale, nel delitto concorsuale, dovrebbe avere luogo una ablazione indistinta, fissa e totalizzante nei riguardi del singolo, ancorché quest'ultimo abbia conseguito una quota-parte di profitto inferiore rispetto all'oggetto della ablazione ovvero non abbia conseguito alcunché, non risulta conforme al principio di proporzionalità, né qualora si enfatizzi il risvolto punitivo della confi-

sca di valore né qualora si voglia far riferimento alla (più congrua) funzione ripristinatoria dell'istituto. In entrambi i casi, infatti, l'ablazione totalizzante e superiore all'arricchimento concretamente conseguito dal singolo concorrente non risulta proporzionata, da un canto, opinando in via retrospettiva, con il principio della personalità della responsabilità e, dall'altro, volgendo lo sguardo prospettico, in rapporto agli obiettivi ripristinatori prefissati dalla misura, che vedrebbero compromessi i diritti altrui in modo eccessivo e senza una ragione effettiva.

3.4. L'accertamento del vantaggio del concorrente: un tema di prova processuale.

Escluso che il profitto (o il prezzo) da porre a carico di ciascun concorrente nel delitto concorsuale possa discendere da automatismi o semplificazioni probatorie, fra i quali quello della solidarietà passiva, il relativo accertamento diviene dunque un tema di prova, che si colloca all'interno della funzione accertativa propria del processo penale e dei canoni alla stessa strumentali, quali il diritto alla prova e al contraddittorio. Al riguardo, sebbene sia individuabile la massima di esperienza secondo la quale colui che partecipa alla commissione di un reato generatore di lucro deve ritenersi mosso dalla finalità di conseguire personalmente un vantaggio economicamente apprezzabile, d'altro canto, tale generalizzazione empirica deve essere compensata dalla verifica della sua affidabilità nel caso concreto. Sarà pertanto il pubblico ministero a dovere dimostrare il *quantum* di profitto conseguito dell'imputato, non in via presuntiva ma in concreto, facendo riferimento, caso per caso, al contenuto e al senso del patto criminoso, alle intese tra i concorrenti, alla qualità dell'adesione alla compartecipazione, al tipo di percorso che l'ha preceduta e alla serietà del contesto ambientale in cui la decisione di partecipare al reato è maturata. Sul fronte opposto, ciascun concorrente potrà dimostrare, a discarico, di non avere conseguito alcun vantaggio ovvero di averne conseguito una parte inferiore rispetto a quella indicata dalla pubblica accusa, allegando fatti in tal senso dimostrativi (si porta ad esempio la partecipazione al reato per costrizione, per fatto illecito altrui, per conseguire vantaggi non derivanti dal reato o per acquistare "fama criminale"). Le Sezioni Unite specificano che potranno al riguardo assumere rilievo «la situazione concreta, i rapporti tra i correi, le aspettative specifiche del singolo – cioè il movente della condotta del singolo concorrente – il senso, il tempo, le condizioni e il contenuto dell'accordo di compartecipazione, il ruolo, le aspettative e la condotta in concreto compiuta dal singolo rispetto al piano organizzativo del reato».

Siffatta verifica giustifica la regola di chiusura che, infine, il Massimo Consesso chiama in causa «nel solo caso in cui sia stato "provato" il conseguimento da parte del singolo partecipe di una quota di profitto o di prezzo del reato» e sempre che «nessuna delle parti sia stata in grado di quantificare in concreto il vantaggio». Se ne desume che trattasi di un criterio residuale che opera in modo oggettivo e che presuppone, da un lato, l'accertamento della sussistenza di una qualche forma di profitto o prezzo connesso al reato e, dall'altro, il difetto di prova in ordine alla quota a ciascun concorrente riferibile. In questi casi, il riparto deve operare in porzioni uguali fra i correi, regola, quest'ultima, atta a costituire «il limite quantitativo della confisca» nel delitto concorsuale.

3.5. L'estensione dei principi alla fase cautelare.

Infine, le Sezioni Unite hanno precisato che i principi sopra enunciati operano anche nella fase cautelare, con riferimento al sequestro preventivo finalizzato alla confisca, in quanto la natura anticipatoria dello strumento non consente allo stesso di incidere sui diritti

in misura maggiore rispetto a quanto sia destinato a fare il provvedimento definitivo del quale è servente.

Del resto, la giurisprudenza di legittimità ha già chiarito che, anche in sede cautelare, vi è la necessità di rispettare i principi di proporzionalità, adeguatezza e gradualità della misura (Sez. U, n. 36959 del 24/06/2021, Ellade, Rv. 281848; Sez. U, n. 36072 del 19/04/2018, Botticelli, Rv. 273548; Sez. U, n. 51660 del 25/09/2014, Zambito, Rv. 261118; Sez. U, n. 5876 del 28/10/2004, Bevilacqua, Rv. 226713). Dunque, neppure in fase cautelare potrà procedersi al sequestro indistinto dell'intero profitto o prezzo a carico di ciascun concorrente ovvero, comunque, sequestrare più di quanto dal singolo conseguito (in tal modo i Giudici prendendo le distanze anche dall'orientamento sopra citato che tale tesi ha propugnato), sebbene l'onere probatorio e il contenuto motivazionale del provvedimento relativo debbano necessariamente adattarsi allo specifico contesto procedimentale in cui gli stessi hanno luogo. In particolare, la motivazione del provvedimento cautelare dovrà dar conto della ragione per cui si ritiene che il singolo partecipe al reato abbia conseguito una determinata quantità di prezzo o di profitto derivante dal reato così da garantire la possibilità di verificare, alla luce del complessivo contenuto informativo e argomentativo del provvedimento, se il mezzo adottato sia adeguato rispetto alla funzione anticipatoria sua propria. Nondimeno, dovranno tenersi a mente le caratteristiche proprie della fase procedimentale, del suo sviluppo, degli elementi acquisiti, e, in particolare, come già posto in rilievo da Sez. U, n. 36959 del 24/06/2021, Ellade, cit., dello stato interlocutorio del provvedimento, e, dunque, della sufficienza di elementi di plausibile indicazione.

PARTE SECONDA

QUESTIONI DI DIRITTO PROCESSUALE

SEZIONE I

SOGGETTI

CAPITOLO I

LESIONI PERSONALI (DIVENUTE) PROCEDIBILI A QUERELA DI PARTE E (INDIRETTE) RICADUTE SULLA COMPETENZA DEL GIUDICE DI PACE

(di Aldo Natalini)

SOMMARIO: 1. La questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite. – 2. Gli argomenti posti a fondamento delle decisioni oggetto di contrasto. – 3. La soluzione recepita dalle Sezioni Unite.

1. La questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite.

La Quinta Sezione penale, con ord. interl. n. 42858 del 2023, ha rimesso alle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 618, comma 1, cod. proc. pen., in ragione del rilevato contrasto interpretativo intersezionale e della «speciale importanza della questione, per il suo esteso ed immediato impatto sui processi in corso», la seguente questione controversa:

«*se, anche dopo le modifiche apportate dall'art. 2, comma 1, lett. b), d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 all'art. 582 cod. pen., senza innovare l'art. 4 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, sia ravvisabile – ed eventualmente in quali limiti – la competenza del giudice di pace per il reato di lesioni volontarie personali perseguibile a querela (e salve le eccezioni di legge), ovvero, viceversa, se debba ritenersi che, anche per il delitto di lesioni personali volontarie con malattia di durata superiore a venti giorni e non eccedente i quaranta, in fattispecie diverse da quelle cd. intrafamiliari di cui all'art. 577, comma primo, n. 1, cod. pen., la competenza sia da riconoscere in capo al tribunale*».

Il tema ha riguardato le (indirette) conseguenze processual-sanzionatorie del mutato regime di procedibilità del reato di lesioni personali volontarie in esito alla "riforma Cartabia" – entrata in vigore il 30 dicembre 2022 – che, nell'ampliare le ipotesi di reato contro la persona e contro il patrimonio perseguibili a querela a fini deflativi "in entrata", ha tra l'altro riscritto l'art. 582 cod. pen. capovolgendone il previgente rapporto "regola/eccezione" in punto di perseguibilità d'ufficio piuttosto che a querela.

2. Gli argomenti posti a fondamento delle decisioni oggetto di contrasto.

A causa del difettoso coordinamento tra il "nuovo" art. 582, comma secondo, cod. pen. e l'immutato art. 4, comma 1, lett. *a)*, d.lgs. n. 274 del 2000, nella giurisprudenza di legittimità si è registrato un contrasto giurisprudenziale in ordine alla questione dell'individuazione del giudice competente (giudice di pace o tribunale) in relazione al delitto di lesioni personali volontarie comportanti malattia di durata superiore ai venti e non eccedente i quaranta giorni, quando il fatto è [divenuto] perseguibile a querela di parte, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. *b)*, d.lgs. n. 150 del 2022.

L'orientamento giurisprudenziale maggioritario impostosi all'indomani dell'entrata in vigore della riforma Cartabia, a partire dalla sentenza "capofila" Sez. 5, n. 12517 del

10/01/2023, Cinquina, Rv. 284375-01, ha affermato che, in tema di lesioni personali volontarie di durata superiore a venti giorni e non eccedente i quaranta, divenute procedibili a querela per effetto dell'art. 2, comma 1, lett. *b)*, d.lgs. n. 150 del 2022, sussiste la competenza per materia del giudice di pace, dovendo, il mancato coordinamento di tale disposizione con quella di cui all'art. 4, comma 1, lett. *a)*, d.lgs. n. 274 del 2000, essere risolto attraverso l'interpretazione estensiva di tale ultima disposizione, conformemente alla volontà del legislatore riformatore di ampliare la competenza della predetta autorità giudiziaria a tutti i casi di lesioni procedibili a querela (conf. Sez. 5, n. 10669 del 31/01/2023, T., Rv. 284371-01; Sez. 5, n. 14943 del 21/03/2023, Corni, non massimata; Sez. 5, n. 15728 del 11/01/2023, Turco, Rv. 284586-01; Sez. 5, n. 16537 dell'11/04/2023, Leveque, non massimata; Sez. 5, n. 24803 del 18/01/2023, Paoletti, non massimata; Sez. 5, n. 31720 del 14/06/2023, Benvenuto, non massimata; Sez. 5, n. 36812 del 12/07/2023, Xeka, non massimata; Sez. F, n. 34896 del 10/08/2023, Pistola, non massimata; Sez. 5, n. 41372 del 05/07/2023, N., Rv. 285876-01).

Questo indirizzo, accedendo ad un'interpretazione correttivo-estensiva dell'immutato art. 4, comma 1, lett. *a)*, d.lgs. n. 274 cit. (definita anche «parziale interpretazione analogica *in bonam partem*» perché comportante l'applicazione delle sanzioni più miti della giurisdizione di pace: così Sez. 5, n. 12517 del 2023, cit.), pone come argomenti a sostegno in sintesi:

- le finalità dell'intervento normativo di cui al d.lgs. n. 150 del 2022, come palesato nella Relazione illustrativa, dirette (anche) a deflazionare il carico (in entrata) del giudice togato, quindi di (indiretto) ampliamento della competenza del magistrato onorario «e non certo di [sua] riduzione» (ancora Sez. 5, n. 12517 del 2023, cit.);
- la persistente vigenza del d.lgs. n. 274 del 2000, istitutivo della competenza penale del giudice di pace;
- la modifica *in peius* del trattamento sanzionatorio che si verificherebbe a seguire l'opposta soluzione in favore della competenza del tribunale;
- l'implausibilità, in termini generali, della tesi secondo cui, nel contesto di un rapporto di rinvio "mobile" tra due disposizioni di legge, la mera modifica della disposizione richiamata, in assenza di ulteriori elementi normativi, possa comportare un effetto abrogativo della disposizione rinviante (cfr. Sez. 5, n. 41372 del 2023, cit.).

In consapevole e motivato contrasto con questo divisamento, si è posta Sez. 5, n. 40719 del 20/09/2023, K., Rv. 285172-01, che ha propugnato altro indirizzo – rimasto isolato – nel rilievo che l'interpretazione letterale (costituente il limite di ogni altro metodo ermeneutico per costante giurisprudenza nomofilattica) del combinato disposto del nuovo art. 582, comma secondo, cod. pen. e dell'art. 4 d.lgs. n. 274 del 2000 conduce a ritenere che al giudice di pace non sia rimasta alcuna competenza in materia di lesioni personali volontarie, poiché le ipotesi di questo reato perseguibili a querela sono ora previste tutte nel comma primo dell'art. 582 cod. pen., ossia in una disposizione *topograficamente* estranea a quella richiamata dall'art. 4, comma 1, lett. a), cit., donde la conclusione che, in relazione al delitto di lesioni personali volontarie con malattia di durata superiore a venti giorni e non eccedente i quaranta, anche dopo le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 150 del 2022 permane la competenza per materia del tribunale.

In questa diversa prospettiva interpretativa, si è evidenziato – diffusamente – che l'art. 4 d.lgs. n. 274 del 2000 continua ad ancorare la competenza *ratione materiae* del giudice di pace alle lesioni personali volontarie perseguibili a querela di cui al comma secondo dell'art. 582 cod. pen., secondo la tecnica del rinvio "formale" (o "mobile") ma, nell'attuale formulazione derivante dalla riforma Cartabia, la disposizione richiamata non prevede più alcuna ipotesi di lesioni perseguibili a querela, se non quelle ascrivibili all'ipotesi dell'"ec-

cezione dell'eccezione", peraltro già sottratte alla competenza del giudice di pace in forza della declaratoria di illegittimità costituzionale reda da Corte cost. n. 236 del 2018.

3. La soluzione recepita dalle Sezioni Unite.

Le **Sezioni Unite penali**, aderendo all'indirizzo maggioritario, con la sentenza **n. 12759 del 14/12/2023, dep. 28/03/2024, L.,** hanno affermato il seguente principio di diritto, così massimato:

«*Appartiene al giudice di pace, dopo l'entrata in vigore delle modifiche introdotte dall'art. 2, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 150 del 2022, la competenza per materia ex art. 4, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 274 del 2000, in ordine al delitto di cui all'art. 582 cod. pen., nei casi procedibili a querela, anche quando comporti una malattia di durata superiore a venti giorni e fino a quaranta giorni, fatte salve le ipotesi espressamente escluse dall'ordinamento*». (*In motivazione la Corte ha precisato che, relativamente ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2022, l'applicazione delle pene previste dal d.lgs. n. 274 non è automatica, potendo risultare in concreto più favorevole il trattamento sanzionatorio comminato per i reati di competenza del tribunale in caso di concedibilità della sospensione condizionale della pena e secondo una valutazione da compiere di volta in volta alla luce della singola vicenda processuale)*». **(Rv. 286153-01)**.

A sostegno della divisata soluzione la S.C., nella sua più autorevole composizione, in motivazione prende le mosse dal contenuto e dal significato delle disposizioni legislative che immediatamente rilevano ai fini dell'individuazione della cognizione in ordine al reato di lesioni personali volontarie – costituite dagli artt. 15, comma 1, legge 24 novembre 1999, n. 468, 4, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 274 del 2000 e 582 cod. pen. (*ante* e *post* riforma del 2022) – ancorandone l'interpretazione al «fondamentale criterio ermeneutico del rispetto del dato letterale […], che costituisce un limite insuperabile anche qualora si proceda ad una interpretazione estensiva, e che non può essere in alcun modo valicato mediante il richiamo ai lavori parlamentari o alla Relazione illustrativa» (§ 8).

Esclusa la sussistenza di un vuoto di disciplina in materia di distribuzione della competenza tra organi giurisdizionali penali (in ipotesi colmabile col ricorso al criterio analogico), la propugnata lettura coordinata della disposizione del decreto delegato (art. 4, comma 1, lett. a, d.lgs. n. 274 cit.) con la corrispondente previsione della legge delega (art. 15, comma 1, legge n. 468 cit.) consente – per le Sezioni Unite – un'interpretazione sistematica e teleologica (nel solco di Corte cost. n. 182 del 2018; Id. n. 250 del 2016; Id. n. 220 del 2014) secondo la quale il giudice di pace è competente per tutti i delitti di lesione personale, consumati o tentati, quanto la procedibilità per gli stessi sia a querela, fatte salve le ipotesi officiose espressamente escluse dall'ordinamento.

Sebbene l'immutato testo dell'art. 4, comma 1, lett. *a)*, d.lgs. n. 274, se letto isolatamente, potrebbe apparire diretto a circoscrivere la competenza del giudice di pace ai delitti (consumati o tentati) previsti dall'art. 582 cod. pen. limitatamente alle fattispecie che siano, al contempo, contemplate nel secondo comma di questa disposizione nonché perseguibili a querela, la prospettiva muta – secondo le Sezioni Unite – se si tiene presente, da un lato, la volontà obiettivamente desumibile dalla legge delega n. 468 del 1999 (ove l'art. 582, comma secondo, cod. pen. risulta richiamato come "sinonimo" dell'espressione «*delitti di lesione personale punibili a querela della persona offesa*»), dall'altro, il contenuto normativo vigente al momento dell'entrata in vigore del d.lgs. attuativo n. 274 del 2000 (e fino al 30 dicembre 2022), allorquando le fattispecie di lesione personale volontarie perseguibili a querela erano tutte esaustivamente indicate nel comma secondo dell'art. 582 cod. pen. Ed anzi, proprio perché, (anche) all'epoca dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 274

del 2000, le ipotesi di lesione personale procedibili a querela di parte erano tutte indicate nel comma secondo dell'art. 582 cod. pen., per il Consesso allargato «appare ragionevole escludere che il legislatore delegato [del 2000, NdA] abbia voluto discostarsi dalle indicazioni della legge delega [del 1999] sulla competenza [penale] del giudice di pace in ordine alla tipologia di delitto, per ridurne o circoscriverne l'ambito applicativo» (§ 11.2.).

In breve, la S.C., nella sua più autorevole composizione, propugna un'interpretazione "restrittiva" (su cui v. già Sez. U, n. 38810 del 13/06/2022, Banadin, Rv. 283639-01) dell'art. 4, comma 1, lett. *a)*, d.lgs. n. 274 cit., tale da escludere un'autonoma efficacia precettiva all'inciso «*di cui al secondo comma*» rispetto ai sintagmi «*perseguibili a querela di parte*».

Il giudice massimamente nomofilattico esclude, poi, che l'art. 4, comma 1, lett. *a)*, d.lgs. n. 274 cit., anche – e a maggior ragione se letto unitamente all'art. 15, comma 1, legge n. 468 cit. – possa essere inteso come operante un rinvio "fisso" (o "materiale" ovvero "statico" o, ancora, "recettizio") all'art. 582, comma secondo, cod. pen. nel testo vigente alla data di entrata in vigore della cit. legge delega: richiamata la giurisprudenza e la dottrina costituzionale su tale tecnica normativa (v. Corte cost. n. 236 del 2018; Id. n. 258 del 2014; Id. n. 80 del 2013), per le Sezioni Unite non risulta alcun dato obiettivamente indicativo della volontà del legislatore storico che ha istituito la competenza penale del giudice di pace di "cristallizzare" quest'ultima con riguardo al reato di lesione personale esattamente in relazione ai fatti che l'ordinamento prevedeva all'epoca come procedibili a querela e, quindi, in termini assolutamente impermeabili a qualunque successiva modifica di tale disciplina, quant'anche fosse stata tutta "interna" al comma secondo dell'art. 582 cod. pen. (§ 12.2).

Sulla base di tali premesse ricostruttive, il Collegio riunito reputa la propugnata soluzione che postula l'ampliamento della competenza del giudice di pace per il delitto di lesione personale nei casi di procedibilità a querela (fatte salve le ipotesi officiose espressamente escluse):

- l'unica che consente di riconoscere pratica utilità all'art. 4, comma 1, lett. *a)*, d.lgs. n. 274, nella parte in cui fa tutt'ora riferimento all'art. 582 cod. pen.;

- quella che meglio si armonizza con le scelte ordinamentali, sempre più nette nel senso della massima riduzione dell'applicazione della pena carceraria, accentuate anche e proprio dalla riforma Cartabia e senz'altro valorizzabili attraverso il catalogo delle sanzioni di cui all'art. 52 d.lgs. n. 274 del 2000;

- non in contrasto con le esigenze di tutela della collettività giacché molte fattispecie di lesione personale, anche lievissima, restano comunque devolute alla cognizione del tribunale.

Infine, a livello intertemporale, con riferimento ai fatti commessi prima della data di entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2022 (quindi entro il 29 dicembre 2022), ferma la competenza del tribunale monocratico in forza del criterio della *perpetuatio iurisdictionis*, le Sezioni Unite precisano che l'applicazione delle pene previste dal d.lgs. n. 274 del 2000, a norma dell'art. 63 dello stesso decreto, non è automatica, «potendo risultare in concreto più favorevole il trattamento sanzionatorio anche il regime "ordinario", in caso di concedibilità della sospensione condizionale della pena, e secondo una valutazione da compiere di volta in volta alla luce della singola vicenda processuale» (§ 17).

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte costituzionale:

Corte cost. n. 80 del 2013;
Corte cost. n. 220 del 2014;
Corte cost. n. 258 del 2014;
Corte cost. n. 250 del 2016;
Corte cost. n. 182 del 2018;
Corte cost. n. 236 del 2018.

Sentenze della Corte di cassazione:

Sez. U, n. 38810 del 13/06/2022, Banadin, Rv. 283639-01;
Sez. 5, n. 10669 del 31/01/2023, T., Rv. 284371-01;
Sez. 5, n. 14943 del 21/03/2023, Corni, non massimata;
Sez. 5, n. 12517 del 10/01/2023, Cinquina, Rv. 284475-01;
Sez. 5, n. 16537 del 11/01/2023, Leveque, non massimata;
Sez. 5, n. 24807 del 18/01/2023, Paoletti, non massimata;
Sez. 5, n. 31720 del 14/06/2023, Benvenuto, non massimata;
Sez. F, n. 34896 del 10/08/2023, Pistola, non massimata;
Sez. 5, n. 36812 del 12/07/2023, Xeka, non massimata;
Sez. 5, n. 40719 del 20/09/2023, K., Rv. 285172-01;
Sez. 5, n. 41372 del 05/07/2023, Nunziante, Rv. 285876-01.

SEZIONE II

ATTI

CAPITOLO I

LA TRADUZIONE DELL'ORDINANZA DI CUSTODIA CAUTELARE NEI CONFRONTI DELL'INDAGATO ALLOGLOTTO

(di Giuseppe Marra)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I diversi orientamenti sulla questione devoluta. – 3. La decisione delle Sezioni Unite. – 4. Altre questioni affrontate dalle Sezioni Unite. – 5. Alcune decisioni successive.

1. Premessa.

La questione decisa dal massimo consesso, risalente e mai risolta, trova origine, in particolare, dalle modifiche normative che hanno interessato il tema della tutela linguistica dell'indagato/imputato alloglotta nel procedimento penale (ossia il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 32 e il d.lgs. 23 giugno 2016, n. 129), nonché dai rilevanti interventi esegetici offerti in materia sia dalla Consulta, in particolare con la sentenza Corte cost. n. 10 del 12 gennaio 1993, sia dalle stesse Sezioni Unite della Suprema Corte, principalmente con la sentenza Sez. U, n.19 del 24/09/2003, dep.2004, Zalagaitis, Rv.226717-01, che in massima ha affermato: «*Qualora sia applicata una misura cautelare personale nei confronti di un cittadino straniero, del quale si ignori (nella specie, a causa dello stato di latitanza) che non è in grado di comprendere la lingua italiana, non è dovuta l'immediata traduzione dell'ordinanza che la dispone e il diritto alla conoscenza del relativo contenuto è soddisfatto – una volta eseguito il provvedimento – o dalla traduzione in lingua a lui nota (anche in applicazione dell'art. 94, comma 1-bis, disp. att. cod. proc. pen.), ovvero dalla nomina, in sede di interrogatorio di garanzia, di un interprete che traduca le contestazioni mossegli, rendendolo edotto delle ragioni che hanno determinato l'emissione del provvedimento nei suoi confronti. In tal caso la decorrenza del termine per impugnare il provvedimento è differita al momento in cui il destinatario ne abbia compreso il contenuto. (Nell'occasione, la Corte ha precisato che, qualora non sia stata portata a conoscenza dello straniero, in una lingua a lui nota, l'ordinanza cautelare, quest'ultima è viziata da nullità a regime cd. intermedio solo quando risulti inequivocabilmente, dagli atti in possesso del giudice al momento della sua adozione, che lo straniero non era in grado di comprendere la lingua italiana). (si veda Corte cost., 12 gennaio 1993, n.10)*».

Malgrado tale decisione delle Sezioni Unite, nel corso degli anni successivi è rimasta controversa sia in giurisprudenza sia in dottrina la questione della sanzione processuale conseguente alla mancata o ritardata traduzione dell'ordinanza cautelare custodiale.

La Prima Sezione, ritenendo permanere un contrasto proprio in ordine gli effetti processuali dell'omessa o tardiva traduzione all'indagato alloglotto dell'ordinanza applicativa della misura cautelare della custodia in carcere, ha rimesso la questione alle Sezioni Unite con ordinanza del 4 maggio 2023, formulando il seguente quesito: «*se l'obbligo di traduzione*

in lingua nota al soggetto straniero che non conosca la lingua italiana dell'ordinanza applicativa della misura coercitiva, prescritto dall'art. 143, comma 2, cod. proc. pen. e da eseguirsi in termine congruo, qualora adempiuto in tempi non congrui, comporti: la nullità dell'ordinanza e di quale natura, oppure la sua inefficacia per ragioni sopravvenute ovvero ancora se, in assenza di conseguenze patologiche per la misura applicata, il ritardo nella traduzione determini solo il differimento del termine per proporre impugnazione, a decorrere dal momento della disposta traduzione».

2. I diversi orientamenti sulla questione devoluta.

La presenza di numerose sentenze sul tema, antecedenti e successive alle modifiche normative introdotte dal d.lgs. n.32/2014, ha offerto alle Sezioni Unite un ventaglio di posizioni sui possibili effetti processuali che possono riassumersi in due distinti orientamenti.

Per un primo filone, (tra le altre, Sez.5, n.22065 del 06/07/2020, Bhiari Zsolt, Rv. 279447-01; Sez.5, n.10993 del 5/12/2019, dep.2020, Chanaa Zakaria, Rv. 278883-01; Sez. 4, n. 6684 del 12/11/2004, dep. 2005, Hachimini, Rv. 233360-01), l'omessa o tardiva traduzione di un'ordinanza che dispone una misura cautelare personale nei confronti di un imputato o un indagato alloglotto, che non conosce la lingua italiana, incidendo esclusivamente sull'esercizio del suo diritto di difesa, non determina la nullità dell'atto, ma solo la sua inefficacia ai fini del decorrere del termine per l'impugnazione. Tra le numerose sentenze, in particolare, si segnala per l'ampia motivazione Sez. 1, n.6623 del 16/12/2015, (dep.2016), Darbo Cheikh, Rv. 266210-01 (La sentenza è stata massimata con riferimento ad altro principio), che ha argomentato nei seguenti termini: "*Da una parte l'art. 143 cod. proc. pen. non contiene alcuna sanzione processuale per gli atti in relazione ai quali è stata omessa l'obbligatoria traduzione – tanto meno ne sancisce espressamente la nullità – dall'altra la norma contiene un esplicito riferimento alla finalità della traduzione: quella di consentire l'esercizio dei diritti e delle facoltà della difesa. Se ne può, quindi, ragionevolmente dedurre che l'omessa (o comunque, non tempestiva) traduzione non attiene alla struttura dell'atto – quindi non ne determina la nullità, non rientrando in alcuna delle nullità di ordine generale di cui all'art. 178 cod. proc. pen. – ma concerne la sua efficacia e, quindi, eventualmente può incidere sulla validità degli atti successivi e conseguenti all'atto non tradotto. Questa Corte ha costantemente insegnato che l'omissione dell'adempimento non incide sulla perfezione e sulla validità dell'atto stesso ma sulla sua efficacia, con la conseguenza che la traduzione può essere successivamente disposta, determinandosi una sorta di restituzione nel termine, con riferimento al momento produttivo degli effetti, per consentirne l'eventuale impugnazione da parte dell'indagato/imputato alloglotto*". Si è, perciò, esclusa la nullità dell'atto a causa dell'inadempimento del giudice nel disporre la traduzione, che, invece, inciderebbe sull'efficacia del provvedimento, nei termini dell'effettività del diritto all'impugnazione da parte dell'indagato/imputato alloglotto, il quale sarebbe quindi, rimesso in termini (ove il termine fosse spirato) per impugnare solo dopo aver ricevuto la traduzione scritta in lingua da lui conosciuta. Orientamento confermato anche in relazione alla traduzione dell'ordinanza di aggravamento della misura, nello specifico dalla sentenza Sez. 6, n. 51951 del 17/10/2017, Minte, Rv.271655-01, che ha argomentato in questi termini: «l'ordinanza di aggravamento della misura cautelare nei confronti dell'indagato alloglotto deve essere tradotta nella lingua a quest'ultimo nota, ai sensi dell'art. 143 cod. proc. pen. (come modificato dal d.lgs. 4 marzo 2014, n. 32), atteso che la finalità di assicurare il compiuto esercizio del diritto di difesa, cui è preordinata detta traduzione, presuppone la conoscenza sia degli elementi indiziari, valorizzati ai fini dell'adozione della misura, che delle esigenze cautelari e delle loro modifiche per effetto di circostanze sopravvenute». In tale prospettiva, la tra-

duzione dell'ordinanza di aggravamento di una misura cautelare in una lingua conosciuta dall'indagato straniero, prescritta dall'art. 143, comma 2, cod. proc. pen., non «integra un elemento costitutivo, bensì, in quanto funzionale alla sua comprensione, configura unicamente un elemento imprescindibile ai fini della decorrenza del termine per l'esercizio della facoltà d'impugnazione da parte dell'avente diritto [...]».

In base ad un secondo e contrapposto orientamento giurisprudenziale (tra le altre, Sez. 3, n. 14990 del 18/02/2015, Vervaeren, Rv.263236-01; Sez. 6, n. 50766 del 12/11/2014, Awoh, Rv. 261537-01; Sez. 5, n. 16185 del 6/10/2004, Fusha, Rv. 233642-01; Sez. 3, n. 26846 del 29/04/2004, Ionascu, cit.), invece, l'omessa o tardiva traduzione di un'ordinanza che dispone l'applicazione di una misura cautelare personale nei confronti di un soggetto alloglotto concretizza un vizio dell'atto originario, pur dovendosi differenziare gli effetti che ne derivano a seconda del momento in cui emerge che lo straniero non conosce la lingua italiana. Alla stregua di questo indirizzo laddove sia applicata una misura cautelare personale nei confronti di un cittadino straniero «che non è in grado di comprendere la lingua italiana, l'omessa traduzione del provvedimento determina la sua nullità (a regime intermedio) solo se la predetta circostanza era già nota al momento dell'emissione del titolo cautelare [...]»; diversamente, deve essere disposta la traduzione del provvedimento restrittivo entro un termine congruo, così come previsto dall'art. 143, comma 2, cod. proc. pen., il mancato rispetto del quale determina «la perdita di efficacia della misura [...]» (Sez. 3, n. 14990/2015, Vervaeren, cit.). In tal senso, ad esempio, anche la sentenza Sez. 4, n. 33802 del 18/05/2017, Ojeareghan, Rv. 270610-01, la cui massima, infatti, ha affermato che: «*Qualora sia applicata una misura cautelare personale nei confronti di un cittadino straniero che non è in grado di comprendere la lingua italiana, l'omessa traduzione del provvedimento determina la sua nullità (a regime intermedio) solo se la predetta circostanza era già nota al momento dell'emissione del titolo cautelare; laddove invece la mancata conoscenza della lingua italiana emerga nel corso dell'interrogatorio di garanzia, tale situazione va equiparata a quella di assoluto impedimento regolata dall'art. 294, secondo comma, cod. proc. pen., sicché il giudice deve disporre la traduzione del provvedimento coercitivo in un termine congruo, ed il termine per l'interrogatorio decorre nuovamente dalla data di deposito della traduzione, con la conseguente perdita di efficacia della misura in caso di omesso interrogatorio entro il termine predetto, ovvero di traduzione disposta o effettuata in un termine "incongruo"*». Anche altre decisioni successive hanno affermato che qualora la traduzione ordinata dal giudice sia, poi, effettuata e notificata all'interessato in un tempo "incongruo", la conseguenza processuale sarebbe la perdita sopravvenuta di efficacia dell'ordinanza cautelare (si veda Sez.1, n.5671 del 08/01/2019, Rezzak più altri, non massimata.). Va sottolineato che il termine "inefficacia" è riferito agli effetti per cd. "primari" del provvedimento cautelare quale titolo legittimante la limitazione della libertà personale, e non già con riferimento al solo decorso del termine per impugnare il provvedimento cautelare.

3. La decisione delle Sezioni Unite.

Le **Sezioni Unite** con sentenza **n. 15069 del 26/10/2023, dep. 11/04/2024, Niecko, Rv. 286356-01**, hanno risolto il contrasto affermando il seguente principio di diritto così massimato: «*In materia di misure cautelari personali, l'ordinanza di custodia cautelare emessa nei confronti di un imputato o indagato alloglotto, ove sia già emerso che questi non conosca la lingua italiana, è affetta, in caso di mancata traduzione, da nullità ai sensi del combinato disposto degli artt. 143 e 292 cod. proc. pen. Ove, invece, non sia già emerso che l'indagato o imputato alloglotto non conosca la lingua italiana, l'ordinanza di custodia cautelare non tradotta emessa nei suoi confronti è valida fino al momento in cui risulti la*

mancata conoscenza di detta lingua, che comporta l'obbligo di traduzione del provvedimento in un congruo termine, la cui violazione determina la nullità dell'intera sequenza di atti processuali compiuti sino a quel momento, in essa compresa l'ordinanza di custodia cautelare».

In primo luogo, la Suprema Corte ribadisce che: «Occorre precisarsi che l'obbligo di tradurre l'atto processuale non insorge per il solo fatto che l'imputato non sia un cittadino italiano, ma necessita della prova che lo stesso non conosca la lingua italiana, come, da tempo, affermato anche da Sez. U, n. 5052 del 24/09/2003, dep. 2004, Zalagaitis», valutazione che spetta al giudice di merito, caso per caso, costituendo un'indagine di mero fatto, non censurabile in sede di legittimità se motivato in termini corretti ed esaustivi. Quanto, poi, specificamente al contrasto sul tema della sanzione processuale derivante dall'omessa o tardiva traduzione, le Sezioni unite si avvalgono dei canoni esegetici, ancora attuali, dettati dalla sentenza della Corte cost. n. 10 del 1993 citata, che ha espresso principi netti sul fronte delle garanzie processuali per l'imputato straniero e delle sanzioni poste a tutela di tali garanzie. Pertanto, nel cogente quadro costituzionale e convenzionale tratteggiato, l'incidenza diretta delle misure cautelari sul bene inviolabile della libertà personale (art. 13 Cost.) «impone di riconoscere la massima forza espansiva al diritto alla traduzione degli atti, assicurando, al contempo, la tempestività di tale attività processuale». Va, quindi, privilegiato secondo la Suprema Corte l'indirizzo che evoca il vizio della nullità a regime intermedio dell'atto non accompagnato da tale necessario adempimento (e degli atti conseguenti, quali l'interrogatorio di garanzia), laddove una diversa interpretazione finirebbe per rendere l'autorevole posizione del Giudice delle leggi «una mera declamazione vuota di effetti, e per suscitare più che serie perplessità in ordine alla stessa "tenuta costituzionale" di un tale approdo, nonché alla sua conformità rispetto al principio del "giusto processo" tutelato anche in sede sovranazionale». Le Sezioni unite accreditano, altresì, la distinzione formulata dall'orientamento maggioritario e basata sul momento nel quale emerge il dato dell'ignoranza della lingua italiana del destinatario del provvedimento cautelare, già all'atto della sua emissione ovvero in corso di esecuzione (ad esempio, durante l'interrogatorio di garanzia), ma, in entrambi i casi, resta ferma la sanzione della nullità di grado intermedio dell'atto non tradotto: nel primo caso la stessa trova la propria fonte nel combinato disposto degli artt. 143 e 292, comma 2, cod. proc. pen., norma, quest'ultima, che prevede espressamente a pena di nullità (già qualificata a regime intermedio da Sez. 3, n. 41786 del 26/10/2021, Gabbianelli, Rv. 282460-01) che il destinatario della misura sia fatto partecipe dell'addebito, delle norme violate, degli indizi e delle esigenze cautelari sottese; nel secondo caso l'omissione dell'adempimento tempestivo a tradurre l'ordinanza incide sul parametro di cui all'art. 178, comma 1 lett. c), cod. proc. pen., compromettendo la «partecipazione attiva e cosciente del reale protagonista della vicenda processuale». Dalla motivazione emerge che è quest'ultima l'ipotesi che determina maggiori criticità operative, non fosse altro in quanto la grave sanzione posta a rimedio del *vulnus*, appunto la nullità a regime intermedio della ordinanza genetica (e dei successivi atti della sequenza procedimentale), è fatta dipendere da una condizione dagli incerti tratti identificativi, quale la "congruità" del termine entro il quale deve essere disposta la traduzione scritta. Al riguardo, le Sezioni Unite, preso atto dell'impossibilità di rinunciare ad una nozione elastica del lasso temporale prescritto per la traduzione del provvedimento cautelare (condizionato da una variegata casistica in cui rilevano la difficoltà di reperire l'interprete, la rarità dell'idioma straniero o la complessità del provvedimento da tradurre), esortano comunque il giudice della cautela a rifuggire da interpretazioni elusive del diritto di difesa, indiscutibilmente pregiudicato non solo dall'omessa traduzione ma anche dal prolungamento dei tempi di effettuazione della traduzione al di

là del dovuto, soprattutto nel caso in cui la libertà del soggetto sia, nel frattempo, rimasta ristretta. Si evidenzia, perciò, la necessità di una traduzione dell'ordinanza cautelare chiara, completa e celere, assunto che trae il suo solido fondamento sistematico, che appare insuperabile, dal combinato disposto degli artt. 24, secondo comma, Cost., e 6, par. 3, lett. a), CEDU. Il provvedimento che dispone una misura cautelare personale, infatti, fin da subito, produce i suoi effetti tipici, incidendo direttamente sulla libertà personale dello straniero che non conosce la lingua italiana. Si richiamano così le locuzioni avverbiali che figurano nelle citate fonti sovranazionali («nel più breve tempo possibile», «senza indugio», «sollecitamente»), evocative dell'urgenza con cui deve essere assicurata la piena comprensione del titolo cautelare da parte del suo destinatario alloglotto. Risulta, comunque, pacifico che la verifica della congruità del termine di cui all'art. 143, comma 2, cod. proc. pen., pur non essendo agevole, costituisce una questione di fatto rimessa alla valutazione del giudice di merito, che si sottrae al sindacato di legittimità, laddove motivata, in conformità dei criteri della logica e delle massime di esperienza, nel rispetto delle emergenze processuali (così Sez. 6, n. 28697 del 17/04/2012, Wu, Rv. 253250 -01; si vedano, in senso sostanzialmente conforme, anche Sez. 2, n. 46139 del 28/10/2015, Reznikov, Rv. 265213-01; Sez. 1, n. 2263 del 14/05/2014, Tahiri, Rv. 261998-01; Sez. 5, n. 33775 del 27/02/2014, Ilie, Rv. 261640-01; Sez. 2, n. 40807 del 06/10/2005, Sokolovych, Rv. 232593-01). La sentenza, infine, precisa che «l'omissione di un tale adempimento finisce, incidendo sul parametro di cui all'art. 178, comma 1, lett. c), cod. proc. pen., per "contaminare" la sequenza procedimentale sino a quel momento compiuta (si pensi anche all'interrogatorio di "garanzia" nel frattempo posto in essere), pregiudicando anche la validità, da ritenere sempre, per quanto esposto inizialmente, "provvisoriamente" fondata sulla mancata prova della non conoscenza della lingua italiana, dell'ordinanza custodiale», comprendendo nel termine "omissione", quindi, anche la necessaria tempestività dell'adempimento da svolgere da parte del traduttore su ordine del giudice.

4. Altre questioni affermate dalle Sezioni Unite.

La sentenza in esame coglie l'occasione per fornire altri principi di diritto che, in astratto, potevano sembrare di contorno rispetto allo specifico oggetto del quesito, ma che la Corte ritiene di sicuro interesse nella pratica giudiziaria. Da sottolineare, ad esempio, il passaggio motivazionale in cui le Sezioni Unite affidano un margine di operatività alla disciplina d'urgenza dettata dall'art. 51-*bis*, comma 2, disp. att. cod. proc. pen., in particolare non escludendo che il giudice, nelle more del deposito della traduzione scritta dell'ordinanza cautelare, provveda alla sua traduzione orale, ad esempio avvalendosi dell'interprete presente all'interrogatorio di garanzia. Quest'ultima operazione viene evocata non in sostituzione, ma parallelamente alla traduzione scritta, quale sua sommaria anticipazione. La sentenza affronta un'altra questione di frequente rilevanza pratica, ossia quella relativa all'interesse processuale che deve sussistere in capo al ricorrente. Sul punto le Sezioni Unite precisano che: « il soggetto alloglotta che lamenta la violazione delle sue prerogative difensive, per effetto della mancata traduzione del provvedimento restrittivo adottato nei suoi confronti, non può semplicemente limitarsi a dolersi dell'omissione, ma, in coerenza con la natura generale a regime intermedio delle nullità, che, nella specie, vengono in rilievo, ha l'onere di indicare l'esistenza di un interesse a ricorrere, concreto, attuale e verificabile, non rilevando, in tal senso, la mera allegazione di un pregiudizio astratto o potenziale (tra le altre, Sez. 2, n. 33455 del 20/04/2023, Mortellaro, Rv. 285186-01; Sez. 4, n. 4789 del 19/02/1992, Sità, Rv. 189947-01). Si afferma che l'interesse a dedurre una tale patologia processuale, infatti, sussiste soltanto se ed in quanto il soggetto alloglotta abbia almeno allegato di

avere subito, in conseguenza dell'ordinanza non tradotta, un pregiudizio illegittimo». Si tratta, a ben vedere, di una conclusione imposta dalla giurisprudenza consolidata in tema di interesse a impugnare, risalente a Sez. U, n. 6624 del 27/10/2011, dep. 2012, Marinaj, Rv. 251693-01, che la Corte ritiene di ribadire in questa occasione probabilmente, come detto, per l'importanza pratica che essa può avere nella definizione dei ricorsi, al di là dello specifico caso in esame.

5. Alcune decisioni successive.

Appare utile riportare alcune decisioni successive alla sentenza delle Sezioni Unite che hanno affrontato casi particolari, pur in conformità con quanto affermato dalla sentenza *Niecko*. Ad esempio, con riferimento all'utilizzo in via di urgenza dell'interprete si afferma (si veda **Sez.2, n.45013 del 28/11/2024, Gjetani, Rv.287363-01**) che: «In tema di misure cautelari personali, non è nullo l'interrogatorio di garanzia nel caso in cui il giudice, cui, al momento dell'emissione dell'ordinanza, non era nota la mancata conoscenza della lingua italiana da parte dell'indagato alloglotto e che ne abbia disposto la traduzione nella lingua di origine del predetto dopo l'esecuzione della misura, ma prima dell'interrogatorio, si avvale di un interprete che rappresenti il contenuto dell'ordinanza cautelare, delle domande e delle contestazioni formulate. (Fattispecie in cui la Corte ha escluso che tale *modus procedendi* comportasse lesione del diritto di difesa sul rilievo che la decisione di avvalersi della facoltà di non rispondere, assunta all'atto dell'interrogatorio di garanzia, costituiva una precisa scelta difensiva e non una necessità dovuta alla mancata comprensione degli addebiti)».

Quanto alla sussistenza di un concreto interesse processuale da dedurre da parte dell'indagato/imputato, si segnala la sentenza **Sez. 6, n.2714 del 04/12/2024, dep. 2025, Medina, Rv. 287455-01**, che afferma il seguente principio: «In tema di misure cautelari personali, sussiste l'interesse a dedurre la nullità derivante dalla tardiva traduzione dell'ordinanza solo se il soggetto alloglotta abbia allegato di aver subito, in conseguenza dell'ordinanza non tradotta, un illegittimo pregiudizio per il diritto di difesa», in piena continuità con la decisione Sez. U, n.15069/2024, Niecko.

Infine, pare opportuno riportare la massima relativa alla traduzione dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di riesame della misura cautelare personale. La sentenza **Sez. 6, n.27103 del 02/05/2024, L., Rv. 286797-01** afferma in massima: «La mancata traduzione in una lingua nota all'indagato alloglotto, che non conosce la lingua italiana, dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di riesame avverso un provvedimento applicativo di misura cautelare personale non ne determina la nullità, comportando esclusivamente che i termini per la proposizione del ricorso per cassazione decorrano dal momento in cui il predetto ha effettiva conoscenza del contenuto del provvedimento. (In motivazione, la Corte ha precisato che il provvedimento non è inserito nel novero di quelli che devono essere necessariamente tradotti *ex* art. 143, comma 2, cod. proc. pen., né di quelli essenziali alla conoscenza delle accuse di cui all'art. 143, comma 3, cod. proc. pen.)». La decisione sembra in controtendenza rispetto alla *vis espansiva* del diritto alla tempestiva traduzione degli atti che riguardano la libertà personale, che parrebbe affermarsi dai principi delle Sez. U, n.15069/2024, Niecko.

Elenco delle sentenze citate

Sentenze della Corte costituzionale:
Corte cost., n.10 del 12/01/1993.

Sentenze della Corte di cassazione:
Sez. U, n. 5052 del 24/09/2003, dep. 2004, Zalagaitis, Rv.226717-01;
Sez. U, n. 6624 del 27/10/2011, dep. 2012, Marinaj, Rv. 251693-01;
Sez. U, n.15069 del 26/10/2023, dep. 2024, Niecko, Rv.286356-01;
Sez. 4, n. 4789 del 19/02/1992, Sità, Rv. 189947-01;
Sez. 5, n. 16185 del 6/10/2004, Fusha, Rv. 233642-01;
Sez. 4, n. 6684 del 12/11/2004, dep. 2005, Hachimini, Rv. 233360-01;
Sez. 2, n. 40807 del 06/10/2005, Sokolovych, Rv. 232593-01;
Sez. 6, n. 28697 del 17/04/2012, Wu, Rv. 253250-01;
Sez. 5, n. 33775 del 27/02/2014, Ilie, Rv. 261640-01;
Sez. 1, n. 2263 del 14/05/2014, Tahiri, Rv. 261998-01;
Sez. 6, n. 50766 del 12/11/2014, Awoh, Rv. 261537-01;
Sez. 3, n. 14990 del 18/02/2015, Vervaeren, Rv.263236-01;
Sez. 2, n. 46139 del 28/10/2015, Reznikov, Rv. 265213-01;
Sez. 1, n.6623 del 16/12/2015, (dep.2016), Darbo Cheikh, Rv. 266210-01;
Sez. 6, n. 51951 del 17/10/2017, Minte, Rv.271655-01;
Sez.1, n.5671 del 08/01/2019, Rezzak + altri, non massimata;
Sez.5, n.10993 del 5/12/2019, dep.2020, Chanaa Zakaria, Rv. 278883-01;
Sez.5, n.22065 del 06/07/2020, Bhiari Zsolt, Rv. 279447-01;
Sez. 3, n. 41786 del 26/10/2021, Gabbianelli, Rv. 282460-01;
Sez. 2, n. 33455 del 20/04/2023, Mortellaro, Rv. 285186-01;
Sez. 6, n.27103 del 02/05/2024, L., Rv. 286797-01;
Sez.2, n.45013 del 28/11/2024, Gjetani, Rv.287363-01;
Sez. 6, n.2714 del 04/12/2024, dep. 2025, Medina, Rv. 287455-01.

SEZIONE III

PROVE

CAPITOLO I

NOZIONE DI "PROCEDIMENTI ISCRITTI SUCCESSIVAMENTE AL 31 AGOSTO 2020" AI FINI DELL'APPLICABILITÀ DEL "NUOVO" ART. 270 COD. PROC. PEN., NEL TESTO INTRODOTTO DAL D.L. 30 DICEMBRE 2019, N. 161

(di Claudia Terracina)

SOMMARIO: 1. L'ordinanza di rimessione. – 2. La vicenda oggetto del ricorso. – 3. Gli orientamenti in contrasto. – 4. La soluzione delle Sezioni Unite

1. L'ordinanza di rimessione.

La Sezione Quinta, con ordinanza n.46832 del 14/11/2023, ha rilevato l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale riguardante l'ambito applicativo temporale dell'art. 270, comma 1, cod. proc. pen., nel testo introdotto dal d.l. 30/12/2019, n.161, convertito con modificazioni dalla legge 28/02/2020, n. 7. Ha dunque rimesso la decisione alle Sezioni Unite, formulando il seguente quesito: «*Se la disciplina del regime di utilizzabilità delle intercettazioni in procedimenti diversi, di cui all'art. 270, comma 1, cod. proc. pen., nel testo introdotto dal d.l. 30 dicembre 2019, n.161, convertito con modificazioni dalla legge 28 febbraio 2020, n. 7 ed anteriore al decreto legge 10 agosto 2023, n.105, convertito con modificazioni dalla legge 8 ottobre 2023, n. 137, operi soltanto nel caso in cui il procedimento nel quale sono state compiute le captazioni e il procedimento diverso siano stati iscritti successivamente al 31 agosto 2020, ovvero nel caso in cui solo quest'ultimo sia stato iscritto dopo tale data*».

2. La vicenda oggetto del ricorso.

Vale la pena, in premessa, riepilogare brevemente la vicenda sottesa al ricorso e il quadro normativo di riferimento, con particolare attenzione ai tempi e alle modifiche legislative intervenute.

La Suprema Corte era stata investita di un ricorso avverso un'ordinanza della Sezione per il riesame delle misure cautelari del Tribunale di Napoli del 1° marzo 2023 che, su appello del pubblico ministero, aveva accolto una richiesta cautelare riguardante i partecipi di un delitto di associazione per delinquere finalizzata alla commissione di reati di falso ideologico ed altri reati contro la pubblica fede, precedentemente rigettata dal giudice per le indagini preliminari. La provvista indiziaria del procedimento, iscritto nel marzo 2022 a seguito di separazione da un procedimento del 2019, si fondava su conversazioni telefoniche intercettate nell'ambito del procedimento originario, iscritto per estorsione a danno di una delle indagate.

Disattendendo la decisione di rigetto del primo giudice, il Tribunale – pur escludendo che vi fosse connessione tra i reati oggetto del procedimento in cui le intercettazioni erano state autorizzate e quello in cui se ne faceva uso per sostenere la domanda cautelare – rite-

neva le intercettazioni del procedimento del 2019 utilizzabili nel procedimento "nuovo" in virtù dell'art. 270, comma 1, cod. proc. pen. – nel testo novellato dal d.l. 30 dicembre 2019, n. 161, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2020, n. 7. Tale norma, infatti, consente la circolazione probatoria degli esiti delle captazioni tra diversi procedimenti non solo nei casi in cui nel diverso procedimento si proceda per un reato per il quale è consentito l'arresto obbligatorio in flagranza, ma anche quando le conversazioni intercettate siano rilevanti e indispensabili per l'accertamento di uno dei reati di cui all'art. 266, comma 1, cod. proc. pen.

Nel caso di specie, il delitto associativo per cui si procedeva non rientra tra quelli per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza, *ex* art. 380, comma l, cod. proc. pen., e neppure sussistono le condizioni di cui all'art. 380, comma 2, lett. m), cod. proc. pen., non essendo la fattispecie associativa, per come contestata, finalizzata alla commissione dei reati indicati in detta norma, ma, rientrando nell'elenco dell'art. 266, comma 1, cod. proc. pen., consentiva, a norma del "nuovo" art. 270, comma 1 cod. proc. pen., l'utilizzazione delle intercettazioni autorizzate in altro procedimento.

Secondo l'ordinanza del Tribunale, il novellato art. 270 cod. proc. pen. troverebbe applicazione in ragione dell'art. 1 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28 – convertito dalla legge 25 giugno 2020, n. 70 – secondo cui il "nuovo" testo dell'art. 270, comma 1, cod. proc. pen. si applica ai procedimenti penali iscritti successivamente al 31 agosto 2020, e, dunque, anche al procedimento per reato associativo, iscritto successivamente a detta data.

Gli imputati ricorrevano avverso tale decisione lamentando, tra l'altro, l'inutilizzabilità delle intercettazioni.

Pacificamente non può ritenersi applicabile *ratione temporis* al procedimento, in quanto iscritto prima della sua entrata in vigore, la nuova modifica dell'art. 270 cod. proc. pen, ad opera dell'art. 1, commi 2-quater e 2-quinquies del d.l. 10 agosto 2023, n. 105, convertito con modificazioni dalla legge 9 ottobre 2023, n. 137, che ha eliminato l'inciso «*I risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti, salvo che risultino rilevanti e indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza e dei reati di cui all'articolo 266, comma 1*».

La Quinta Sezione – escludendo la rilevanza del tema della connessione tra i procedimenti o della indispensabilità delle intercettazioni – individuava il nucleo della questione nella applicabilità al procedimento al suo esame dell'art. 270, comma 1, cod. proc. pen., nella sua versione novellata dal d.l. n. 161 del 2019, convertito nella legge n. 7 del 2020. L'art. 2, comma 1, lett. g), del citato d.l. ha – com'è noto – modificato il testo dell'art. 270, comma 1, cod. proc. pen., stabilendo che «*i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti, salvo che risultino rilevanti e indispensabili per l'accertamento dei delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza e dei reati di cui all'art. 266, comma 1*» (tale ultimo inciso è stato poi eliminato dal successivo d.l. 10 agosto 2023, n.105, convertito con modificazioni dalla legge 8 ottobre 2023, n. 137).

La questione involge profili di diritto intertemporale. Oltre ad intervenire sul contenuto dell'art. 270 cod. proc. pen., il d.l. n. 161 del 2019, ha inciso, infatti, sulla disposizione transitoria contenuta nell'art. 9 d.lgs. 29/12/2017, n. 216.

Nel suo testo originario, l'art. 9 stabiliva che l'intera disciplina, a tutela della riservatezza delle comunicazioni intercettate (ad eccezione della modifica dell'art. 114 cod. proc. pen.) si applicasse ai «*provvedimenti autorizzativi emessi dopo il centottantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto*», vale a dire il 26 gennaio 2018. In seguito, il termine era stato più volte prorogato: dapprima al 31 marzo 2019, poi

al 31 luglio e al 31 dicembre dello stesso anno, senza che il riferimento ai "provvedimenti autorizzativi emessi" fosse modificato.

L'ultima proroga era stata disposta dall'art. 1 del d.l. n. 161 del 2019 che, tuttavia, interveniva anche modificando il parametro di riferimento per l'applicazione del *novum,* non più costituito dalle "operazioni di intercettazione relative a provvedimenti autorizzativi emessi", ma dai "procedimenti penali iscritti" dopo il termine indicato.

La legge di conversione n. 7 del 2020 è intervenuta sull'art. 1, spostando in avanti il riferimento temporale di applicabilità della disciplina al 29 febbraio 2020, senza alterare il nuovo riferimento ai "procedimenti penali iscritti". In seguito, tale termine veniva spostato al 30 aprile e poi, ad opera del d.l. 30/04/2020, n. 28, convertito con l. 25/06/2020, n. 70, al 31 agosto 2020.

3. Gli orientamenti in contrasto.

Il contrasto interpretativo rilevato nella ordinanza di remissione si incentra appunto sulla portata e sulla natura giuridica del sintagma contenuto nell'art. 9 del d.lgs. n. 216 del 2017, che collega l'entrata in vigore del novellato art. 270 cod. proc. pen. ai «*procedimenti penali iscritti successivamente al 31 agosto 2020*» e se, in particolare, il parametro temporale di iscrizione si riferisca ai procedimenti nel cui ambito si intendono utilizzare i risultati di intercettazioni captate *aliunde* (come avvenuto nell'ordinanza del Tribunale oggetto del ricorso), ovvero si riferisca alla data di iscrizione del procedimento originario e, in particolare, al momento in cui le captazioni sono state autorizzate.

Secondo un primo orientamento, espresso da Sez. 5, n. 37169 del 20/07/2022, S., Rv. 283874-02 – cui aderivano Sez. 5, n. 37911 del 20/07/2022, Saponara e Sez. 2, n. 37143 del 13/06/2023, Mati, entrambe non massimate – la locuzione «*procedimenti penali iscritti successivamente al 31 agosto 2020*», farebbe riferimento «*a tutte le notizie di reato che, dopo tale data, siano state oggetto di nuova ed autonoma iscrizione, quale che sia la forma utilizzata dal pubblico ministero*», cioè «*sia quando nel corso delle indagini preliminari, il pubblico ministero deve procedere a nuova iscrizione nel registro delle notizie di reato, sia quando acquisisce, nei confronti della stessa persona, elementi in ordine a fatti ulteriori costituenti reato, sia quando raccoglie, a carico di persone diverse dall'originario indagato, elementi in relazione al medesimo o ad un nuovo reato*» e «*quale che sia la forma utilizzata dal pubblico ministero*».

L'opzione interpretativa troverebbe fondamento nel dato letterale della modifica apportata dal d.l. n. 161 del 2019, convertito in legge nel 2020, all'art. 9 del d. lgs. n. 216 del 2017 che ha sostituito il riferimento della adozione dei "provvedimenti" autorizzativi delle intercettazioni con quello della "iscrizione" dei procedimenti. Detta modifica, secondo questo orientamento, in quanto concernente il regime della circolazione esterna dei risultati captativi, non potrebbe che avere riguardo ai procedimenti in cui vengono utilizzati. Inoltre, la sentenza valorizza l'introduzione, accanto al parametro della "indispensabilità" delle captazioni per l'accertamento del reato, quello della "rilevanza" di esse, sostenendo che: «*Siffatta locuzione, che aggiunge al carattere di indispensabilità anche quello di rilevanza, implica innovativamente, ed in modo rafforzato, la valutazione del "peso" del mezzo di prova, dovendo il giudice esplicitare, con adeguata motivazione, la rilevanza e la imprescindibilità delle captazioni, autorizzate nel procedimento a quo, per la prova dei reati contestati nel diverso procedimento ad quem*».

Infine, sotto il profilo sistematico, viene valorizzata l'intenzione del legislatore di limitare gli effetti della pronuncia a Sezioni Unite *Cavallo* in tema di utilizzabilità degli esiti delle intercettazioni in un diverso procedimento, consentendo la più ampia applicabilità

del nuovo e più ampio regime di circolazione degli esiti delle captazioni. Infatti, la norma avrebbe inteso inserire «nuove deroghe al principio generale della inutilizzabilità degli esiti delle captazioni autorizzate *aliunde* e ciò avrebbe fatto facendo riferimento alla data di iscrizione del procedimento derivato e non a quello originario.»

Un diverso indirizzo, espresso da Sez. 6, n. 9846 del 24/11/2022 (dep. 2023), De Iesu, Rv. 284256- 01, ed in precedenza da Sez. 6, n. 47235 del 17/11/2021, Ierardi, non massimata, afferma l'applicabilità del nuovo art. 270, comma 1, cod. proc. pen., alle sole intercettazioni disposte nei procedimenti penali iscritti anteriormente al 31 agosto 2020, non potendo attribuirsi rilievo, per l'individuazione del regime normativo applicabile alle intercettazioni, a sviluppi procedimentali del tutto accidentali, quali la creazione di nuovi procedimenti a seguito della separazione di posizioni soggettive o la trasmissione degli atti per competenza ad altro Ufficio di Procura.

4. La soluzione delle Sezioni Unite.

Nell'affrontare il contrasto, le Sezioni Unite procedono delineandone in primo luogo l'oggetto. Osservano infatti come il contenuto dell'art. 270 cod. proc. pen. resti sullo sfondo, incentrandosi il contrasto piuttosto sulla natura giuridica e l'«esatta portata» della disposizione provvisoria di cui all'art. 9 del d.lgs. n. 216 del 2017, così come modificata dal d.l. n. 161 del 2019, convertito in legge n. 7 del 2020.

In merito alla questione della natura giuridica della norma, viene fatto cenno, in via generale, alla distinzione dogmatica tra norme "di diritto penale transitorio" e "disposizioni transitorie", consistendo le prime in «*quelle disposizioni, quelle regole, quei principi di carattere generale che hanno la funzione di risolvere i conflitti tra norme*», che «*non disciplinano specifiche ipotesi di successione di leggi e non attengono a materie tematiche, ma dettano criteri validi per tutto l'ordinamento*», tra cui, il principio *tempus regit actum*. Invece, la «*disposizione transitoria» è un enunciato legislativo mediante il quale il legislatore, derogando espressamente alle norme o ai principi di diritto intertemporale «di volta in volta, sottrae il novum normativa alla disciplina che sarebbe applicabile in base alle comuni regole o principi di diritto intertemporale*.»

L'art. 9 del d.lgs. n. 216 del 2017, sostiene la Corte, ha appunto la natura giuridica di "disposizione transitoria", volta a sottrarre l'applicabilità della disciplina all'ordinario principio "*tempus regit actum*", che regola il diritto intertemporale in materia processuale.

Ciò in dissenso con una tesi interpretativa, emersa in dottrina in riferimento alla "prima versione" dell'art. 9 del d.lgs. n. 161 («*centottanta giorni dopo l'entrata in vigore del presente decreto*»), secondo cui la norma avrebbe introdotto una mera *vacatio legis*, volta a rinviare l'entrata in vigore della disciplina, da applicare, secondo le ordinarie regole della successione delle leggi nel tempo, alle autonome (e scindibili) sottofasi del procedimento di intercettazione non ancora compiute, mentre quelle concluse resterebbero disciplinate dalla vecchia normativa. Seguendo questa interpretazione, «*la sotto-fase della circolazione probatoria, in quanto non ancora compiuta alla data del 31 agosto 2020, sarebbe verosimilmente disciplinata dal "novum", e, quindi, troverebbe applicazione il nuovo art. 270, comma 1, cod. proc. pen.*»

Lo snodo argomentativo delle Sezioni Unite, che si pronunciano a favore del secondo degli orientamenti esegetici emersi, parte dalla complessiva ricostruzione della successione delle norme interessate.

Si osserva, in primo luogo, come l'operatività dell'art. 9 del d.lgs. n. 216 del 2017 non fosse limitata a disciplinare la successione temporale tra il nuovo e il vecchio art. 270 cod. proc. pen. (e dunque il solo regime di utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni in pro-

cedimento diverso), ma riguardasse l'entrata in vigore dell'intera disciplina, comprendente anche altri aspetti dell'attività captativa.

Nella sua originaria formulazione, per l'applicabilità dell'intera novella, la norma provvisoria regolava il fenomeno successorio dando rilievo «*alla presenza di un provvedimento autorizzativo emesso nel procedimento originario specificamente collocato in un dato momento*», indicandolo nel "centottantesimo giorno" successivo alla data di entrata in vigore del decreto, e dunque sottraeva il *novum*, nella sua globalità, all'immediata applicazione.

La novella del 2019 – nel prorogare ulteriormente l'entrata in vigore dell'intera novella – ha sostituito il riferimento ai "provvedimenti autorizzativi emessi" con quello ai "procedimenti penali iscritti".

Le Sezioni Unite leggono tale intervento in una prospettiva di chiarificazione e non di superamento del dato normativo precedente. Richiamando i lavori preparatori e i pareri resi dal CSM, evidenziano che scopo dell'intervento normativo era di ovviare alle potenziali difficoltà di gestione in sede applicativa: ad esempio, nei casi in cui in un medesimo procedimento fossero stati emessi provvedimenti autorizzativi di intercettazioni sia prima che dopo la data indicata nella disposizione provvisoria, con conseguente applicabilità di diverse discipline alle attività intercettive effettuate nello stesso procedimento, oppure al caso di provvedimenti autorizzatori emessi dopo il termine temporale per procedimenti iscritti prima. Pertanto, lungi dallo «*spostare l'angolo prospettico*» dal procedimento in cui le intercettazioni erano state autorizzate a quello, diverso, in cui se ne intendono utilizzare gli esiti, la novella del 2020 si è posta in una «prospettiva di continuità esplicativa, di chiarimento migliorativo del dato normativo preesistente».

È dunque sempre in relazione al procedimento "originario" e non a quello "diverso" che è stata ancorata dal legislatore l'applicabilità dell'intera disciplina. Solo, al fine di evitare la commistione di diversi regimi alle intercettazioni disposte in un procedimento, l'applicabilità è stato legata al momento della iscrizione del procedimento in cui i provvedimenti autorizzativi sono stati emessi e non a quello della loro emissione.

Le Sezioni Unite aggiungono che l'opzione ermeneutica scelta – secondo cui il nuovo art. 270 cod. proc. pen. si applichi ai procedimenti in cui le captazioni sono state autorizzate iscritti dopo il 31 agosto 2020 – si imponga «*in ragione del dato testuale, del senso complessivo e della portata della disposizione provvisoria*», nonché, sul piano sistematico, sia «*maggiormente compatibile con i principi costituzionali sottesi alla disciplina delle intercettazioni*».

Richiamano la giurisprudenza della Corte costituzionale, che da tempo si è espressa evidenziando il *vulnus* che l'attività captativa, espressione dell'interesse pubblico all'accertamento dei fatti di reato, esplica sull'inderogabile principio della libertà delle comunicazioni, e la centralità del controllo giudiziale.

Sotto quest'ultimo profilo, evidenziano come, nella giurisprudenza costituzionale e di legittimità – a partire dalla sentenza **Sez. U *Cavallo*** – il provvedimento autorizzatorio motivato, che traccia la disciplina, l'oggetto e il limite della intrusione operata dalle captazioni nella sfera privata, assuma valore fondamentale, sicché la circolazione degli esiti dell'attività intercettiva in altri procedimenti, diversi da quello in cui le intercettazioni sono state autorizzate, debba costituire l'eccezione e non la regola.

Da tale contesto risulta «*obiettivamente più distante*» la diversa interpretazione della norma transitoria, secondo cui l'applicabilità della novella è da riferire al momento della iscrizione del procedimento *ad quem*, in quanto limita la valenza del provvedimento autorizzatorio e «*estende e restringe la possibilità di utilizzare gli esiti delle captazioni in procedimenti diversi sulla base di valutazioni variabili*», quali la separazione di procedimenti,

il momento della loro iscrizione, con il rischio che la riservatezza delle conversazioni subisca «*l'interferenza del potere pubblico*» oltre a quanto consentito nel provvedimento autorizzativo originario. L'opzione interpretativa finisce pertanto per derogare «*al principio generale fissato dalla Corte costituzionale in ragione di variabili legate a contingenze non oggettive, ma che, di volta in volta, possono aver portato ad iscrivere il procedimento derivato in un momento piuttosto che in altro, prima o dopo il 31 agosto 2020*.»

Viene enunciato pertanto il seguente principio di diritto:

«*La disciplina del regime di utilizzabilità delle intercettazioni in procedimenti diversi, di cui all'art. 270, comma 1, cod. proc. pen. – nel testo introdotto dal decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 161, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2020, n.7 ed anteriore al decreto-legge 10 agosto 2023, n.105, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 ottobre 2023, n. 137 – si applica solo nel caso in cui il procedimento nel quale sono state compiute le intercettazioni sia stato iscritto successivamente al 31 agosto 2020*». **(Rv. 287005-01)**

Alla luce delle esposte argomentazioni, le Sezioni Unite hanno ritenuto che il regime di utilizzabilità dei risultati dell'attività captativa autorizzata nel 2019 nell'ambito del procedimento per reati associativi iscritto l'anno precedente (dunque prima del 31 agosto 2020) non potesse essere quello introdotto dalla novella del 2019, ma quello precedente, dettato dalla sentenza **Sez. U *Cavallo***.

Pertanto, le intercettazioni autorizzate in procedimento diverso, non connesso, non potevano essere utilizzate nel procedimento oggetto dell'ordinanza impugnata in quanto il reato come contestato non rientrava tra quelli per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza. L'ordinanza era dunque annullata con rinvio al Tribunale perché, espunte dal compendio indiziario le conversazioni inutilizzabili, formulasse un nuovo giudizio sulla sussistenza dei gravi indizi di reato.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte costituzionale:
Corte cost., n. 166 del 1991.

Sentenze della Corte di cassazione:
Sez. U, n. 51 del 28/11/2019 (dep. 2020), Cavallo, Rv. 277395-01;
Sez. 6, n. 47235 del 17/11/2021, Ierardi, non massimata;
Sez. 5, n. 37169 del 20/07/2022, S., Rv. 283874- 02;
Sez. 5, n. 37911 del 20/07/2022, Saponara, non massimata;
Sez. 6, n. 9846 del 24/11/2022 (dep. 2023), De Iesu, Rv. 284256- 01;
Sez. 2, n. 37143 del 13/06/2023, Mati, non massimata.

CAPITOLO II

L'ACQUISIZIONE ALL'ESTERO TRAMITE L'ORDINE EUROPEO DI INDAGINE DEI RISULTATI DELLE INTERCETTAZIONI DISPOSTE DALL'AUTORITÀ GIUDIZIARIA STRANIERA SU PIATTAFORMA INFORMATICA CRIPTATA E CRIPTOFONINI

(di Giuseppe Marra e Valeria Bove)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 1.1. L'ordinanza di rimessione n. 47798 del 3/11/2023, Gjuzi. – 1.2. L'ordinanza di rimessione n. 2329 del 15/01/2024, Giorgi. – 2. I principi massimati delle due sentenze "gemelle" Sez. U, Gjuzi e Sez. U, Giorgi. – 2.1. La disciplina applicabile. – 2.2. L'acquisizione con o.e.i. da parte del pubblico ministero. – 2.3. Sulla autorizzazione da parte del giudice italiano alla emissione dell'o.e.i. – 2.4. Sulla utilizzabilità del contenuto delle comunicazioni acquisite con o.e.i. – 2.5. Il diritto della difesa di accedere all'algoritmo. – 2.6. Sulla disciplina di cui all'art. 132 d.lgs. n. 196 del 2003. – 3. Il contenuto delle due decisioni. – 4. Conclusioni.

1. Premessa.

La questione decisa dal massimo consesso con due sentenze rese lo stesso giorno ed in larga parte sovrapponibili (Sez. U, n. 23755, del 29/02/2024, Gjuzi, e n. 23756 del 29/02/2024, Giorgi, entrambe dep. 14/06/2024), ha affrontato, sotto molteplici profili, il tema dell'acquisizione all'estero, mediante un ordine europeo di indagine (di seguito indicato come o.e.i.) emesso dal pubblico ministero italiano, di prove già in possesso dell'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione, che nel caso di specie consistevano nel contenuto di comunicazioni intercorrenti sul sistema SKY-ECC, ossia su una piattaforma informatica criptata che consentiva l'utilizzo dei cosiddetti criptofonini, in uso a migliaia di utenti in diversi paesi europei. La complessa attività interpretativa compiuta dalla Suprema Corte ha riguardato in particolare la disciplina relativa all'o.e.i., ossia la Direttiva 2014/41/UE del Parlamento e del Consiglio del 3 aprile 2014, nonché la normativa interna di recepimento contenuta nel d.lgs. 27 giugno 2017 n.108, oltre a numerose sentenze rese non solo dalla Corte costituzionale e dalla Suprema Corte, ma anche dalle Corti sovrannazionali che, sotto diversi profili, si sono occupate, oltre che della disciplina di settore, anche della tutela dei diritti fondamentali dei cittadini (*in primis* la tutela della segretezza e riservatezza delle comunicazioni, nonché dell'effettività del diritto di difesa) nell'ambito della cooperazione giudiziaria, soprattutto tra Paesi dell'Unione europea.

1.1. L'ordinanza di rimessione n. 47798 del 3/11/2023, Gjuzi.

Con l'ordinanza di n. 47798 del 03/11/2023, Gjuzi, da cui ha tratto poi origine la sentenza **Sez. U, n. 23755 del 29/02/2024, dep. 14/06/2024, Gjuzi,** la Terza Sezione ha rimesso alle Sezioni Unite la decisione sulle seguenti questioni:

1) «Se l'acquisizione di messaggi su *chat* di gruppo, scambiati con sistema cifrato, attraverso un ordine europeo di indagine presso un'autorità giudiziaria straniera che ne abbia eseguito la decrittazione costituisca acquisizione di documenti e di dati informatici ai sensi dell'art. 234-*bis* cod. proc. pen. o di documenti *ex* art. 234 cod. proc. pen. ovvero sia riconducibile ad altra disciplina relativa all'acquisizione di prove»;

2) «Se l'acquisizione di cui sopra debba essere oggetto, ai fini della utilizzabilità dei relativi dati, di preventiva o successiva verifica giurisdizionale della sua legittimità da parte della autorità giurisdizionale nazionale».

L'ordinanza rilevava che nel procedimento sottoposto al vaglio della Corte, il materiale indiziario risultava costituito anche da messaggi scambiati con il sistema cifrato *Sky-ECC* utilizzato dagli indagati ed evidenziava, quanto alla acquisizione dei suddetti dati, che i predetti messaggi erano stati richiesti all'Autorità Giudiziaria francese con o.e.i. emessi dalla Procura della Repubblica italiana e che l'operazione di decriptazione era stata eseguita mediante l'individuazione del necessario algoritmo utilizzato dalla società proprietaria del sistema di cifratura *Sky-ECC*., aggiungendo poi che, nella fattispecie al vaglio della Corte, era di fatto incontestato, anche da parte della difesa, che si trattasse di acquisizione di messaggi costituenti dati "freddi" ovvero estranei, nella loro acquisizione, ad un flusso di comunicazioni in corso (e dunque alle intercettazioni).

Sulle modalità di acquisizione, mediante o.e.i. di messaggi su *chat* di gruppo presso un'Autorità giudiziaria straniera che ne avesse già eseguito la decriptazione, si registravano due differenti orientamenti: uno, maggioritario, secondo cui viene in rilievo una acquisizione di "documenti e di dati informatici" che va operata ai sensi dell'art. 234-*bis* cod. proc. pen. (introdotto dall'art. 2, comma 1-*bis*, del dl. n. 7 del 2015, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 43 del 2015) senza necessità – ed in ciò una prima indicazione in ordine al secondo quesito – di ulteriori verifiche giurisdizionali interne anteriori e tantomeno posteriori, rispetto alla citata acquisizione.

Quanto all'opposto orientamento, l'ordinanza di rimessione dà atto di due sentenze cd. gemelle, Sez. 6, n. 44154 del 26/10/2023, Iaria, Rv. 285284-01; 285284-02 e 285284-03 e Sez. 6, n. 44155 del 26/10/2023, Kolgjokaj, Rv 285362-01; 285362-02, adottate nella stessa udienza ed assunte in consapevole contrasto con l'orientamento maggioritario, secondo cui non è applicabile la disposizione dettata dall'art. 234-*bis* cod. proc. pen. se riferita ai risultati di una attività acquisitiva in corso, concretizzatasi nella apprensione occulta del contenuto di *chat* archiviato in un *server*, dovendo, in questi casi, inquadrarsi l'attività acquisitiva – che abbia ad oggetto dati ivi memorizzati – nelle disposizioni dettate in materia di perquisizione e sequestri, e, nello specifico, nella norma dettata dall'art. 254-*bis* cod. proc. pen.

L'ordinanza di rimessione evidenzia che «le due questioni sono tra loro strettamente connesse, perché le conclusioni sulla natura giuridica da attribuire all'acquisizione, effettuata tramite ordine europeo di indagine, di messaggi scambiati su *chat* di gruppo mediante un sistema cifrato, e già a disposizione dell'autorità giudiziaria straniera, hanno una diretta ricaduta in ordine al tema della necessità di preventiva o successiva verifica giurisdizionale» ed in ragione di ciò i diversi e contrastanti indirizzi giurisprudenziali espressi dalla Suprema Corte sul punto sono stati oggetto di esposizione unitaria con riferimento alle soluzioni accolte per entrambi i profili.

1.2. L'ordinanza di rimessione n. 2329 del 15/01/2024, Giorgi.

Con riguardo specifico alla sentenza **Sez. U, n. 23756 del 29/02/2024, dep. 14/06/2024, Giorgi**, essa trae origine dall'ordinanza **Sez. 6, n. 2329 del 15/01/2024,** che ha rimesso la decisione alle Sezioni Unite sulle seguenti questioni:

1) «Se l'acquisizione, mediante ordine europeo di indagine, dei risultati di intercettazioni disposte dall'Autorità giudiziaria estera su una piattaforma informatica criptata integri, o meno, l'ipotesi disciplinata nell'ordinamento interno dall'art. 270 cod. proc. pen.»;

2) «Se l'acquisizione, mediante ordine europeo di indagine, dei risultati di intercettazioni disposte dall'Autorità giudiziaria estera attraverso l'inserimento di un captatore informatico sul "*server*" di una piattaforma criptata sia soggetta nell'ordinamento interno ad un controllo giurisdizionale, preventivo o successivo, in ordine alla utilizzabilità dei dati raccolti».

L'ordinanza di rimessione citata evidenziava «…un rilevante contrasto interpretativo, sia in ordine alla individuazione dello strumento processuale "interno" da porre a parametro per l'importazione delle "*chat*" decrittate e richieste con gli o.e.i, sia con riguardo al tipo e all'ambito del controllo giurisdizionale da svolgere nel nostro ordinamento in merito alla utilizzabilità dei dati probatori raccolti all'estero. Sulla base dei motivi del ricorso e delle successive memorie, nonché dell'ampio corredo documentale allegato a loro supporto, risulta che l'Autorità giudiziaria francese ha proceduto ad una complessa e ramificata attività di intercettazione, eseguita attraverso un doppio passaggio e consistita, dapprima, nell'intercettare le comunicazioni intercorse sulla piattaforma *Sky ECC,* quindi nell'acquisire (tramite l'inoculazione nei *server* di appositi *trojan*) le chiavi di cifratura (due delle quali presenti nel *server* e due nel singolo cellulare dell'utilizzatore) idonee a consentire la decrittazione di tutte le conversazioni intercettate. (necessarie per trasformare la comunicazione criptata in espressioni comprensibili). Tale attività è stata effettuata con riferimento ad ipotesi di reato relative, oltre che alla fattispecie di associazione finalizzata al traffico di stupefacenti, alla violazione della legge sui mezzi di crittografia».

In particolare, si osservava che le questioni rimesse alle Sezioni Unite, in ragione anche del tipo di attività svolte dall'autorità giudiziaria francese, attenevano anche da un lato alla legittimazione o meno del pubblico ministero, senza previa autorizzazione del giudice procedente, ad acquisire con l'ordine di indagine europeo prove già disposte dall'autorità giudiziaria straniera (nella specie tramite attività di intercettazione), e dall'altro lato all'effettività delle garanzie difensive in relazione alla tutela dei diritti connessi alla libertà e segretezza delle comunicazioni, in questo caso digitali su piattaforma criptata, tenuto conto delle peculiari modalità di intercettazione/captazione che erano avvenute attraverso l'inserimento di un captatore informatico sul "*server*" della piattaforma criptata.

2. I principi massimati delle due sentenze "gemelle" Sez. U, Gjuzi e Sez. U, Giorgi.

Le due sentenze "gemelle", proprio in ragione della complessità delle questioni affrontate e dei numerosi principi di diritto affermati, sono state oggetto rispettivamente di sei e di cinque distinte massime, che qui di seguito si riportano, evidenziando, laddove i principi sono gli stessi, la conformità.

2.1 La disciplina applicabile.

«In materia di ordine europeo di indagine, la trasmissione del contenuto di comunicazioni scambiate mediante criptofonini, già acquisite e decrittate dall'autorità giudiziaria estera in un procedimento penale pendente davanti ad essa, non rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 234-*bis* cod. proc. pen., che opera al di fuori delle ipotesi di collaborazione tra autorità giudiziarie, bensì nella disciplina relativa alla circolazione delle prove tra procedimenti penali, quale desumibile dagli artt. 238 e 270 cod. proc. pen. e 78 disp. att. cod. proc. pen. (Fattispecie in tema di prove, costituite da messaggi scambiati su "chat" di gruppo mediante un sistema cifrato, già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione)» (**Sez. U, n. 23755 del 29/02/2024, dep. 14/06/2024, Gjuzi, Rv. 286573-01**).

«In materia di ordine europeo di indagine, l'acquisizione dei risultati di intercettazioni disposte da un'autorità giudiziaria straniera in un procedimento penale pendente davanti ad essa, ed effettuate su una piattaforma informatica criptata e su criptofonini, non è disciplinata dall'art. 234-bis cod. proc. pen., che opera al di fuori delle ipotesi di collaborazione tra autorità giudiziarie, trovando, invece, applicazione a tal fine la disciplina di cui all'art. 270 cod. proc. pen.» (**Sez. U, n. 23756 del 29/02/2024, dep. 14/06/2024, Giorgi, Rv. 286589-01**).

2.2. L'acquisizione con o.e.i. da parte del pubblico ministero.

Sul punto le due sentenze esprimono lo stesso principio, di seguito così massimato:

«In materia di ordine europeo di indagine, le prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione possono essere legittimamente richieste ed acquisite con un ordine europeo di indagine emesso dal pubblico ministero italiano, senza la necessità di preventiva autorizzazione da parte del giudice del procedimento nel quale si intende utilizzarle» (**Sez. U, n. 23755 del 29/02/2024, dep. 14/06/2024, Gjuzi, Rv 286573-02, conforme a Sez. U, n. 23756 del 29/02/2024, dep. 14/06/2024, Giorgi, Rv. 286589-02**).

2.3. Sulla autorizzazione da parte del giudice italiano alla emissione dell'o.e.i.

«In materia di ordine europeo di indagine, la sua emissione, da parte del pubblico ministero, diretta ad ottenere il contenuto di comunicazioni scambiate mediante criptofonini, già acquisite e decrittate dall'autorità giudiziaria estera in un procedimento penale pendente davanti ad essa, non deve essere preceduta da autorizzazione del giudice italiano, quale condizione necessaria a norma dell'art. 6 Direttiva 2014/41/UE, perché tale autorizzazione, nella disciplina nazionale relativa alla circolazione delle prove, non è richiesta per conseguire la disponibilità del contenuto di comunicazioni già acquisite in altro procedimento» (**Sez. U, n. 23755 del 29/02/2024, dep. 14/06/2024, Gjuzi, Rv** 286573-03).

«In materia di ordine europeo di indagine, la sua emissione da parte del pubblico ministero con la richiesta di acquisizione dei risultati di intercettazioni disposte da un'autorità giudiziaria straniera in un procedimento penale pendente davanti ad essa, ed effettuate attraverso l'inserimento di un captatore informatico sui server di una piattaforma criptata, è ammissibile perché attiene ad esiti investigativi ottenuti con modalità compatibili con l'ordinamento giuridico italiano, senza necessità di una preventiva autorizzazione del giudice italiano, non essendo ciò previsto dalla disciplina nazionale e non risultando come condizione necessaria ai sensi dell'art. 6 Direttiva 2014/41/UE» (**Sez. U, n. 23756 del 29/02/2024, dep. 14/06/2024, Giorgi, Rv. 286589-03**).

2.4. Sulla utilizzabilità del contenuto delle comunicazioni acquisite con o.e.i.

Su tale questione le due sentenze esprimono sostanzialmente lo stesso principio, pur se applicato a due fattispecie leggermente differenti, posto che nel caso delle Sez. U. Gjuzi l'utilizzabilità riguarda il contenuto di comunicazioni scambiate mediante criptofonini, mentre nel caso delle Sez. U, Giorgi vengono in rilievo i risultati di intercettazioni.

«L'utilizzabilità del contenuto di comunicazioni scambiate mediante criptofonini, già acquisite e decrittate dall'autorità giudiziaria estera in un procedimento penale pendente davanti ad essa, e trasmesse sulla base di ordine europeo di indagine, deve essere esclusa se il giudice italiano rileva che il loro impiego determinerebbe una violazione dei diritti fondamentali previsti dalla Costituzione e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, e, tra questi, del diritto di difesa e della garanzia di un giusto processo, fermo restando che l'onere di allegare e provare i fatti da cui inferire tale violazione grava sulla parte interessata» (**Sez. U, n. 23755 del 29/02/2014, dep. 14/06/2024, Gjuzi, Rv. 286573-05).**

«In materia di ordine europeo di indagine, l'utilizzabilità dei risultati di intercettazioni disposte da un 'autorità giudiziaria straniera in un procedimento penale pendente davanti ad essa, ed effettuate su una piattaforma informatica criptata e su criptofonini, deve essere esclusa se il giudice del procedimento nel quale dette risultanze istruttorie vengono acquisite rileva che, in relazione ad esse, si sia verificata la violazione dei diritti fondamentali

riconosciuti dalla Costituzione e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e, tra questi, del diritto di difesa e della garanzia del giusto processo, fermo restando che l'onere di allegare e provare i fatti da cui inferire tale violazione grava sulla parte interessata» (**Sez. U, n. 23756 del 29/02/2024, dep. 14/06/2024, Giorgi, Rv. 286589-04**).

2.5. Il diritto della difesa di accedere all'algoritmo.

Anche in relazione a tale questione le due sentenze esprimono sostanzialmente lo stesso principio, riferito nel caso delle Sez. U. Gjuzi alle comunicazioni digitali, e nel caso delle Sez. U, Giorgi alle intercettazioni telematiche.

«In materia di comunicazioni digitali, l'impossibilità per la difesa di accedere all'algoritmo utilizzato nell'ambito di un sistema di comunicazioni per criptare il testo delle stesse non determina una violazione dei diritti fondamentali, dovendo escludersi, salvo specifiche allegazioni di segno contrario, il pericolo di alterazione dei dati in quanto il contenuto di ciascun messaggio è inscindibilmente abbinato alla sua chiave di cifratura, ed una chiave errata non ha alcuna possibilità di decriptarlo anche solo parzialmente» (**Sez. U, n. 23755 del 29/02/2024, dep. 14/06/2024, Gjuzi, Rv. 286573-06**).

«In materia di intercettazioni telematiche, l'impossibilità per la difesa di accedere all'algoritmo, utilizzato nell'ambito di un sistema di comunicazioni per criptare il testo delle stesse, non determina una violazione dei diritti fondamentali di difesa, dovendo escludersi, salvo specifiche allegazioni di segno contrario, il pericolo di alterazione dei dati in quanto il contenuto di ciascun messaggio è inscindibilmente abbinato alla sua chiave di cifratura, ed una chiave errata non ha alcuna possibilità di decriptarlo anche solo parzialmente» (**Sez. U, n. 23756 del 29/02/2024, dep. 14/06/2024, Giorgi, Rv. 286589-05**).

2.6. Sulla disciplina di cui all'art. 132 d.lgs. n. 196 del 2003.

Solo nella sentenza **Sez. U, n. 23755 del 29/02/2024, dep. 14/06/2024, Gjuzi** è stato espresso anche questo ulteriore principio così massimato:

«In materia di ordine europeo di indagine, la disciplina di cui all'art. 132 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, relativa all'acquisizione dei dati concernenti il traffico di comunicazioni elettroniche e l'ubicazione dei dispositivi utilizzati, si applica alle richieste rivolte ai fornitori del servizio, ma non anche a quelle dirette ad altra autorità giudiziaria che già detenga tali dati, sicché, in questo caso, il pubblico ministero può legittimamente accedere agli stessi senza chiedere preventiva autorizzazione al giudice davanti al quale intende utilizzarli» (**Sez. U, n. 23755 del 29/02/2024, dep. 14/06/2024, Gjuzi, Rv. 286573-04**).

3. Il contenuto delle due decisioni.

Seppure in maniera necessariamente sintetica, si tenta in questa sede di rappresentare l'*iter* argomentativo seguito dalle due sentenze delle Sezioni Unite, seguendo l'ordine numerico delle massime sopra riportate.

La prima questione affrontata dalle Sezioni Unite è relativa all'individuazione dello strumento processuale interno utilizzabile dall'autorità giudiziaria italiana per acquisire mediante l'ordine europeo di indagine il contenuto di intercettazioni/captazioni già in possesso dell'A.G. dello Stato di esecuzione, se, quindi, la disciplina da applicare è quella dell'art. 234, dell'art. 234-*bis* cod. proc. pen., o dell'art. 254-*bis* cod. proc. pen., oppure, in caso di prove derivanti da attività di intercettazione, degli artt. 238-270 cod. proc. pen.

Sul punto, secondo un primo orientamento della giurisprudenza di legittimità, quando, in accoglimento di un o.e.i., l'autorità giudiziaria straniera trasmette comunicazioni su *chat*

di gruppo scambiate con sistema cifrato, le quali siano già in suo possesso nell'ambito di procedimento penale estero, si verte nell'ipotesi di cui all'art. 234-*bis* cod. proc. pen. Alcune decisioni (cfr. in particolare: Sez. 1, n. 19082 del 13/01/2023, Costacurta, Rv. 284440-01; Sez. 1, n. 6363 del 13/10/2022, dep. 2023, Minichino, non massimata.; Sez. 1, n. 6364 del 13/10/2022, dep. 2023, Calderon, Rv. 283998-01; Sez. 1, n. 34059 del 01/07/2022, Molisso, non massimata.) premettono che, con riferimento all'attività di acquisizione di messaggi su *chat* di gruppo scambiati con sistema cifrato, occorre distinguere tra due diversi tipi di possibili operazioni. Da un lato, quando l'attività di captazione e registrazione si riferisce a messaggi in fase di transito dall'apparecchio del mittente a quello del destinatario, la disciplina applicabile è quella relativa alle intercettazioni, e, più precisamente, nel caso in cui l'oggetto sia costituito da flussi di comunicazioni trasmessi in via telematica, mediante cavi o ponti radio, o analoga strumentazione tecnica, occorre far riferimento alla previsione di cui all'art. 266-*bis* cod. proc. pen., proprio in materia di intercettazioni di comunicazioni informatiche o telematiche. Dall'altro, quando invece l'attività di acquisizione e decifrazione si riferisce a comunicazioni già effettuate o comunque già acquisite dall'autorità giudiziaria estera, la disposizione applicabile è quella di cui all'art. 234-*bis* cod. proc. pen., la quale consente l'acquisizione di documenti e dati informatici conservati all'estero, anche diversi da quelli disponibili al pubblico, «previo consenso, in quest'ultimo caso, del legittimo titolare», che deve intendersi anche la persona giuridica che di quei dati e documenti può disporre in forza di un legittimo titolo, incluse, quindi, la polizia giudiziaria o l'autorità giudiziaria dello Stato estero. In questo orientamento si colloca una serie numerosa di decisioni che ritiene applicabile la disciplina prevista dall'art. 234-*bis* cod. proc. pen. e che segnala che: a) è irrilevante accertare se l'autorità giudiziaria straniera abbia acquisito i dati *ex post* o in tempo reale, perché l'aspetto dirimente è costituito dall'essere stata la richiesta italiana di o.e.i. avanzata quando i flussi di comunicazione non erano più in corso; b) l'onere di provare l'incompatibilità degli atti compiuti dall'autorità giudiziaria straniera con i principi fondamentali ed inderogabili dell'ordinamento giuridico italiano grava su chi formula la relativa eccezione anche perché il diritto straniero è un "fatto" (cfr Sez. 3, n. 47201 del 19/10/2023, Bruzzaniti, Rv. 285350-01; Sez. 4, n. 37503 del 30/05/2023, Iannaci, non massimata; Sez. 4, n. 16347 del 05/04/2023, Papalia, Rv. 284563-01; Sez. 4, n. 16345 del 05/04/2023, Liguori, non massimata; Sez. 4, n. 17647 del 28/03/2023, Gulluni, non massimata).

L'orientamento postosi in consapevole contrasto è stato espresso da due pronunce (Sez. 6, n. 44155 del 26/10/2023, Kolgjokaj, Rv. 285362-01, 02, e Sez. 6, n. 44154 del 26/10/2023, Iaria, Rv. 285284-01, 02, 03), secondo cui l'acquisizione, effettuata mediante un ordine europeo di indagine, di messaggi su *chat* di gruppo scambiati con sistema cifrato, quando attiene ai risultati di un'attività di apprensione occulta di comunicazioni non "in corso" o al sequestro di dati archiviati in un *server* o in altri supporti informatici, è regolata dalla disciplina di cui all'art. 254-*bis* cod. proc. pen., e non da quella di cui all'art. 234-*bis* cod. proc. pen. Si osserva sul punto, per un verso, che l'art. 234-*bis* cod. proc. pen. è riferibile solo ad elementi preesistenti rispetto al momento dell'avvio delle indagini dell'autorità giudiziaria straniera, o comunque formati al di fuori di quelle investigazioni, e, sotto altro profilo, che non può parlarsi di acquisizione avvenuta con il consenso del «legittimo titolare», perché questo si identifica nel mittente e nel destinatario del messaggio, nonché nella società di gestione della piattaforma di transito della comunicazione, mentre l'autorità giudiziaria straniera è un mero detentore dei dati a fini di giustizia. Inoltre, ad avviso delle due decisioni, l'attività di acquisizione, mediante o.e.i., di messaggi su *chat* di gruppo scambiati con sistema cifrato, se non riferita a comunicazioni "in corso", deve essere, pertanto, qualificata a norma dell'art. 254-*bis* cod. proc. pen., nell'ambito della disciplina del sequestro

di dati informatici presso fornitori di servizi informatici, telematici e di comunicazioni. Si precisa, innanzitutto, che, se l'acquisizione ha ad oggetto dati "esterni" al traffico telefonico o telematico, occorre far riferimento alle regole di cui all'art. 132 d.lgs. n. 196 del 2003, mentre, se vi è stata una captazione di comunicazioni o di flussi di comunicazioni in corso, la disciplina da applicare è quella di cui agli art. 266 ss. cod. proc. pen.

Infine, un ulteriore orientamento, espresso da tre pronunce (Sez. 6, n. 46833 del 26/10/2023, Bruzzaniti, Rv. 285543-01, 02, 03; Sez. 6, n. 48838 dell'11/10/2023, Brunello, Rv. 285599-01, 02; Sez. 6, n. 46482 del 27/09/2023, Bruzzaniti, Rv. 285363-01, 02, 03, 04), afferma che l'acquisizione, effettuata mediante un ordine europeo di indagine, di messaggi su *chat* di gruppo scambiati con sistema cifrato, quando attiene ad elementi già raccolti in un procedimento penale pendente davanti all'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione, ha ad oggetto, se riguarda corrispondenza, una prova documentale. Nel caso in cui, invece, si riferisca ai risultati di intercettazioni, il relativo trasferimento nel procedimento nazionale, può essere richiesto dal pubblico ministero, senza necessità di preventiva autorizzazione del giudice.

Sez. U, Giorgi, come visto sopra nella massima Rv.286589-01, prendendo atto delle diverse interpretazioni del diritto vivente, affermano il principio secondo cui l'art. 234-*bis* cod. proc. pen. riguarda l'acquisizione di elementi conservati all'estero che prescinde da forme di collaborazione con l'autorità giudiziaria di altro Stato; la disciplina relativa all'o.e.i. attiene all'acquisizione di elementi conservati all'estero da ottenere od ottenuti con la collaborazione dell'autorità giudiziaria di altro Stato della U.E., aggiungendo al riguardo che «il rapporto di alternatività tra acquisizione di elementi istruttori operata in via diretta dall'autorità giudiziaria procedente e acquisizione di elementi istruttori sulla base di rapporti di collaborazione con autorità giudiziarie di altri Stati trova una chiara esplicitazione nella Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, firmata a Budapest il 23 novembre 2001, nella parte in cui la stessa regola i poteri di indagine per l'accesso a dati informatici ubicati all'estero rispetto all'autorità giudiziaria procedente».

Nella massima Rv 286573-01 le Sez. U, Gjuzi aggiungono altresì che l'indicata trasmissione del contenuto di comunicazioni scambiate mediante criptofonini, già acquisite e decrittate dall'autorità giudiziaria estera in un procedimento penale pendente davanti ad essa, alla quale non è applicabile, come detto, l'art. 234-*bis* cod. proc. pen., rientra invece nella disciplina relativa alla circolazione delle prove tra procedimenti penali, quale desumibile dagli artt. 238 e 270 cod. proc. pen. e 78 disp. att. cod. proc. pen. Si precisa sul punto che l'art. 238 cod. proc. pen. detta le regole generali in tema di circolazione dei verbali di prove di altri procedimenti e la disciplina in esso contenuta, che si riferisce espressamente anche agli atti non ripetibili, non prevede, ai fini dell'acquisizione delle prove formate altrove, alcun intervento preventivo da parte del giudice del procedimento nel quale si vorrebbero utilizzarle, preoccupandosi la disposizione unicamente di fissare condizioni per l'utilizzazione di prove provenienti da altri procedimenti, tra cui non è ricompresa la previa autorizzazione del giudice. L'art. 270 cod. proc. pen., a sua volta, indica i requisiti per l'utilizzazione dei risultati delle intercettazioni di conversazioni o di comunicazioni in procedimenti diversi da quelli nei quali le stesse sono state disposte ed anche questa disciplina, speciale rispetto a quella di cui all'art. 238 cod. proc. pen. perché riferita ad uno specifico mezzo di ricerca della prova, non prevede alcun intervento autorizzativo preventivo del giudice del procedimento di "destinazione", che abbia la funzione di autorizzare le parti interessate a procedere all'acquisizione di copia dei relativi atti.

Quanto alle massime indicate al punto 2.2, riguardanti il tema relativo all'autonoma legittimazione del pubblico ministero ad acquisire con l'emissione di un o.e.i. prove già raccolte

presso lo Stato di esecuzione, le Seziono Unite, in entrambe le decisioni, osservano che nel sistema processuale italiano, infatti, «il pubblico ministero e, più in generale, la parte che vi ha interesse possono chiedere ed ottenere la disponibilità di prove già formate in un procedimento penale al fine di produrle in un altro procedimento penale, senza necessità di alcuna autorizzazione preventiva da parte del giudice competente per quest'ultimo». Ciò anche nel caso di prove, come le intercettazioni di conversazioni o di comunicazioni, per la cui formazione è indispensabile la preventiva autorizzazione del giudice competente. Ovviamente, resta impregiudicato il potere del giudice competente per il procedimento penale nel quale le parti intendono avvalersi delle prove già separatamente formate o acquisite in altra sede di valutare se vi siano i presupposti per ammetterle ed utilizzarle ai fini della decisione. Questo assetto normativo si ricava con chiarezza dal sistema costituito dagli artt. 238 e 270 cod. proc. pen. e 78 disp. att. cod. proc. pen., come già osservato nella massima Rv 286573-01.

In forza di queste considerazioni le Sezioni Unite affermano in termini conformi in entrambe le decisioni che le prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione possono essere legittimamente richieste ed acquisite con un ordine europeo di indagine emesso dal pubblico ministero italiano, senza la necessità di preventiva autorizzazione da parte del giudice del procedimento nel quale si intende utilizzarle.

I principi affermati al punto 2.3 sono la diretta prosecuzione di quanto affermato da ultimo sulla circolazione delle prove, e riguardano l'ulteriore tema dell'eventuale controllo giurisdizionale e il ragionamento seguito dalle Sezioni Unite varia in relazione alle diverse fattispecie oggetto delle due decisioni.

Nella sentenza Sez. U, Gjuzi, si premette che l'art. 6 della Direttiva 2014/41/UE al paragrafo 1, prevede che l'autorità richiedente «può emettere un o.e.i. solamente quando ritiene soddisfatte le seguenti condizioni: *a*) l'emissione dell'o.e.i. è necessaria e proporzionata ai fini del procedimento di cui all'art. 4, tenendo conto dei diritti della persona sottoposta a indagini o imputata; e *b*) l'atto o gli atti di indagine richiesti nell'o.e.i. avrebbero potuto essere emessi alle stesse condizioni in un caso interno analogo. Si afferma sul punto che il giudizio sulla sussistenza della prima condizione (necessità e proporzionalità) deve essere compiuto avendo riguardo al procedimento nel cui ambito è emesso l'ordine europeo di indagine. Il giudizio sulla sussistenza della seconda condizione (ammissibilità dell'atto richiesto alle stesse condizioni in un caso interno analogo) presuppone l'individuazione del "tipo" di atto oggetto di o.e.i. Come osservato in dottrina, dunque, la seconda condizione postula una valutazione in astratto, ed è quindi logicamente preliminare, mentre la prima condizione, ossia quella concernente la necessità e la proporzionalità dell'atto richiesto, implica una valutazione in concreto, rapportata allo specifico procedimento nel cui ambito è stato emesso l'o.e.i. Tanto premesso, nel procedimento al vaglio delle Sezioni Unite due sono le qualificazioni prospettate: secondo l'ordinanza impugnata, gli atti acquisiti costituiscono «documenti informatici»; secondo il ricorrente, invece, si tratterebbe di dati concernenti il traffico, l'ubicazione, e il contenuto di comunicazioni elettroniche. Entrambe le prospettazioni, dicono le Sezioni Unite, escludono esplicitamente che gli atti in questione costituiscano risultati di intercettazioni di conversazioni o di comunicazioni. Le Sezioni Unite hanno ritenuto di qualificare gli atti consegnati dall'autorità giudiziaria francese, nel procedimento Gjuzi, come documenti e tale qualificazione «ha specifiche conseguenze con riguardo ai presupposti di ammissibilità della loro acquisizione e alla garanzia del rispetto dei «diritti fondamentali». In particolare, con riguardo al presupposto di ammissibilità di cui all'art. 6, paragrafo 1, lett. *b)*, Direttiva 2014/41/UE, relativo alla c.d. valutazione in astratto, è sufficiente considerare che anche l'acquisizione "originaria" della prova documentale, nel

sistema processuale italiano, pur quando abbia ad oggetto "corrispondenza" [...] può essere disposta dal pubblico ministero, con atto motivato, senza alcuna autorizzazione del giudice, salvo il caso di sequestro effettuato nell'ufficio di un difensore. Di conseguenza, se l'ordine europeo di indagine presentato dal pubblico ministero ha ad oggetto l'acquisizione di documenti e "corrispondenza" non costituenti «prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione», il rispetto della condizione che esige il potere dell'autorità di emissione di disporre «l'atto o gli atti di indagine richiesti nell'o.e.i. […] alle stesse condizioni in un caso interno analogo» è assicurato anche in assenza di una autorizzazione del giudice, salvo il caso di sequestro effettuato nell'ufficio di un difensore. A maggior ragione, quindi, [...] l'acquisizione di documenti, pur se relativi a "corrispondenza", quando attiene a «prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione», può essere chiesta mediante o.e.i. presentato dal pubblico ministero, senza necessità di autorizzazione del giudice. Affermano inoltre le Sezioni Unite che per quanto riguarda il rispetto dei «diritti fondamentali», la qualificazione degli atti consegnati dall'autorità giudiziaria francese in esecuzione di o.e.i. come documenti, specie se costituiscono "corrispondenza", «comporta l'esigenza di specifica attenzione a profili "contenutistici" degli stesso, ferma restando, ovviamente, che l'onere dell'allegazione e della prova in ordine ai fatti da cui desumere la violazione dei «diritti fondamentali» grava sulla parte interessata. In conclusione, sul punto, ritengono le Sezioni Unite che l'o.e.i. emesso dal pubblico ministero italiano avente ad oggetto l'acquisizione di dati relativi al traffico o all'ubicazione, concernenti comunicazioni elettroniche, pur se manchi una preventiva autorizzazione del giudice competente per il procedimento nel quale si intende utilizzarli, soddisfa la condizione di ammissibilità di cui all'art. 6, paragrafo 1, lett. *b)*, Direttiva 2014/41/UE. Invero, si aggiunge, siccome il pubblico ministero italiano può disporre l'acquisizione di dati relativi al traffico o all'ubicazione, concernenti comunicazioni elettroniche, già disponibili in altro procedimento penale pendente in Italia, senza necessità di preventiva autorizzazione del giudice competente per il procedimento nel quale intende utilizzarli, deve ritenersi che un o.e.i. formulato dal pubblico ministero italiano nel quale si chiede, senza preventiva autorizzazione del giudice nazionale, la trasmissione di dati della medesima tipologia, già acquisiti dall'autorità giudiziaria straniera in un procedimento penale pendente davanti ad essa, abbia ad oggetto atti che «avrebbero potuto essere emessi alle stesse condizioni in un caso interno analogo». In questo senso, il principio espresso nella massima 286573-03.

Nella terza massima (Rv. 286589-03) della sentenza Sez. U, Giorgi il tema è sempre quello dell'eventuale controllo giurisdizionale, ma riferito in particolare alla sua necessità o meno nel caso in cui le prove richieste all'autorità giudiziaria straniera siano state formate mediante l'utilizzo di un captatore informatico inoculato all'interno del server, nel caso di specie della società SKY-ECC. Peraltro, dagli atti processuali era emerso che il *trojan*, era stato utilizzato dalle autorità francesi non solo per disporre un'attività di intercettazione le comunicazioni intercorse sulla piattaforma SKY-ECC, ma anche per acquisire, attraverso l'invio di una notifica "*push*" ai singoli dispositivi mobili, le chiavi di decrittaggio. Attività, quest'ultima, che secondo i ricorrenti avrebbe integrato una "prova atipica" *ex* art. 189 cod. proc. pen., non consentita in quanto non rispondente ai canoni costituzionali di cui all'art. 15 Cost. Per meglio comprendere la rilevanza della questione appare opportuno richiamare in sintesi quanto sostenuto dall'ordinanza di rimessione sul punto; essa osservava che l'aspetto relativo all'utilizzo del *trojan* per acquisire le chiavi di decrittaggio «… non risulta essere stato affrontato specificamente dalla giurisprudenza (i precedenti relativi ad intercettazioni effettuate su cellulari "*blackberry*", differiscono dalla situazione in esame perché per essi la società gestrice forniva, su richiesta della Autorità giudiziaria, le comu-

nicazioni decrittate). È stato, peraltro, evidenziato che la Suprema Corte ha affermato il principio secondo cui le prove "atipiche" acquisite in violazione di un divieto derivante da principi costituzionali sono illecite e quindi inutilizzabili (Sez. U, n. 26795 del 28/03/2006, Prisco, Rv. 234270-01); inoltre, ove si ritenesse che l'utilizzo del captatore informatico sia consentito, nel nostro ordinamento processuale, per effettuare "l'intercettazione del flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici ovvero intercorrente tra più sistemi" (art. 266-*bis* cod. proc. pen.), si potrebbe sostenere che l'attività di inoculazione del virus informatico, anche funzionale ad acquisire le chiavi di decrittaggio (trasmesse dai "criptofonini" a ciò indotti dal "*malware*"), si collochi comunque all'interno di una attività "intercettativa" di un flusso di comunicazioni informatiche». L'ordinanza della Sesta Sezione, rilevava, tuttavia, che tale conclusione risultava controversa, atteso che l'utilizzo del captatore informatico è, nelle diverse disposizioni processuali previste dal codice di rito (artt. 266, commi 2 e 2-*bis*, 267, commi 1 e 2-*bis*, 89 disp. att. cod. proc. pen.), autorizzato soltanto per l'inserimento su un "dispositivo elettronico portatile" (in argomento, v. anche Sez. U., n. 26889 del 28/04/2016, Scurato, Rv. 266905-01). Si era, altresì, osservato che, «…ai fini dell'impiego del captatore informatico, il nostro ordinamento, a seguito della recente interpolazione del testo dell'art. 267, comma 1, cod. proc. pen. (intervenuta per effetto dell'art. 1, comma 2-*bis*, d.l. 10 agosto 2023, n. 105, convertito nella legge 9 ottobre 2023, n. 137), impone all'autorità giudiziaria l'assolvimento di un rigoroso onere motivazionale non solo nella indicazione delle specifiche ragioni che ne giustificano l'attivazione, ma anche nell'esposizione di un'autonoma valutazione della necessità, "in concreto", del ricorso a tale peculiare modalità tecnica di espletamento del relativo mezzo di ricerca della prova. Una motivazione, dunque, "rafforzata", attraverso la quale il Giudice è chiamato, nel rispetto del canone di proporzionalità, a spiegare le ragioni poste a fondamento dell'utilizzo di uno strumento di indagine particolarmente invasivo della riservatezza delle persone, dando conto, in concreto, del bilanciamento da lui operato tra i diversi beni di rilievo costituzionale confliggenti nel caso di specie».

La sentenza **Sez. U, n.23756 del 29/02/2024, Giorgi** su tale questione, ossia la possibilità di configurare l'attività di inoculazione del captatore informatico sul *server* come prova atipica *ex* art. 189 cod. proc. pen. con tutte le conseguenze derivanti da tale opzione interpretativa, afferma (si veda il punto 15.4.1. della sentenza) che: «Innanzi tutto non può ritenersi che l'inserimento di un captatore informatico sul *server* di una piattaforma di un sistema informatico o telematico costituisca mezzo "atipico" di indagine o di prova, come tale non consentito dall'ordinamento italiano perché incidente sui diritti fondamentali della persona. In proposito, non assume valenza dirimente il fatto che, nel codice di rito, in materia di intercettazioni, si faccia menzione della sola ipotesi dell'«inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile. Il captatore informatico, infatti, non è un autonomo mezzo di ricerca della prova, e tanto meno un mezzo di prova, bensì uno strumento tecnico attraverso il quale esperire il mezzo di ricerca della prova costituito dalle intercettazioni di conversazioni o di comunicazioni. Sicché non è indispensabile che il legislatore preveda dove lo stesso possa essere "inserito". Del resto, una conferma di questa conclusione può essere desunta dall'elaborazione della giurisprudenza di legittimità, anche delle Sezioni Unite, la quale, già prima che venisse previsto dalla legge l'utilizzo del captatore informatico come strumento per effettuare attività di intercettazione, ne aveva ritenuto legittimo l'impiego a tali fini, precisandone anche l'ammissibilità, nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata, con riguardo a captazioni di conversazioni o comunicazioni tra presenti in luoghi di privata dimora (così, per tutte, Sez. U, n. 26889 del 28/04/2016, Scurato, Rv. 266905-01). In secondo luogo, poi, non può ritenersi

che l'utilizzo del captatore informatico al fine di acquisire le chiavi di cifratura presenti sui dispositivi mobili dei singoli utenti costituisca mezzo "atipico" di indagine o di prova, come tale non consentito nell'ordinamento italiano, perché opera un'intrusione nel domicilio informatico di una persona allo scopo di captare non comunicazioni, ma dati necessari per rendere intellegibili le comunicazioni. Per un verso, sia la Direttiva 2014/41/UE, all'art. 30, paragrafo 7, sia il d.lgs. n. 108 del 2017, all'art. 43, comma 4, prevedono espressamente la possibilità per l'autorità che ha emesso un o.e.i. per l'intercettazione di telecomunicazioni di chiedere la decodificazione o la decrittazione delle comunicazioni intercettate. E così disponendo, riconoscono che l'attività di intercettazione implica anche l'acquisizione degli strumenti necessari per procedere a decodificazione o decrittazione delle conversazioni o comunicazioni».

In considerazione di quanto sopra evidenziato, le Sezioni Unite Giorgi affermano, quindi, il terzo principio massimato (Rv.286589-03) secondo cui è legittimo l'o.e.i. emesso dal pubblico ministero italiano avente ad oggetto l'acquisizione dei risultati di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni disposte dall'autorità giudiziaria straniera, anche ove effettuate mediante l'inserimento di un captatore informatico sui *server* di una piattaforma criptata, in quanto trattasi di prove ottenute con modalità compatibili con l'ordinamento giuridico italiano, e in conformità con la condizione di ammissibilità di cui all'art. 6, paragrafo 1, lett. *b)*, Direttiva 2014/41/UE, norma portante dell'intera disciplina in tema di o.e.i., in cui è previsto come condizione per la sua emissione che «l'atto o gli atti di indagine richiesti nell'o.e.i. avrebbero potuto essere emessi alle stesse condizioni in un caso interno analogo».

Le massime riportate al punto 2.4 (rispettivamente Rv. 286573-05 e Rv 286589-04) affermano il principio relativo al tema dell'ambito del controllo da parte del giudice procedente sulle prove acquisite dall'A.G. straniera ed esse sono sostanzialmente tra loro conformi

Si riporta di seguito quanto espressamente affermato dalla sentenza Sez. U, Giorgi, nel pronunciarsi sul tema che era oggetto specifico del secondo quesito dell'ordinanza di rimessione, precisandosi che il contenuto riprende quello delle Sez. U, Gjuzi; in essa si afferma espressamente che: «….il giudice al quale si chiede di utilizzare le «prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione», ed ottenute dal pubblico ministero mediante o.e.i., conserva integro il potere di valutare se vi siano i presupposti per ammetterle ed utilizzarle ai fini delle decisioni di sua spettanza. Questo potere, precisamente, sarà esercitato quando il pubblico ministero presenta al giudice italiano le «prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione», e ricevute tramite l'o.e.i. È allora, infatti, che il giudice può controllare se vi fossero le condizioni per emettere l'o.e.i., così da assicurare il pertinente diritto di "impugnazione" nello Stato di emissione previsto dall'art. 14, paragrafo 2, Direttiva 2014/41/UE, nonché se vi sia stata violazione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'U.E., e, quindi, del diritto di difesa e della garanzia di un giusto processo, in linea con quanto stabilito dall'art. 14, paragrafo 7, Direttiva cit., fermo restando che l'onere dell'allegazione e della prova in ordine ai fatti da cui desumere la violazione di tali diritti grava sulla parte interessata, come già precisato nei §§ 10.2, 10.3, 10.4, 10.5 e 10.6». Peraltro, ai fini dell'accertamento del rispetto dei diritti fondamentali, assumono rilievo i principi giurisprudenziali consolidati in ordine alla presunzione relativa di conformità ai diritti fondamentali dell'attività svolta dall'autorità giudiziaria estera, in ragione dei rapporti di collaborazione giudiziaria sanciti dalla normativa dell'Unione Europea. Il principio della presunzione di legittimità dell'attività compiuta all'estero ai fini dell'acquisizione di elementi istruttori è, infatti, oggetto di costante e generale enunciazione da parte della giurisprudenza di questa Corte (cfr., *ex plurimis*: Sez. 6, n. 44882 del 04/10/2023, Barbaro, Rv. 285386-01; Sez. 3,

n. 1396 del 12/10/2021, dep. 2022, Torzi, Rv. 282886-01; Sez. 4, n. 19216 del 06/11/2019, dep. 2020, Ascone, Rv. 279246-01)». Si tratta di una presunzione relativa che può essere superata a seguito di eccezione di nullità o inutilizzabilità della prova sollevata dall'interessato, che, però, ha l'onere di allegare e provare il fatto dal quale dipende il vizio che intende far accertare dal giudice. La decisione in esame ribadisce, perciò, l'orientamento secondo cui «al generale onere di precisa indicazione che incombe su chi solleva l'eccezione, si accompagna l'ulteriore onere di formale produzione delle risultanze documentali – positive o negative – addotte a fondamento del vizio processuale (così Sez. U, n. 39061 del 16/07/2009, De Iorio, Rv. 244329-01, e, in termini analoghi, Sez. U, n. 45189 del 17/11/2004, Esposito, Rv. 229245-01; tra le tante successive conformi, cfr. Sez. 5, 23015 del 19/04/2023, Bernardi, Rv. 284519-01, e Sez. 6, n. 18187 del 14/12/2017, dep. 2018, Nunziato, Rv. 273007-01). A fondamento di questa affermazione, si osserva che, «…per i fatti processuali, a differenza di quanto avviene per i fatti penali, ciascuna parte ha l'onere di provare quelli che adduce, quando essi non risultino documentati nel fascicolo degli atti di cui il giudice dispone» (così Sez. U, n. 45189 del 2004, Esposito, cit., nonché Sez. 5, n. 1915 del 18/11/2010, dep. 2011, Durantini, Rv. 249048-01, e Sez. 5, n. 600 del 17/12/2008, dep. 2009, Cavallaro, Rv. 242551-01). E l'osservazione viene ribadita ritenendo che l'art. 187, comma 2, cod. proc. pen. prevede che i fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali sono oggetto di prova, né vi sono dati normativi da cui inferire l'inversione, in questo specifico ambito, della regola generale secondo cui chi afferma l'esistenza di un fatto è gravato dell'onere della relativa prova».

Da queste considerazioni è derivato, quindi, il principio di cui alla massima Rv.286589-04 riportata al punto 2.4 di cui sopra, peraltro conforme, come detto, a quanto espresso anche dalla sentenza **Sez. U, n.23755/2024, Gjuzi, Rv. 286573-05.**

Le due Sentenze esprimono rispettivamente un ultimo, conforme principio, sul tema della violazione dei diritti fondamentali, ed in particolare del diritto di difesa, indicato al punto 2.5. La questione è quella relativa alla possibile violazione del diritto di difesa ed in particolare del diritto di poter disporre dei messaggi originali e dell'algoritmo utilizzato dagli investigatori per la decrittazione delle comunicazioni captate. L'ordinanza di rimessione nel procedimento Giorgi segnalava che, secondo un primo orientamento, la difesa ha diritto di ottenere, a pena di nullità *ex* art. 178, lett. c), cod. proc. pen., oltre alla versione originale e criptata dei messaggi, anche le chiavi di sicurezza necessarie alla decriptazione (si citano Sez. 4, n. 32915 del 15/07/2022, Lori, non massimata, con riguardo alle comunicazioni sul sistema SKY-ECC, nonché Sez. 4, n. 49896 del 05/10/2019, Brandimarte, Rv. 277949-03, in fattispecie relativa a messaggi scambiati mediante il sistema *BlackBerry*). Secondo un diverso indirizzo interpretativo, invece, la disponibilità dell'algoritmo funzionale alla criptazione dei messaggi non costituisce elemento necessario per l'esercizio del diritto di difesa, in quanto, secondo la scienza informatica, solo l'algoritmo corretto consente di poter derivare dal testo criptato un testo intelligibile (si citano: Sez. 3, n. 30395 del 21/04/2022, Chiancano, Rv. 283454-01; Sez. 6, n. 14395 del 27/11/2019, Testa, dep. 2020, Rv. 275534-01; Sez. 3, n. 38009 del 11/09/2019, Assisi, Rv. 278166-02).

La decisione della Suprema Corte, tuttavia, tiene conto che, alla stregua di un ulteriore orientamento, emerso con specifico riferimento alle comunicazioni intercorse sul sistema SKY-ECC, il diritto ad avere conoscenza dell'algoritmo non è riconosciuto dalla legge italiana: questa prevede che il difensore dell'indagato possa accedere al verbale delle operazioni di cui all'art. 268 cod. proc. pen. e alle registrazioni, ma non anche ai mezzi tecnici, *hardware* e *software*, utilizzati per l'intrusione nelle conversazioni intercettate o per decodificarne il contenuto (si citano, in tal senso Sez. 6, n. 46390 del 26/10/2023, Rosaci,

Rv. 285494 -01 e Sez. 6, n. 48838 del 11/10/2023, Brunello, non massimata sul punto). La sentenza delle Sezioni Unite, sul punto, afferma, sulla scia dell'orientamento ampiamente maggioritario nella giurisprudenza di legittimità che «l'impossibilità, per la difesa, di accedere all'algoritmo utilizzato nell'ambito di un sistema di comunicazioni per "criptare" il contenuto delle stesse non determina, almeno in linea di principio, una violazione di "diritti fondamentali". Ed infatti, se è vero che la disponibilità dell'algoritmo di criptazione è funzionale al controllo dell'affidabilità del contenuto delle comunicazioni acquisite al procedimento, deve però osservarsi, in linea con quanto evidenziato da numerose decisioni, che il pericolo di alterazione dei dati non sussiste, salvo specifiche allegazioni di segno contrario, in quanto il contenuto di ciascun messaggio è inscindibilmente abbinato alla sua chiave di cifratura, per cui una chiave errata non ha alcuna possibilità di decriptarlo, anche solo parzialmente (cfr., tra le tante: Sez. 6, n. 46833 del 26/10/2023, Bruzzaniti, non massimata sul punto; Sez. 6 n. 48838 dell'11/10/2023, Brunello, non massimata sul punto; Sez. 4, n. 16347 del 05/04/2023, Papalia, non massimata sul punto; Sez. 1, n. 6364 del 13/10/2022, dep. 2023, Calderon, non massimata sul punto). Né la giurisprudenza sovranazionale risulta aver affermato che l'indisponibilità dell'algoritmo di decriptazione agli atti del processo costituisca, di per sé, violazione dei «diritti fondamentali».

In forza di queste argomentazioni si afferma, perciò, il principio di cui alla massima Rv.286589-05, riportato al punto 2.4 di cui sopra, che esclude nella fattispecie la violazione dei diritti fondamentali della difesa, rigettando anche sotto questo profilo il ricorso dell'imputato Giorgi e queste stesse considerazioni sorreggono anche la decisione assunta dalle Sezioni Unite Gjuzi, che ha espresso la massima Rv 286573-06, conforme ad Rv 286589-05.

Le sole Sez. U, Gjuzi hanno infine espresso un principio (non ripreso anche dalle Sez. U, Giorgi) massimato con Rv n. 286573-04, riportata al punto 2.6.

Nel premettere che, secondo il ricorso, gli atti acquisiti mediante o.e.i. dall'autorità giudiziaria francese, pur non costituendo risultati di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, attengono a dati concernenti il traffico, l'ubicazione, e il contenuto di comunicazioni elettroniche, e, quindi, sempre secondo il ricorso, andrebbero sottoposti alla relativa disciplina, la quale richiede, come presupposti necessari per la loro acquisizione, sia la necessità degli stessi ai fini dello svolgimento di indagini per un reato «grave», sia la preventiva autorizzazione del giudice, le Sezioni Unite analizzano la disciplina italiana in tema di acquisizione di dati relativi al traffico telefonico e telematico. Si osserva che tale disciplina – prevista dall'art. 132 d.lgs. 30 giugno 2003, nel testo vigente a seguito, in particolare, delle modifiche recate dall'art. 1, comma 1, d.l. 30 settembre 2021, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 novembre 2021, n. 178 – è stata adottata per adeguare l'ordinamento italiano alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea (Corte giustizia, Grande Sezione, 02/03/2021, H.K./Prokuratuur, C-706/18) e si aggiunge che essa non può reputarsi derogata da quella di cui all'art. 45 d.lgs. n. 108 del 2017, la quale prevede che l'o.e.i. «al fine di ottenere i dati esterni relativi al traffico telefonico o telematico nonché l'acquisizione di ogni altra informazione utile in possesso degli operatori di telecomunicazioni» possa essere presentato sia dal giudice, sia dal pubblico ministero. Precisano, quindi, le Sezioni Unite che la disciplina che richiede la preventiva autorizzazione del giudice si riferisce alla acquisizione dei dati presso il gestore dei servizi telefonici e telematici, ma non anche all'utilizzazione dei dati in un procedimento penale diverso da quello in cui sono stati già acquisiti. Ed infatti l'art. 132 d.lgs. n. 196 del 2003, come si evince da un esame combinato di tutte le sue disposizioni, fa riferimento ai dati relativi al traffico telefonico e al traffico telematico «conservati dal fornitore» (così testualmente il comma 1) e questa lettura non appare in contrasto con il diritto euro-unitario posto che quando i

dati relativi al traffico e ai dati relativi all'ubicazione ai fini di un'istruttoria penale sono già stati acquisiti in un procedimento penale, non si pone più la questione dell'autorizzazione all'accesso di un'autorità pubblica, siccome gli stessi sono già a disposizione di un'autorità pubblica. Di conseguenza, si conclude affermando che, nel sistema processuale italiano, il pubblico ministero può acquisire da altra autorità giudiziaria dati relativi al traffico o all'ubicazione, concernenti comunicazioni effettuate da un utente di un mezzo di comunicazione elettronica, senza dover chiedere preventiva autorizzazione al giudice competente per il procedimento nel quale intende utilizzarli, in forza dei principi generali già indicati, e in difetto di regole o principi di segno diverso nella specifica materia. Di qui la massima Rv n. 286573-04.

4. Conclusioni.

Le questioni affrontate ed i principi affermati, come visto, sono molteplici e di contenuto variegato. Le due sentenze c.d. "gemelle" rappresentano certamente un importantissimo arresto giurisprudenziale, che però non può ritenersi definitivo per la semplice ragione che la corretta interpretazione della disciplina dell'o.e.i. non riguarda solo la giurisprudenza nazionale, nella quale manca ancora un regime di prova riferito specificamente alla prova digitale, alla quale, inevitabilmente si applicano i principi e le regole delle prove per così dire tradizionali (ossia che non hanno natura digitale) ma risente, inevitabilmente, dello sviluppo della giurisprudenza della C.G.U.E., ed anche della C.E.D.U. per quanto riguarda la tutela dei diritti fondamentali. Tale premessa ci conduce necessariamente a segnalare che qualche mese dopo le sentenze delle Sezioni Unite del 29/02/2024 è intervenuta una decisione, altrettanto importante per le materie trattate, emessa della **Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza del 30/04/2024,** *M.N.* **– causa C-670/22,** relativa a questioni pregiudiziali del tutto simili sollevate dal Tribunale di Berlino, ossia l'interpretazione della normativa dell'Unione sull'acquisizione tramite l'ordine europeo di indagine di prove (intercettazioni) raccolte su piattaforma criptata.

Non potendo in questa sede svolgere approfondimenti sulla sentenza citata della Corte di Giustizia si riportano testualmente, anche per la loro chiarezza, solo le conclusioni espresse, secondo cui: «1) L'articolo 1, paragrafo 1, e l'articolo 2, lettera c), della direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale, devono essere interpretati nel senso che: un ordine europeo di indagine inteso a ottenere la trasmissione di prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione non deve essere adottato necessariamente da un giudice quando, in forza del diritto dello Stato di emissione, in un procedimento puramente interno a tale Stato, la raccolta iniziale di tali prove avrebbe dovuto essere ordinata da un giudice, ma competente ad ordinare l'acquisizione di dette prove è il pubblico ministero. 2) L'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 2014/41 deve essere interpretato nel senso che: esso non osta a che un pubblico ministero adotti un ordine europeo di indagine inteso a ottenere la trasmissione di prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione, qualora tali prove siano state acquisite a seguito dell'intercettazione, da parte di tali autorità, nel territorio dello Stato di emissione, di telecomunicazioni dell'insieme degli utenti di telefoni cellulari che permettono, grazie a un software speciale e a un hardware modificato, una comunicazione cifrata da punto a punto, purché un tale ordine di indagine rispetti tutte le condizioni eventualmente previste dal diritto dello Stato di emissione per la trasmissione di tali prove in un caso puramente interno a detto Stato. 3) L'articolo 31 della direttiva 2014/41 deve essere interpretato nel senso che: una misura connessa all'infiltrazione in apparecchi terminali, diretta a estrarre dati relativi al traffico, all'ubicazione e alle comunicazioni di un

servizio di comunicazione basato su Internet, costituisce un'«intercettazione di telecomunicazioni», ai sensi di tale articolo, che deve essere notificata all'autorità a tal fine designata dallo Stato membro sul cui territorio si trova la persona sottoposta all'intercettazione. Nel caso in cui lo Stato membro di intercettazione non sia in grado di identificare l'autorità competente dello Stato membro notificato, tale notifica può essere inviata a qualsiasi autorità dello Stato membro notificato che lo Stato membro di intercettazione ritenga idonea a tal fine. 4) L'articolo 31 della direttiva 2014/41 deve essere interpretato nel senso che: esso mira anche a tutelare i diritti degli utenti interessati da una misura di «intercettazione di telecomunicazioni», ai sensi di tale articolo. 5) L'articolo 14, paragrafo 7, della direttiva 2014/41 deve essere interpretato nel senso che: esso impone al giudice penale nazionale di espungere, nell'ambito di un procedimento penale avviato a carico di una persona sospettata di atti di criminalità, informazioni ed elementi di prova se tale persona non è in grado di svolgere efficacemente le proprie osservazioni su tali informazioni ed elementi di prova e questi ultimi siano idonei ad influire in modo preponderante sulla valutazione dei fatti ».

Si tratta, come risulta evidente, di affermazione di principi del tutto conformi a quelli sostenuti, nelle sentenze gemelle, dalle Sezioni Unite, le cui decisioni ha trovato, quindi, un'importante conferma presso la Corte di Giustizia della U.E.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea:
Corte giustizia, Grande Sezione, 02/03/2021, H.K./Prokuratuur, C-706/18;
Grande Sezione, sentenza del 30/04/2024, *M.N. (EncroChat)*, causa C-670/22.

Sentenze della Corte di cassazione:
Sez. U, n. 45189 del 17/11/2004, Esposito, Rv. 229245-01;
Sez. U, n. 26795 del 28/03/2006, Prisco, Rv. 234270-01;
Sez. U, n. 39061 del 16/07/2009, De Iorio, Rv. 244329 -01;
Sez. U, n. 26889 del 28/04/2016, Scurato, Rv. 266905-01;
Sez. U, n.23755 del 29/02/2024, dep. 14/06/2024, Gjuzi, Rv. 286573-01-02-03-04-05 – 06;
Sez. U, n.23756 del 29/02/2024, dep. 14/06/2024, Giorgi, Rv.286589-01- 02-03-04 -05;
Sez. 5, n. 600 del 17/12/2008, dep. 2009, Cavallaro, Rv. 242551-01;
Sez. 5, n. 1915 del 18/11/2010, dep. 2011, Durantini, Rv. 249048-01;
Sez. 6, n. 18187 del 14/12/2017, dep. 2018, Nunziato, Rv. 273007- 01;
Sez. 3, n. 38009 del 11/09/2019, Assisi, Rv. 278166-02;
Sez. 4, n. 49896 del 05/10/2019, Brandimarte, Rv. 277949-03;
Sez. 4, n. 19216 del 06/11/2019, dep. 2020, Ascone, Rv. 279246 -01;
Sez. 6, n. 14395 del 27/11/2019, Testa, dep. 2020, Rv. 275534-01;
Sez. 3, n. 1396 del 12/10/2021, dep. 2022, Torzi, Rv. 282886 -01;
Sez. 3, n. 30395 del 21/04/2022, Chiancano, Rv. 283454-01;
Sez. 1, n. 34059 del 01/07/2022, Molisso, non massimata;
Sez. 4, n. 32915 del 15/07/2022, Lori, non massimata;
Sez. 1, n. 6363 del 13/10/2022, dep. 2023, Minichino, non massimata;
Sez. 1, n. 6364 del 13/10/2022, dep. 2023, Calderon, Rv. 283998-01;
Sez. 1, n. 19082 del 13/01/2023, Costacurta, Rv. 284440-01;
Sez. 4, n. 17647 del 28/03/2023, Gulluni, non mass;
Sez. 4, n. 16345 del 05/04/2023, Liguori, non massimata;
Sez. 4, n. 16347 del 05/04/2023, Papalia, Rv. 284563-01;
Sez. 5, 23015 del 19/04/2023, Bernardi, Rv. 284519-01;
Sez. 4, n. 37503 del 30/05/2023, Iannaci, non massimata;
Sez. 6, n. 46482 del 27/09/2023, Bruzzaniti, Rv. 285363-01-02-03-04;
Sez. 6, n. 44882 del 04/10/2023, Barbaro, Rv. 285386-01;
Sez. 6, n. 48838 dell'11/10/2023, Brunello, Rv. 285599-01-02;
Sez. 3, n. 47201 del 19/10/2023, Bruzzaniti, Rv. 285350-01;
Sez. 6, n. 44154 del 26/10/2023, Iaria, Rv. 285284-01-02-03;
Sez. 6, n. 44155 del 26/10/2023, Kolgjokaj, Rv. 285362-01-02;
Sez. 6, n. 46833 del 26/10/2023, Bruzzaniti, Rv. 285543-01-02-03;
Sez. 3, ord. n. 47798 del 3/11/2023, Gjuzi;
Sez.6, ord n. 2329 del 15/01/2024, Giorgi.

SEZIONE IV

MISURE CAUTELARI

CAPITOLO I

LE SEZIONI UNITE SUI POTERI COGNITIVI E ISTRUTTORI DEL GIUDICE DELL'APPELLO CAUTELARE

(di Anna Mauro)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le Sezioni Unite Donelli. – 3. Il successivo contrasto giurisprudenziale. – 4. La soluzione offerta dalle Sezioni Unite Galati.

1. Premessa.

Il sistema dei controlli cautelari è sempre stato al centro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale stante la necessità di trovare un necessario punto di equilibrio tra le esigenze del singolo, in relazione alle quali vige la presunzione di non colpevolezza, e le esigenze di tutela sociale, esigenze tra loro evidentemente contrapposte e plasticamente sintetizzate, da autorevole Dottrina, nella quanto mai efficace locuzione di "necessaria ingiustizia".

Tali contrapposte esigenze, sia pure riguardate sotto un peculiare angolo prospettico qual è quello dei poteri cognitivi e istruttori del giudice dell'appello cautelare, in particolare con riferimento all'appello avverso provvedimenti di revoca o sostituzione delle misure cautelari, sono state da ultimo tenute in considerazione dalle Sezioni unite Galati che, con sentenza del 30/11/2023, dep. 2024, n. 15403, hanno affermato il seguente principio di diritto: «Nel giudizio di appello cautelare, celebrato nelle forme e con l'osservanza dei termini previsti dall'art. 127 cod. proc. pen., possono essere prodotti dalle parti elementi probatori "nuovi" nel rispetto del contraddittorio e del principio di devoluzione, contrassegnato dalla contestazione, dalla richiesta originaria e dai motivi contenuti nell'atto di appello.» (Rv. 286155-01).

La questione sottoposta all'esame delle Sezioni Unite concerne l'ampiezza dei poteri cognitivi del giudice dell'appello cautelare e trae origine da un'ordinanza del Tribunale del riesame che aveva rigettato l'appello cautelare, proposto *ex* art. 310 cod. proc. pen., avverso l'ordinanza pronunciata dal Giudice dell'udienza preliminare con la quale era stata rigettata l'istanza di revoca o sostituzione della misura cautelare in carcere con altra meno afflittiva. Nel rigettare l'appello, il Tribunale del riesame aveva escluso di poter considerare, in forza del principio devolutivo, i documenti nuovi e sopravvenuti che la difesa aveva prodotto all'udienza di discussione, consistenti nelle dichiarazioni testimoniali di un ufficiale di polizia giudiziaria assunte nel dibattimento avviato successivamente all'adozione del provvedimento appellato dalle quali, secondo la prospettazione difensiva, sarebbe emersa l'inesistenza di collegamenti tra l'imputato e il sodalizio mafioso.

La Prima sezione penale della Corte, ravvisando un contrasto nella giurisprudenza delle Sezioni semplici, ha rimesso la questione al vaglio delle Sezioni Unite osservando che le Sez. U, n. 18339 del 20 aprile 2004, Donelli, Rv. 227358-01 – investite della più ampia que-

stione: «Se, nel procedimento di appello cautelare contro le ordinanze in materia di misure cautelari personali, sia consentita l'acquisizione e l'utilizzazione di elementi probatori sopravvenuti all'adozione del provvedimento impugnato e addotti dalle parti» – hanno enunciato principi di diritto circoscritti al caso sottopostole concernente l'appello cautelare proposto dal pubblico ministero avverso l'ordinanza reiettiva di richiesta di misura cautelare, rimanendo così impregiudicata e di immutata attualità la questione «se nel giudizio sull'appello *ex* art. 310 cod. proc. pen. proposto dall'imputato avverso provvedimenti in materia di misure cautelari personali, l'oggetto della cognizione sia delimitato dagli elementi sui quali era fondata la richiesta ai sensi dell'articolo 299 cod. proc. pen. decisa con il provvedimento appellato».

2. Le Sezioni Unite Donelli.

Il contrasto interpretativo sulla questione oggetto di scrutinio non è nuovo essendo iniziato a emergere già nei primi anni successivi all'entrata in vigore del codice del 1988.

Come osservano a tal proposito le Sezioni Unite Donelli «La problematicità dell'esatta individuazione dell'ambito dei poteri di cognizione e di decisione del tribunale investito dell'appello *de libertate* e il conseguente disagio ermeneutico dei giudici di legittimità sul tema dell'ampliamento della base probatoria hanno […] radici profonde, nascendo per un verso dall'estrema laconicità dell'unica disposizione regolatrice dell'istituto e, per altro, dalla necessità per l'interprete di tenere conto, nello stesso tempo, del modello paradigmatico dell'appello cognitivo e delle peculiarità proprie di quel mezzo di gravame nella specifica materia della libertà personale, ispirata al principio del *favor libertatis*».

Ciò premesso, il Supremo Consesso ha circoscritto, come si è detto, il quesito interpretativo esclusivamente alla fattispecie oggetto del ricorso rimesso al Collegio concernente l'appello proposto dal pubblico ministero avverso il provvedimento reiettivo della richiesta di applicazione della misura cautelare personale e ha affermato la legittimità della produzione, nell'appello cautelare, di documentazione relativa a elementi probatori nuovi, preesistenti o sopravvenuti, purché effettuata nell'ambito dei limiti del *devolutum*, nonché a condizione che quelli prodotti dal pubblico ministero attengano allo stesso fatto contestato con l'originaria richiesta e quelli prodotti dall'interessato siano idonei a contrastare i motivi di gravame dell'appellante ovvero a dimostrare l'insussistenza delle condizioni e dei presupposti di applicabilità della misura cautelare richiesta.

Per comporre il conflitto interpretativo segnalato, le Sezioni Unite Donelli hanno preliminarmente individuato le regole che governano l'impugnazione cautelare e hanno accolto, sviluppandolo, il ragionamento svolto da Sez. U, 25 giugno 1997, Gibilras, Rv. 208313-01 che – coerentemente con quanto si evince dalla Relazione al progetto preliminare per il nuovo codice di rito che, nel tracciare i profili procedurali dell'appello cautelare, sottolinea come «per il resto deve ritenersi implicito il rinvio alla disciplina dell'appello, in quanto non risulti diversamente disposto, ivi compresa la previsione dell'effetto limitatamente devolutivo, tipico del mezzo di impugnazione in oggetto» – ha esteso all'appello cautelare il principio, proprio del giudizio di appello nel processo di merito, del *tantum devolutum quantum appellatum*, "con tutte le sue implicazioni", dal momento che «i due mezzi di gravame partecipano [...] della stessa natura, poiché integrano lo stesso strumento di verifica del provvedimento del primo giudice».

Le Sezioni Unite Donelli, dopo aver evidenziato il carattere "ibrido" dell'appello «quanto agli spazi cognitivi del controllo nel merito e della revisione critica della decisione» impugnata, sulla scia della *ratio decidendi* della sentenza delle Sezioni Unite Gibilras, hanno avallato una lettura estensiva dell' ambito di cognizione del tribunale investito *ex* art. 310 cod. proc. pen., fondata sulla ritenuta affinità strutturale e funzionale tra appello

de libertate e appello ordinario, con conseguente estensione al primo delle regole dettate per il secondo, tra cui quella che limita la cognizione del giudice ai punti della decisione impugnata (ivi compresi quelli strettamente connessi e da essi dipendenti) attinti dai motivi di gravame (art. 597, comma 1, cod. proc. pen.). Nell'ambito del *thema decidendum* così individuato, il giudice d'appello non è vincolato alle singole alternative decisorie prospettate dall'appellante, ma decide *ex novo* su tutte le questioni astrattamente ipotizzabili in ordine ai punti a cui si riferiscono i motivi proposti.

Il Supremo Consesso, però, ha precisato che l'appello del pubblico ministero avverso l'ordinanza di rigetto della richiesta di misura cautelare personale riveste delle caratteristiche peculiari in quanto, pur nel rispetto del perimetro designato dall'originaria domanda cautelare, devolve al tribunale una cognizione che non è limitata ai singoli punti oggetto di censura, ma investe piuttosto l'integrale verifica delle condizioni e dei presupposti richiesti dalla legge per l'adozione della misura. L'appello, quindi, in questo caso, ha effetto pienamente devolutivo e il giudice, quindi, pur nell'ambito dell'originaria domanda cautelare, è legittimato a verificare tutte le risultanze processuali e a riconsiderare *ex novo* la vicenda cautelare nella sua interezza, esaminando, quindi, anche quei punti che non hanno formato oggetto di una specifica critica. Il giudice d'appello, inoltre, a norma dell'articolo 299, commi 1 e 3, cod proc pen, è tenuto ad adeguare lo *status libertatis* alle risultanze del procedimento ed è abilitato, oltre i confini del *devolutum* a intervenire anche d'ufficio *pro libertate*. A tale ampiezza di cognizione deve corrispondere analoga possibilità di ampliare il materiale cognitivo *ex* art. 310 cod. proc. pen. a cui non osta il mancato richiamo all'art. 309, comma 9, cod. proc. pen. con la conseguenza che nel procedimento di impugnazione instaurato dal pubblico ministero avverso l'ordinanza del G.I.P. di rigetto della richiesta di una misura cautelare personale la difesa, quindi, potrà produrre documentazione relativa a elementi probatori nuovi, preesistenti o sopravvenuti, acquisiti anche all'esito di indagini difensive, utili per contrastare i motivi di gravame del pubblico ministero ovvero a dimostrare che non sussistono le condizioni e i presupposti per l'applicabilità della misura. Il richiamo operato dall'art. 310 all'art. 127 cod. proc. pen. comporta che l'acquisizione probatoria deve avvenire nelle forme e nei modi previsti da tale ultima disposizione e, quindi con cadenze non rigide come nel procedimento di riesame e, pertanto, mediante la produzione, nel contraddittorio, di elementi precostituiti, restando invece preclusa la possibilità di prove *costituende* sia su richiesta di parte, sia d' ufficio. Eventuali lacune o contraddizioni del quadro probatorio dovranno essere risolte, in ogni caso, ritiene il Supremo Collegio, conformemente a quanto affermato dalla giurisprudenza costituzionale, secondo il criterio di prevalenza del *favor libertatis*.

Nell'affrontare poi il problema della possibile sovrapposizione di diverse iniziative della parte pubblica che, sulla base degli anzidetti principi, sarebbe abilitata a fare valere gli elementi nuovi e sopravvenuti a fondamento sia dell'appello cautelare sia di una nuova domanda cautelare, le Sezioni Unite hanno precisato che il rapporto fra le due opzioni si pone in termini di alternatività e non di concorrenza per cui, una volta che il pubblico ministero abbia proposto appello avverso l'ordinanza di rigetto della richiesta di una misura cautelare personale non potrà richiedere anche, in pendenza dell'appello, nuovamente la misura nei confronti dello stesso indagato e per lo stesso fatto allegando elementi probatori nuovi, preesistenti o sopravvenuti «non potendo invero consentirsi all'organo dell'accusa, nell'investire della decisione sulla stessa azione cautelare diversi giudici, di perseguire l'abnorme risultato di un duplice, identico, titolo, l'uno "a sorpresa" e immediatamente esecutivo, l'altro disposto all'esito di contraddittorio camerale e del quale resta sospesa l'esecutività fino alla decisione definitiva».

3. Il successivo contrasto giurisprudenziale.

Le Sezioni Unite Donelli, interpretate da una parte della giurisprudenza, probabilmente, secondo l'angolo prospettico dell'appello proposto dal pubblico ministero avverso l'ordinanza di rigetto della misura cautelare coercitiva e sulle peculiarità proprie di tale rimedio impugnatorio, non hanno posto fine al contrasto.

La giurisprudenza successiva delle Sezioni semplici, pur non avendo più messo in discussione il potere del giudice, investito dell'impugnazione del pubblico ministero, di fondare la propria decisione anche sui *nova* prodotti dalle parti nel giudizio d'appello, non ha, infatti, interpretato univocamente le affermazioni contenute nella sentenza in ordine alla diversa ipotesi di appello avverso le ordinanze reiettive dell'istanza di modifica e revoca della misura cautelare già applicata. Come si osserva nelle Sezioni Unite Galati, «nella sua nuova edizione il contrasto si è manifestato nella netta contrapposizione fra due orientamenti che non ammettono apparentemente mediazione alcuna e che sostanzialmente ripercorrono le linee interpretative già tracciate anteriormente all'intervento delle Sezioni Unite [Donelli]».

Secondo un primo indirizzo, dunque, sostenuto da Sez. 6, n. 34130 del 07/07/2023, B. Rv. 285174-01; Sez. 3, n. 15256 del 13/01/2023, Piscitelli, Rv. 284462-01; Sez. 1, n. 29640 del 31/03/2022, Giorgio, Rv. 283383-01; Sez. 2, n. 6400 del 12/11/2019, dep. 2020, Maisano, Rv. 278372-01; Sez. 2, n. 14904 del 11/01/2012, Roncon, non massimata; Sez. 1, n.4720 del 11/11/2010, dep. 2011, Akponine, non massimata; Sez. 5, n. 25595 del 17/05/2006, Rotolo, Rv. 234417-01, nell'appello cautelare la cognizione del tribunale non può estendersi oltre i limiti definiti dai motivi e dagli elementi sottoposti al primo giudice e deve escludersi la possibilità di acquisizione di elementi probatori inediti, dovendo questa essere oggetto di una nuova e documentata richiesta al giudice procedente.

Si evidenzia, nelle sentenze espressione di siffatto orientamento, che, in forza del principio devolutivo, la cognizione del giudice di appello, a differenza di quello del riesame, è delimitata dai motivi di impugnazione e che il rinvio operato dall'art. 310 cod. proc. pen. all'art. 309 cod. proc. pen., non comprende il comma 9, che consente alle parti di presentare elementi probatori inediti all'udienza d trattazione.

Alcune delle sentenze richiamate, inoltre, escludono la possibilità di applicazione analogica, all'appello cautelare, delle disposizioni di cui all'art. 603, commi 2 e 3, cod. proc. pen., soluzione esclusa dalle stesse Sezioni Unite Donelli che, a tal proposito, hanno osservato che «a prescindere dalla scarsa compatibilità dell'eccezionale meccanismo procedurale ivi previsto con le forme semplificate e snelle del rito camerale in esame, esso s'inquadra – com'è stato osservato in dottrina – nell'ambito di una "logica di non regressione" che contrassegna lo sviluppo dei gradi ulteriori di giudizio, a differenza del contesto magmatico in cui s'inserisce il gravame incidentale *de libertate* che resta estraneo a tale ottica».

Secondo un diverso e opposto orientamento, invece, il principio devolutivo non preclude affatto la possibilità di proporre al giudice dell'appello cautelare elementi di prova inediti, ma ne determina soltanto il limite.

Espressive di tale indirizzo sono: Sez. 2, n. 20232 del 11/05/2023, Mancino, non mass; Sez. 2, n. 10383 del 18/02/2022, Gallo, non mass; Sez. 6, n. 2630 del 14/12/2021, dep. 2022, Napoli, Rv. 282753-01; Sez. 1, n. 44595 del 19/10/2021, Macheda, Rv. 282228-01; Sez. 3, n. 23113 del 16/02/2021, Strazzeri, Rv. 281331-01; Sez. 2, n. 36125 del 26/06/2019, Polichetti, Rv. 277078-01; Sez. 6, n. 237229 del 23/04/2015, Ciervo, Rv. 263936-01; Sez. 6, n. 19008 del 17/04/2021, Senese, Rv. 252874-01; Sez. 2, n. 7225 del 21/12/2006, dep. 2007, Liquidato, Rv. 235935-01.

Nell'ambito di questo orientamento, in alcune sentenze si è evidenziato che se dovesse escludersi la possibilità di produrre *nova* probatori, verrebbe meno la coerenza e l'efficienza del sistema, in quanto l'interessato sarebbe costretto, in assenza di valida ragione, a instaurare il procedimento di cui all'art. 299 cod. proc. pen., al solo fine di valorizzare elementi già disponibili al momento della decisione del giudice dell'appello, con conseguente violazione del principio di ragionevole durata (così, Sez. 1, n. 44595 del 2021, Macheda, cit. secondo cui «L'appello concernente misure cautelari personali, implicando una valutazione globale della prognosi cautelare, attribuisce al giudice *ad quem* tutti i poteri *ab origine* rientranti nella competenza funzionale del primo giudice, ivi compreso quello di decidere, pur nell'ambito dei motivi prospettati e, quindi, del principio devolutivo, anche su elementi diversi e successivi rispetto a quelli utilizzati dall'ordinanza impugnata, applicandosi anche a tale procedimento l'art. 603, secondo e terzo comma, cod. proc. pen.».

A sostegno di tale opzione interpretativa, sia pure ritenendo, conformemente a quanto sostenuto dalle Sezioni Unite Donelli, non applicabile in via analogica il disposto di cui all'art. 603, commi 1, 2, 3, cod. proc. pen. sulla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nell'appello cognitivo, si è anche ritenuto che il principio affermato in tale sentenza rivela l'intenzione del Supremo Collegio di statuire in via generale la possibilità di modificare il corredo cognitivo del giudice dell'appello cautelare là dove si afferma che « le lacune o le contraddizioni del quadro e probatorio […] si risolvono, in ogni caso, nel giudizio cautelare, secondo il criterio di prevalenza delle ragioni della libertà per il principio del *favor libertatis*».

Come sottolineato dalle Sezioni Unite Galati, dunque, «se i due orientamenti sostanzialmente concordano nel ritenere che sia il principio devolutivo a definire l'oggetto della cognizione del giudice d'appello cautelare, è, dunque, indubbio che l'effettivo punto di attrito tra i medesimi […] riguardi esclusivamente le implicazioni di tale principio sulla determinazione dell'ampiezza del materiale cognitivo in riferimento al quale a quel giudice è consentito a decidere l'impugnazione».

4. La soluzione offerta dalle Sezioni Unite Galati.

Le Sezioni Unite hanno aderito al secondo degli orientamenti riportati fornendo comunque alcune precisazioni, prima tra tutte quella concernente l'interpretazione dell'insegnamento contenuto nelle Sezioni Unite Donelli che deve essere letto, per il Supremo Consesso, nell'ottica non di circoscrivere la legittimità della produzione dei *nova* probatori al solo caso di appello proposto dalla pubblica accusa, ma piuttosto nel senso di riconoscere la piena compatibilità delle regole della devoluzione con la modifica dell'assetto probatorio.

Le Sezioni Unite Galati, quindi, hanno evidenziato che l'art. 310 cod. proc. pen, sia nella rubrica che nel testo dei commi di cui si compone, qualifica il rimedio impugnatorio come "appello" così rivelando l'intenzione del legislatore di «individuare uno strumento tipico di impugnazione, ossia quello disciplinato nel Titolo II del Libro IX del codice di rito» la cui disciplina deve dunque trovare applicazione per quanto non diversamente previsto, attesa la continuità strutturale tra tale rimedio e l'appello cautelare, come, peraltro, già evidenziato dalle Sezioni Unite Donelli e, prima ancora, dalle Sezioni Unite Gibilras. Entrambi i rimedi, infatti, «integrano lo stesso strumento di verifica del provvedimento del primo giudice».

L'appello cautelare è, dunque, un'ipotesi speciale dell'appello nel processo di merito e per entrambi opera, dunque, l'effetto parzialmente devolutivo di cui all'art. 597, comma 1, cod. proc. pen. con la conseguenza, quindi, che anche nell'appello cautelare la cognizione del giudice è limitata ai soli punti della decisione censurati con i motivi di impugnazione nonché a quelli strettamente connessi e da essi dipendenti. All'interno del perimetro trac-

ciato dai motivi d'appello – come specificato anche nelle anzidette pronunce delle Sezioni Unite – i poteri cognitivi del giudice non sono, però, condizionati dalle deduzioni in fatto e dalle argomentazioni in diritto poste a base della decisione impugnata.

Tale principio, come si è detto, è incontroverso nella giurisprudenza della Corte così come lo è anche l'altro principio secondo cui la decisione del giudice dell'appello cautelare è perimetrata dal *thema decidendum* posto dal giudice che ha adottato il provvedimento impugnato. In altri termini, dunque, «la domanda stabilisce una litispendenza oggettiva delimitata tra il chiesto e il pronunciato che circoscrive anche l'ambito del sindacato del giudizio di impugnazione» (Sez. 6, n. 19008 del 21/4/2016, S., Rv. 267209-01).

Forniti tali chiarimenti in ordine al principio devolutivo e ribadito che entrambi gli orientamenti contrapposti concordano nel ritenere che sia esso a definire l'oggetto della cognizione del giudice d'appello, le Sezioni Unite hanno sottolineato, come si è detto, che il punto di attrito tra le differenti opzioni interpretative concerne l'ampiezza del materiale cognitivo su cui il giudice può decidere l'impugnazione.

Per le sentenze espressione del primo orientamento, è proprio il carattere parzialmente devolutivo dell'appello a impedire la valutazione di elementi diversi da quelli che hanno formato lo stato degli atti in riferimento al quale è stata adottata la decisione impugnata, sussistendo una «necessaria simmetria» tra i punti della sentenza impugnata, di cui il giudice può conosce nei limiti dei motivi dedotti, e i dati che egli può utilizzare per decidere.

Tale affermazione, però, come osservato dalle Sezioni Unite Galati, rischia di tradursi in una petizione di principio nella misura in cui presuppone una diretta proporzionalità tra area del devoluto e materiale probatorio fruibile, suscettibile di «innestare una sorta di preclusione inerente allo stato degli atti originario». Le Sezioni Unite, quindi, richiamando quanto già ritenuto dalle Sezioni Unite Donelli, hanno ribadito che la struttura e la funzione dell'appello non sono di per sé incompatibili con la modifica della base conoscitiva del giudice in quanto gli elementi che le parti possono sottoporre al giudice dell'impugnazione sono solo quelli della decisione impugnata censurati.

Anche l'ulteriore argomento richiamato a sostegno della prima opzione interpretativa non viene condiviso nella sentenza Galati.

È improprio, per il Supremo Consesso, desumere la volontà legislativa di inibire la modifica del patrimonio cognitivo nell'appello cautelare dal solo mancato richiamo nell'art. 310 cod. proc. pen. del comma 9 dell'art. 309 dello stesso codice. I commi dell'art. 309 espressamente richiamati dall'art. 310 (commi 1, 2, 3, 4, 7) riguardano, infatti, solo la disciplina dei termini e delle modalità dell'impugnazione, nonché i criteri di individuazione del giudice funzionalmente competente; tale limitato richiamo è ispirato, dunque, a mere esigenze di semplificazione normativa e ha riguardo «a meccanismi procedurali sufficientemente neutri» e, pertanto, non interessa i profili strutturali dell'appello di talché i due strumenti impugnatori del riesame e dell'appello mantengono la loro autonomia. Il disposto di cui al comma 9 dell'art. 309 cod. proc. pen., dunque, si apprezza non tanto in relazione alla facoltà di accrescere il patrimonio cognitivo del giudice, quanto piuttosto in considerazione della possibilità, quale eccezione alle regole del rito camerale partecipato, di presentare nuovi elementi di prova direttamente nell'udienza in cui si deve decidere il riesame. La tesi, dunque, secondo cui il mancato recepimento della disposizione che autorizza la presentazione di elementi inediti nel giudizio di riesame comporterebbe l'insussistenza del potere del giudice dell'appello cautelare di acquisire i *nova* probatori. è, per il Supremo Consesso, da disattendere dovendosi far riferimento, per individuare i poteri del giudice dell'appello cautelare, non solo alla scarna disciplina di cui all'art. 310 cod. proc. pen., ma anche, come già ritenuto nella sentenza Donelli, ai principi che governano la materia cautelare. Richia-

mando principi già espressi dal Giudice delle leggi (Corte cost., sent. n. 265 del 2010), le Sezioni Unite hanno quindi ricordato che l'art. 27, secondo comma, Cost. non consente di assimilare la coercizione processuale penale alla coercizione propria del diritto penale sostanziale e che la legittimità del sistema cautelare, connessa inscindibilmente alla precaria stabilità dei provvedimenti cautelari adottati, si fonda sull'imprescindibile bilanciamento tra il principio dell'inviolabilità della libertà personale, di cui all'art. 13, primo comma, Cost., e quello di presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27, secondo comma, Cost. Ne consegue che, come rimarcato dalla Corte costituzionale (sent. n. 295 del 2005 e sent. n. 164 del 2011), la privazione della libertà personale in via cautelare deve essere ispirata al criterio del "minimo sacrificio necessario" che impone al legislatore «da una parte, [di] strutturare il sistema cautelare secondo il modello della "pluralità graduata", predisponendo una gamma alternativa di misure, connotate da differenti gradi di incidenza sulla libertà personale; dall'altra [di] prefigurare meccanismi "individualizzati" di selezione del trattamento cautelare, parametrati sulle esigenze configurabili nelle singole fattispecie concrete» (Corte cost., sent. n. 265 del 2010). Le Sezioni Unite Galati hanno dato, quindi, particolare risalto sia alla giurisprudenza costituzionale, là dove ha più volte evidenziato che il sistema cautelare deve corrispondere alla logica del costante adeguamento dello *status libertatis* alle risultanze del procedimento (Corte cost., ord. n. 321 del 2001; sent. n. 89 del 1998), sia alle pronunce delle Sezioni Unite che hanno ripetutamente ricordato che nella previsione di cui all'art. 299, commi 1, 2 e 3, cod. proc. pen., sono individuabili strumenti procedurali funzionali alla verifica della perdurante sussistenza delle condizioni di applicabilità della misura stessa e della sua idoneità a fronteggiare, nell'ottica della minore compressione possibile della libertà personale, le esigenze che concretamente permangono o residuano (*ex multis*, Sez. U., n. 46201 del 31/05/2018, E. Rv. 274092-01; Sez. U., n. 16085 del 31/03/2011, Khalil, Rv. 249324-01; Sez. U., n. 29952 del 24/05/2004, Romagnoli, Rv. 228117-01; Sez. U., n. 18339 del 31/03/2004 cit.; Sez. U., n. 24 del 05/07/2000, Monforte, Rv. 216706-01; Sez. U., n. 11 dell'8/7/1994, Buffa, Rv. 198212-01). Particolare risalto è stato altresì dato alla giurisprudenza sovranazionale che, nel richiamare il principio di ragionevole durata della restrizione della libertà personale, sancito dall'art. 5.§.3 della CEDU, precisa che siffatto canone di ragionevolezza deve poter essere parametrato alla molteplicità dei fattori che influiscono sulla peculiarità del caso concreto, per cui la protrazione della detenzione *ante iudiciun* intanto si giustifica in quanto continuino a sussistere nel tempo elementi concreti e oggettivi in grado di rivelare la sussistenza di un interesse pubblico idoneo a prevalere, nonostante la presunzione di innocenza, sulla regola dell'inviolabilità della libertà individuale (Corte Edu 04/05/2006, Michta c. Polonia; Corte Edu. GC, 06/04/2000 labita c. Italia; Corte EDU 24/08/1998, Contrada c. Italia) e sempre nel rispetto del principio del minore sacrificio di tale libertà (Corte EDU 02/07/2009, Vafiadis c. Grecia; Corte EDU 08/11/2007, Lelievre c. Belgio).

Tali principi, ove complessivamente considerati, comportano, per le Sezioni Unite Galati, l'irragionevolezza della preclusione, per il giudice dell'appello cautelare, di acquisizione dei *nova* eventualmente prodotti dalle parti a integrazione della piattaforma probatoria posta a base del provvedimento impugnato. Ne consegue che il primo orientamento delle Sezioni semplici si appalesa inadeguato ad assicurare la necessaria sintonia tra l'intervento cautelare e la realtà sottostante nell'ottica di garantire la minore compressione possibile della libertà personale e di salvaguardare le esigenze cautelari che permangono o residuano. Esso, infatti, finisce per imporre la sequenza procedimentale di cui all'art. 299 cod. proc. pen. anche ove le parti, già al momento della celebrazione dell'appello di un provvedimento già adottato, dispongano di nuovi elementi per ottenere la revoca o la sostituzione della misura.

A sostegno della integrabilità della piattaforma cognitiva del giudice dell'appello cautelare, si è poi osservato dalle Sezioni Unite che è difficilmente conciliabile col principio di ragionevolezza ritenere che i destinatari di una misura cautelare interdittiva – i quali, a norma degli artt. 309, comma 1 e 310, comma 1, cod. proc. pen., non possono proporre riesame – non possano sottoporre al giudice dell'appello elementi diversi da quelli già valutati e che tale soluzione stride ancor più ove si abbia riguardo alla disciplina in tema di impugnazione dei provvedimenti di sequestro per i quali, nonostante essi incidano su un bene di rango inferiore alla libertà personale, è prevista, in sede di riesame, l'integrazione della base conoscitiva.

In conclusione, dunque, per le Sezioni Unite Galati, anche in assenza di un'espressa previsione normativa in tal senso, nel procedimento instaurato a seguito di appello proposto avverso un provvedimento di revoca o sostituzione delle misure coercitive o interdittive è del tutto legittima la produzione di elementi probatori "nuovi", nei limiti e con le modalità che derivano dalla struttura e dalla funzione dell'appello. I *nova* prodotti, dunque, non devono esorbitare dai confini segnati dal *devolutum*, ossia dal perimetro tracciato dai motivi di impugnazione e dall'oggetto della domanda originariamente proposta al giudice che procede, ossia devono essere pertinenti al tema originariamente proposto e ai punti della decisione effettivamente devoluti con i motivi di impugnazione. A ciò consegue che possono essere prodotti anche quegli elementi probatori preesistenti non precedentemente sottoposti alla valutazione giudiziale per scelta delle parti.

Per altro verso, come già ritenuto nella sentenza Donelli, è da escludersi la sussistenza, in capo al giudice d'appello, di poteri istruttori in senso pieno: il principio del *favor libertatis,* che consente al giudice di intervenire *in bonam partem,* non si estende, infatti, al punto di riconoscere a quest'ultimo poteri istruttori funzionali alla formazione e acquisizione di elementi nuovi da utilizzare per il giudizio. Tale conclusione trova conferma nella disposizione di cui all'art. 299, comma 4-*ter*, cod. proc. pen., che attribuisce, solo in via eccezionale, al giudice il potere di disporre anche d'ufficio accertamenti sulle condizioni di salute o su altre condizioni o qualità personali dell'imputato. La lettura costituzionalmente orientata dell'art. 299, comma 3, cod. proc. pen. (Corte cost. n. 89 del 1998), che conduce a ritenere che il giudice dell'appello cautelare, così come di altro giudice, può decidere anche d'ufficio *pro libertate*, *ultra* o *extra petitum*, non implica, dunque, necessariamente l'esercizio di poteri istruttori tesi a integrare la piattaforma cognitiva.

Il Supremo Consesso ha, quindi, evidenziato che il rinvio effettuato dall'art. 310, comma 2, cod. proc. pen. all'art. 127 dello stesso codice comporta l'applicazione della regola posta dal comma 2 di tale ultimo articolo, secondo cui le parti possono presentare memorie fino a cinque giorni prima dell'udienza, regola che, proprio nell'ottica della garanzia dell'effettività del contraddittorio camerale, intende assicurare alle parti il diritto di partecipare all'udienza e formulare le proprie conclusioni in riferimento allo stato degli atti del quale abbiano potuto prendere previamente conoscenza.

Il termine "memorie", adoperato nell'art. 127, comma 2, cod. proc. pen., individua lo strumento processuale attraverso cui le parti veicolano nel procedimento camerale non solo le proprie argomentazioni, ma anche gli elementi informativi che intendono sottoporre alla valutazione del giudice. In questo senso si è anche espressa la giurisprudenza di legittimità (ad esempio, con riferimento alla produzione di documenti nel giudizio di legittimità *ex* art. 311 cod. proc. pen., il cui comma 5 rinvia parimenti alla "forme" previste dall' art. 127 cod. proc. pen., Sez. 3, n. 209 del 17/09/2020, dep. 2021, Marotta, Rv. 281047-02; Sez. 3, n. 12641 del 05/02/2013, Pisano, Rv. 255118-01; Sez. F., n. 34554 del 25/07/2003, Jovanovic, Rv. 228393-01). Per le Sezioni Unite siffatto termine non deve essere interpre-

tato, come optano alcuni arresti delle Sezioni semplici (Sez. 5, n. 5458 del 9/01/2018, Bernini, Rv. 272444-01; Sez. 5, n. 43382 del 19/09/2013, Punturiero, Rv. 258661-01; Sez. 1 n. 3679 del 19/05/2000, Di Bella, Rv. 216280-01), in termini riduttivi nel senso di non ricomprendere i documenti la cui produzione sarebbe svincolata dai limiti temporali fissati per la presentazione delle memorie. Al riguardo si è evidenziato che tale orientamento si è formato con riferimento al giudizio di esecuzione e in riferimento alla previsione di cui all'art. 666, comma 3, cod. proc. pen. che, sebbene riproduca la disposizione generale di cui al comma 2, dell'art. 127 cod. proc. pen., deve essere inquadrata nello specifico contesto del procedimento di esecuzione, nel quale, attraverso il comma 5 dell'art. 666 cod. proc. pen., al giudice è riconosciuto l'autonomo potere istruttorio al fine di acquisire «tutti i documenti e le informazioni di cui abbia bisogno».

In ultimo, hanno precisato le Sezioni Unite, che la facoltà di produrre elementi probatori inediti deve essere riconosciuta non solo all'imputato, ma anche al pubblico ministero, sia perché anche il pubblico ministero potrebbe produrre elementi *pro libertate,* sia perché non può essergli negato il diritto di presentare materiale informativo inedito a confutazione dei *nova* prodotti dalla difesa visto che, allo stesso pubblico ministero, proprio le Sez. Unite Donelli hanno riconosciuto il diritto di sottoporre a sua volta al giudice i nuovi elementi di prova a sostegno dell'appello da lui proposto avverso il provvedimento di rigetto della richiesta di applicazione di una misura cautelare. Sarebbe, infatti, del tutto irragionevole configurare un contraddittorio camerale "dimezzato" nel quale solo l'accusa risulti «vincolata alla immutabilità dello stato degli atti preesistenti».

Di qui l'affermazione del principio di diritto sopra riportato in attuazione del quale il ricorso è stato rigettato in quanto, sebbene la motivazione con la quale il Tribunale aveva respinto la richiesta della difesa di produrre i *nova* probatori si pone in contrasto con il principio affermato dalle Sezioni Unite, la nuova documentazione era stata prodotta dal ricorrente oltre il termine indicato dall'art. 127, comma 2, cod. proc. pen. e non poteva, quindi, essere acquisita e utilizzata ai fini della decisione.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte EDU:

Corte EDU 24/08/1998, Contrada c. Italia;
Corte EDU GC, 06/04/2000 labita c. Italia;
Corte EDU 04/05/2006, Michta c. Polonia;
Corte EDU 08/11/2007, Lelievre c. Belgio;
Corte EDU 02/07/2009, Vafiadis c. Grecia.

Sentenze della Corte costituzionale:

Corte cost., sent. n. 89 del 1998;
Corte cost. ord. n. 321 del 2001;
Corte cost., sent. n. 295 del 2005;
Corte cost., sent. n. 265 del 2010;
Corte cost., sent. n. 164 del 2011.

Sentenze della Corte di cassazione:

Sez. U, n. 15403 del 30/11/2023, dep. 2024, Galati, Rv. 286155-01;
Sez. U, n. 11 dell' 8/07/1994, Buffa, Rv. 198212-01;
Sez. U, n. 1, del 27/9/1995, dep. 1996, Timpanaro, Rv. 203696-01;
Sez. U, n. 8 del 25 giugno 1997, Gibilras, Rv. 208313-01;
Sez. U., n. 24 del 05/07/2000, Monforte, Rv 216706-01;
Sez. U., n. 18339 del 31/03/2004, Donelli, Rv. 227358-01 e Rv. 227359-01;
Sez. U., n. 29952 del 24/05/2004, Romagnoli, Rv. 228117-01;
Sez. U. n. 10251 del 17/10/2006, dep. 2007, Michaeler, Rv. 235700-01;
Sez. U., n. 16085 del 31/03/2011, Khalil, Rv. 249324-01;
Sez. U., n. 46201 del 31/05/2018, E. Rv. 274092-01;
Sez. 1, n. 3679 del 19/05/2000, Di Bella, Rv. 216280-01;
Sez. F, n. 34554 del 25/07/2003, Jovanovic, Rv. 228393-01;
Sez. 5, n. 25595 del 17/05/2006, Rotolo, Rv. 234417-01;
Sez. 2, n. 7225 del 21/12/2006, dep. 2007, Liquidato, Rv. 235935-01;
Sez. 1, n.4720 del 11/11/2010, dep. 2011, Akponine, non massimata;
Sez. 2, n. 14904 del 11/01/2012, Roncon, non massimata;
Sez. 3, n. 12641 del 05/02/2013, Pisano, Rv. 255118-01;
Sez. 5, n. 43382 del 19/09/2013, Punturiero, Rv. 258661-01;
Sez. 6, n. 237229 del 23/04/2015, Ciervo, Rv. 263936-01;
Sez. 6, n. 19008 del 21/4/2016, S., Rv. 267209-01;
Sez. 5, n. 5458 del 9/01/2018, Bernini, Rv. 272444-01;
Sez. 2, n. 36125 del 26/06/2019, Polichetti, Rv. 277078-01;
Sez. 2, n. 6400 del 12/11/2019, dep. 2020, Maisano, Rv. 278372-01;
Sez. 3, n. 209 del 17/09/2020, dep. 2021, Marotta, Rv. 281047-02;
Sez. 3, n. 23113 del 16/02/2021, Strazzeri, Rv. 281331-01:

Sez. 6, n. 19008 del 17/04/2021, Senese, Rv. 252874-01;
Sez. 1, n. 44595 del 19/10/2021, Macheda, Rv. 282228-01;
Sez. 6, n. 2630 del 14/12/2021, dep. 2022, Napoli, Rv. 282753-01;
Sez. 2, n. 10383 del 18/02/2022, Gallo, non massimata;
Sez. 1, n. 29640 del 31/03/2022, Giorgio, Rv. 283383-01;
Sez. 3, n. 15256 del 13/01/2023, Piscitelli, Rv. 284462-01;
Sez. 2, n. 20232 del 11/05/2023, Mancino, non massimata;
Sez. 6, n. 34130 del 07/07/2023, B. Rv. 285174-01.

CAPITOLO II

IL RIMEDIO IMPUGNATORIO AVVERSO L'ORDINANZA EMESSA AI SENSI DELL'ART. 300, COMMA 5, COD. PROC. PEN.

(di Giovanni Gallo)

SOMMARIO: 1. La questione controversa. – 2. I contrapposti orientamenti. – 3. Le considerazioni della Suprema Corte. – 4. La risoluzione del contrasto – 5. L'elaborazione di un principio generale.

1. La questione controversa.

Sez. 1, n. 10390 del 10/04/2024, Caruso, n.m., rilevando l'esistenza di un contrasto nell'ambito della giurisprudenza della Corte, rimetteva all'esame delle Sezioni Unite la questione attinente al seguente tema:

"*Se l'imputato nei confronti del quale sia stata emessa ordinanza applicativa della custodia cautelare in carcere che ha perso efficacia a causa del proscioglimento pronunciato all'esito del giudizio di primo grado, debba impugnare con istanza di riesame ovvero con l'appello cautelare l'ordinanza con la quale sia disposta la custodia cautelare in carcere, ai sensi dell'art. 300, comma 5, cod. proc. pen., emessa a seguito di successiva condanna pronunciata all'esito del giudizio di appello*".

Il quesito, dunque, atteneva alla determinazione dello strumento attraverso il quale impugnare l'ordinanza, emessa ai sensi dell'art. 300, comma 5, cod. proc. pen., con la quale è stata applicata la misura cautelare a seguito del ribaltamento della sentenza in secondo grado.

2. I contrapposti orientamenti.

La Corte (**Sezioni Unite, n. 44060 dell'11/07/2024, Caruso, Rv. 287319 67-01 e Rv. 287319-02**), nell'analizzare l'ordinanza di rimessione, ha approfondito le ragioni poste a fondamento degli opposti orientamenti venutisi a formare sul tema.

Secondo un primo e maggioritario indirizzo, la possibilità, prevista dall'art. 300, comma 5, cod. proc. pen., di reiterare la misura nei confronti dell'imputato assolto in primo grado, ma condannato in appello, implica che la misura medesima debba considerarsi una "*riemissione*" di quella in precedenza già disposta, la cui efficacia era stata paralizzata a seguito della pronuncia assolutoria. (In tal senso, tra le sentenze massimate, Sez. 5, n. 32852 del 05/07/2011, Nigro, Rv. 250579-01, e Sez. 1, n. 23061 del 12/02/2002, Leuzzo, Rv. 221636-01).

Il ragionamento sviluppato nelle citate decisioni parte dalla valutazione del carattere di novità (o meno) della misura applicata ai sensi dell'art. 300, comma 5, cod. proc. pen., al fine di decidere, poi, sul mezzo di impugnazione del titolo cautelare al quale fare ricorso; per effettuare tale valutazione, si sostiene, occorre individuare la causa di cessazione della misura stessa.

In tal senso, si è detto, nelle ipotesi in cui la misura cessa di avere efficacia per effetto di un automatismo (nel caso, ad esempio, di scadenza dei termini massimi di custodia cautelare o di assoluzione), quindi, senza che sia necessaria la valutazione sulla persistenza o meno delle esigenze cautelari, la successiva ordinanza cautelare, emessa a seguito del venir meno dell'impedimento oggettivo (nel caso oggetto della nostra attenzione l'assoluzione seguita da condanna in grado di appello *ex* art. 300, comma 5, cod. proc. pen.), fa

"*riespandere*" l'efficacia originaria del titolo, rimasto temporaneamente quiescente, che, quindi, resta collegato al precedente ed è impugnabile con l'appello; nei casi di inefficacia "*automatica*", si è precisato, non viene meno la validità del titolo ma solo la sua efficacia, per un fatto esterno all'ordinanza cautelare genetica, proprio come nel caso dell'art. 300, comma 1, cod. proc. pen.

A diverse conclusioni, secondo tale orientamento, deve giungersi nelle ipotesi in cui vi è una valutazione che esclude la sussistenza di uno o più presupposti applicativi dell'ordinanza genetica, la quale viene in tal modo ad essere eliminata e, quindi, ogni successiva misura disposta deve considerarsi non mera rinnovazione, ma misura nuova e, dunque, oggetto di riesame *ex* art. 309 cod. proc. pen.

Nell'ambito dello stesso filone ermeneutico, la Corte inserisce Sez. 5, n. 34671 del 05/07/2011, Timperanza, n. m., che in motivazione sviluppa alcuni argomenti in opposizione alla tesi dell'esperibilità dell'istanza di riesame nel caso previsto dall'art. 300, comma 5, cod. proc. pen. Oltre a valorizzare le argomentazioni poste a fondamento della citata sentenza Sez. 1, Leuzzo, la decisione da ultimo citata sottolinea, innanzitutto, che, se il legislatore avesse inteso recidere qualunque collegamento tra la prima e la seconda applicazione della misura, la disposizione di cui al quinto comma dell'art. 300 sarebbe stata superflua, in quanto la possibilità di applicazione "*ex novo*" sarebbe stata regolata dalle disposizioni generali in tema di misure cautelari personali.

Del pari inidoneo a sostenere tale soluzione, prosegue la decisione in parola, sarebbe il richiamo operato ad una serie di provvedimenti che dispongono la misura cautelare e sono ritenuti dalla giurisprudenza impugnabili con richiesta di riesame. L'applicabilità di tale rimedio nei casi di revoca della custodia cautelare, inefficacia della misura per mancato rispetto dei termini di cui all'art. 309, commi 5 e 10, cod. proc. pen., nuova ordinanza emessa dal giudice competente o a seguito di annullamento da parte della Corte di cassazione, confermerebbe, secondo tale prospettazione, la conclusione per cui, in caso di provvedimento *ex* art. 300, comma 5, il rimedio dovrà essere quello dell'appello, "*essendo l'inefficacia del provvedimento precedente estranea alla validità e al merito di esso, non discendente da violazione di legge, né dal carattere provvisorio di quello emesso da giudice incompetente, né conseguenza di annullamento*".

Si rimarca, del resto, che anche l'orientamento della giurisprudenza di legittimità favorevole all'impugnabilità, mediante richiesta di riesame, dell'ordinanza emessa a seguito di caducazione di precedente misura per omessa effettuazione nei termini dell'interrogatorio di garanzia apporterebbe ulteriore conforto alla tesi dell'appello, "*dal momento che, in quel caso, non diversamente che in quello dell'inosservanza dei termini di cui all'art. 309, commi 5 e 10, cod. proc. pen., la violazione di legge che inquina il precedente provvedimento comporta la novità ed autonomia del successivo. Il che non accade nell'ipotesi di cui all'art. 300, comma 5, cod. proc. pen.*".

La sentenza in argomento, inoltre, esclude che possano verificarsi disparità di trattamento tra l'imputato cui la misura sia applicata per la prima volta in grado di appello e quello che abbia già subito in precedenza una limitazione della libertà personale, tenuto conto che "*quest'ultimo, a differenza del primo, è già stato titolare della facoltà di proporre richiesta di riesame dell'ordinanza genetica della misura, onde l'appellabilità del successivo provvedimento non è lesiva dei suoi diritti di difesa*".

Per quanto riguarda il contrapposto orientamento, favorevole all'esperibilità dell'istanza di riesame per impugnare l'ordinanza emessa ai sensi dell'art. 300, comma 5, cod. proc. pen., va citata, in particolare, la decisione Sez. 6, n. 842 dell'08/03/1999, Sciascia, Rv. 213920-01, secondo la quale la misura caducata o, comunque, divenuta inefficace deve ritenersi

come mai esistita e, dunque, "*tamquam non esset*", con l'effetto che l'eventuale misura reiterativa, in quanto essa stessa "*ordinanza che dispone una misura coercitiva*", dovrebbe essere assoggettata alla richiesta di riesame. Va detto che, nell'ambito di tale orientamento, vengono inserite alcune decisioni che, pur senza affrontare espressamente il tema dell'ammissibilità del mezzo, ma dando implicitamente per assodata la sussistenza di tale presupposto processuale, hanno definito procedimenti susseguenti all'adozione di provvedimenti ai sensi dell'art. 300, comma 5, cod. proc. pen., impugnati con richiesta di riesame (così Sez. 1, n. 6176 del 26/11/2019, Barbaro, non massimata; Sez. 1, n. 35468 del 17/03/2016, Martino, non massimata; Sez. 1, n. 7642 del 05/03/2003, Pignatelli, Rv. 226846-01; Sez. 6, n. 3092 del 04/07/2000, Scarci, Rv. 217746-01).

3. Le considerazioni della Suprema Corte.

Passando all'analisi degli argomenti a favore dell'uno e dell'altro orientamento, le Sezioni Unite della Corte hanno affermato, in primis, che non può ritenersi risolutivo ricorrere, come pure sostenuto dall'orientamento minoritario da ultimo citato, al criterio "*letterale*" al fine di escludere qualsivoglia collegamento tra l'ordinanza genetica e quella emessa dopo la condanna in appello ai sensi dell'art. 300, comma 5, cod. proc. pen.; si legge nella motivazione delle Sezioni Unite che "*l'idea di contrapporre, sulla sola base del criterio semantico-letterale, i provvedimenti che "dispongono" (suscettibili di riesame) a quelli che "ripristinano" misure cautelari (impugnabili con appello ex art. 310 cod. proc. pen.), non trova adeguato riscontro nell'impianto codicistico",* tenuto conto che "*lo stesso verbo "disporre" non è usato in maniera uniforme, afferendo esso a una gamma variegata di situazioni procedimentali",* per alcune delle quali, ha precisato la Corte, *"il rimedio impugnatorio esperibile è pacificamente individuato dalla giurisprudenza di legittimità in quello dell'appello e non del riesame".*

Tanto premesso, la Corte ha analizzato l'argomento, valorizzato dall'orientamento maggioritario, secondo il quale risulta essere determinante individuare la causa di cessazione della misura stessa, ipotizzando due distinte situazioni: nella prima, contraddistinta dalla cessazione di efficacia della misura per effetto di un "*automatismo*" (scadenza dei termini massimi di custodia cautelare o sentenza di assoluzione), la successiva ordinanza cautelare, emessa a seguito del venir meno dell'impedimento oggettivo, farebbe "*riespandere*" l'efficacia originaria del titolo che, quindi, resterebbe collegato al precedente e sarebbe impugnabile con l'appello *ex* art. 310 cod. proc. pen.; nella seconda, caratterizzata da una valutazione che ha condotto alla cessazione del primo titolo (sopravvenuto venir meno delle esigenze cautelari), l'ordinanza genetica verrebbe eliminata del tutto e, quindi, ogni successiva misura disposta dovrebbe considerarsi quale misura "*nuova*" e, dunque, suscettibile di riesame *ex* art. 309 cod. proc. pen.

Sul punto la Corte ha affermato che il venir meno della misura originariamente applicata a seguito della pronuncia di una sentenza di assoluzione dell'imputato in primo grado, non può essere considerato il frutto di un "*automatismo*" processuale oggettivo, ma, piuttosto, "*il risultato di un ribaltamento integrale dell'originario quadro indiziario e cautelare, cui il giudice procedente è pervenuto, nell'esercizio della sua discrezionalità valutativa, in base al compendio probatorio acquisito, e che lo ha indotto, con la decisione assolutoria, a travolgere dalle fondamenta la misura coercitiva già applicata".* E, ha aggiunto, "*la nuova misura susseguente a sentenza di condanna in appello viene emessa dopo un nuovo giudizio di cognizione in appello suscettibile di essere arricchito da nuove prove, sicché difficilmente può dubitarsi della sua autonomia rispetto al primo provvedimento caducato in conseguenza dell'assoluzione".*

Va osservato, ha precisato la Corte, che, "*anche a prescindere dall'acquisizione di nuovi elementi istruttori, le valutazioni effettuate in appello, seppur basate sullo "stesso fatto", possono contenere nuovi apprezzamenti in merito al riconoscimento di circostanze in un primo momento escluse dalla ordinanza genetica o diversi apprezzamenti in tema di ricostruzione del fatto, intensità del dolo, personalità dell'imputato, idonei come tali a modificare sensibilmente il quadro cautelare*".

E allora, ha concluso, "*appare quantomeno problematico parlare di "reviviscenza" di un'ordinanza che ha perso efficacia e che viene sostituita da un provvedimento il quale, nei limiti descritti, certamente ha un contenuto di novità*".

Valorizzando, inoltre, le considerazioni effettuate in materia dalla dottrina, la Corte ha affermato che l'art. 275, comma 1-bis, cod. proc. pen., che impone al giudice di osservare determinati criteri ai fini della valutazione della sussistenza delle esigenze cautelari "*contestualmente*" a una sentenza di condanna, con evidenza esprime una particolare regola di giudizio in ordine all'esame delle esigenze cautelari che il giudice deve compiere qualora l'imputato sia stato condannato.

Partendo da tale affermazione, la Corte ha sottolineato che, nella ipotesi descritta dall'art. 300, comma 5, cod proc, pen., il giudice deve rivalutare le esigenze cautelari di cui all'art. 274, lett. b) e c), cod. proc. pen., attraverso un accertamento compiuto alla luce dei fatti emersi nel processo, anche di secondo grado, che, come tale contiene *"una componente di "novità", in quanto viene effettuato su basi diverse rispetto a quelle oggetto di verifica operata in sede di emissione della ordinanza genetica, tenuto conto che è trascorso del tempo e, intanto, è intervenuta la sentenza di condanna di secondo grado; a riprova di ciò, si ricorda che in questa fase il giudice potrà applicare una misura più o meno grave rispetto a quella precedentemente eseguita che ha perso efficacia, a dimostrazione della autonomia e novità del suo giudizio"*.

E, ha aggiunto, "*se è vero che tale valutazione non si estende al pericolo di inquinamento probatorio, questo avviene non perché si è realizzata una reviviscenza degli effetti e della valutazione dell'ordinanza genetica, ma perché in questa fase le prove a sostegno dell'accusa sono, ormai, cristallizzate*".

A conferma di tali ultime considerazioni, la Corte ha anche sottolineato che la giurisprudenza di legittimità ha già affermato, in più occasioni, "*il principio per cui, in caso di applicazione della misura a seguito di sentenza di condanna, ai sensi dell'art. 275, comma 1-bis, cod. proc. pen., si è in presenza di una "nuova" misura, anche laddove il titolo originario sia stato caducato per motivi inerenti alla dichiarata insussistenza, in sede di riesame, delle esigenze cautelari, sicché avverso di essa è esperibile l'istanza di riesame ex art. 309 cod. proc. pen."* (Sez. 1, n. 45140 del 20/06/2014, De Biase, Rv. 261132-01; Sez. 1, n. 43814 del 08/10/2008, Sutera, Rv. 241559-01).

Certamente rilevante è la conclusione della Corte, secondo al quale, "*non sarebbe, quindi, ragionevole, in presenza di analogia o di omologia di situazioni processuali, distinguere gli strumenti di tutela a disposizione dell'imputato, individuando l'opzione dell'appello ex art. 310 cod. proc. pen. per il solo caso contemplato dall'art. 300, comma 5, cod. proc. pen.".* Così come, sul piano della tutela dell'imputato e della effettività del suo diritto di difesa, non può tenersi distinta la posizione dell'imputato condannato in appello che venga attinto da susseguente provvedimento coercitivo, senza essere mai stato raggiunto da precedente titolo cautelare o dopo essere stato destinatario di titolo cautelare poi annullato o revocato nel corrispondente subprocedimento cautelare, e l'imputato condannato in sede di appello che venga attinto da susseguente provvedimento coercitivo, dopo essere stato prosciolto in primo grado: "*la proposizione del riesame per il primo ambito e dell'appello per*

il secondo non rinverrebbe idonea giustificazione – secondo la convincente obiezione sollevata dalla dottrina – nella differenza di situazioni di fatto, a fronte della omologia della valutazione dei presupposti di emissione di un'ulteriore misura nei confronti di ognuno dei destinatari della stessa".

4. La risoluzione del contrasto.

Alla luce dell'insieme delle considerazioni, il Collegio ha affermato che l'ordinanza emessa ai sensi dell'art. 300, comma 5, cod. proc. pen., non può considerarsi quale semplice "*reviviscenza*" dell'ordinanza genetica, poi caducata, a fronte di un quadro cautelare certamente inciso dal trascorrere del tempo e dall'intervento della sentenza di condanna in appello, che ha ribaltato la decisione di proscioglimento adottata in primo grado: il provvedimento de quo, viceversa, presenta indubbi aspetti di "*novità*" ed "*autonomia*" in confronto a quello precedente, sì da giustificare, per la sua impugnazione, l'attivazione del procedimento di riesame. Ed ha, come anticipato, conclusivamente espresso il seguente principio di diritto: "*Nel caso in cui l'imputato, nei confronti del quale sia stata emessa ordinanza applicativa della custodia cautelare in carcere, divenuta inefficace per il proscioglimento pronunciato all'esito del giudizio di primo grado, venga successivamente sottoposto, ai sensi dell'art. 300, comma 5, cod. proc. pen., a nuova applicazione della custodia in carcere, il rimedio che egli può esperire per impugnare la relativa ordinanza è quello dell'istanza di riesame ex art. 309 cod. proc. pen.*".

5. L'elaborazione di un principio generale.

Va aggiunto che la Suprema Corte, inoltre, tenuto conto della rilevanza della decisione assunta sul piano della tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, ha ritenuto di enunciare un principio più ampio, idoneo a "*fornire all'interprete le chiavi di lettura utili a riconoscere i casi in cui sia consentito parlare di "nuova" misura cautelare, suscettibile di essere impugnata con l'istanza di riesame*".

A tal proposito la Corte ha affermato che "*possa parlarsi di nuova misura, impugnabile con istanza di riesame, tutte le volte che la misura originariamente applicata venga caducata, per qualsivoglia ragione, e ne venga emessa una successiva, autonoma dalla prima, ossia non condizionata dalla precedente vicenda cautelare"*; all'affermazione di tale principio generale, la Corte ha fatto seguire anche la indicazione di una serie di eccezioni al principio stesso, disciplinate dal nostro codice di procedura penale.

Il principio da ultimo espresso nella sentenza delle Sezioni Unite della Corte è stato così massimato (Rv. 287319-02):

"*In tema di misure cautelari personali, sono impugnabili con istanza di riesame i provvedimenti applicativi di una nuova misura cautelare, ricorrendo tale ipotesi tutte le volte che la misura originariamente applicata venga caducata, per qualsivoglia ragione, e ne venga emessa una successiva, autonoma dalla prima, ossia non condizionata dalla precedente vicenda cautelare. (In motivazione, la Corte ha escluso l'impugnabilità con la richiesta di riesame dei provvedimenti di proroga dei termini di custodia cautelare ai sensi dell'art. 305, comma 2, cod. proc. pen., di rinnovazione di misura cautelare disposta per esigenze probatorie ai sensi dell'art. 301, comma 1, cod. proc. pen., dei provvedimenti ex art. 307, comma 2, lett. a) e b), cod. proc. pen., e del provvedimento di cui all'art. 307, comma 4, cod. proc. pen.)".*

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione:

Sez. 5, n. 32852 del 05/07/2011, Nigro, Rv. 250579-01;
Sez. 1, n. 23061 del 12/02/2002, Leuzzo, Rv. 221636-01;
Sez. 5, n. 34671 del 05/07/2011, Timperanza, n. m.;
Sez. 6, n. 842 dell'08/03/1999, Sciascia, Rv. 213920-01;
Sez. 1, n. 7642 del 05/03/2003, Pignatelli, Rv. 226846-01;
Sez. 6, n. 3092 del 04/07/2000, Scarci, Rv. 217746-01;
Sez. 1, n. 6176 del 26/11/2019, Barbaro, non massimata;
Sez. 1, n. 35468 del 17/03/2016, Martino, non massimata

SEZIONE V

INDAGINI PRELIMINARI E UDIENZA PRELIMINARE

CAPITOLO I

LE SEZIONI UNITE IN TEMA DI ABNORMITÀ DELL'ORDINANZA DI RIGETTO DELLA RICHIESTA DI INCIDENTE PROBATORIO PER LA TESTIMONIANZA DELLA PERSONA OFFESA "VULNERABILE"

(di Elena Carusillo)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il caso, la questione controversa e l'ordinanza di rimessione. – 3. Gli orientamenti giurisprudenziali sulla questione. – 4. La decisione delle Sezioni Unite.

1. Premessa.

Le **Sezioni Unite**, con sentenza **n. 10869 del 12/12/2024, dep. 18/03/2025, D.L., Rv. 287607-01** hanno affermato il principio di diritto così massimato:

«È abnorme e, pertanto, ricorribile per cassazione il provvedimento con il quale il giudice rigetta, per insussistenza delle condizioni di vulnerabilità della vittima o di non rinviabilità della prova, la richiesta di incidente probatorio avente ad oggetto la testimonianza della persona offesa di uno dei reati compresi nell'elenco di cui all'art. 392, comma 1-bis, primo periodo, cod. proc. pen., trattandosi di presupposti la cui esistenza è presunta per legge».

2. Il caso, la questione controversa e l'ordinanza di rimessione.

La questione trae origine dal ricorso proposto dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Termini Imerese avverso l'ordinanza con la quale il Giudice per le indagini preliminari aveva rigettato la richiesta di incidente probatorio volta all'assunzione della testimonianza di una donna, vittima di continue violenze psicologiche e fisiche anche nel periodo in cui era in stato di gravidanza, perpetrate dal compagno convivente, indagato per delitto di cui all'art. 572 cod. pen.

La Sesta sezione, investita del ricorso, ha registrato due orientamenti contrastanti nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, in merito alla natura abnorme o meno, e a quali condizioni, del provvedimento di rigetto della richiesta di incidente probatorio avente ad oggetto la testimonianza della persona offesa di uno dei reati compresi nell'elenco di cui all'art. 392, comma 1-*bis*, primo periodo, cod. proc. pen. e per tale motivo ha rimesso la questione al vaglio delle Sezioni Unite.

3. Gli orientamenti giurisprudenziali sulla questione.

Due sono gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità che si agitano sulla questione.

Secondo una prima linea esegetica – seguita da Sez. 1, n. 46821 del 08/06/2023, Favia, Rv. 285455-01; Sez. 6, n. 46109 del 28/10/2021, P., Rv. 282354-01; Sez. 3, n. 29594 del 28/05/2021, P., Rv. 281718-01; Sez. 5, n. 2554 del 11/12/2020, dep. 2021, P., Rv. 280337-01;

Sez. 6, n. 24996 del 15/07/2020, P., Rv. 279604-01 –, il provvedimento con il quale il giudice rigetta la richiesta di incidente probatorio per l'assunzione della testimonianza della persona offesa, nei casi indicati dall'art. 392, comma 1-*bis*, primo periodo, cod. proc. pen., è legittimo perché espressione del potere discrezionale riconosciuto al giudice, sul quale, pur nel rispetto delle disposizioni di fonte sovranazionale che regolano la materia e che valorizzano l'interesse primario all'adozione di misure finalizzate alla limitazione delle audizioni della vittima, al fine di limitare il rischio di fenomeni di "vittimizzazione secondaria", in ogni caso, non incombe alcun "obbligo" di ammissione dell'incidente probatorio.

In posizione dissonante si pone l'orientamento secondo il quale sono proprio le disposizioni di fonte sovranazionale a imporre l'anticipazione nel tempo dell'audizione di quelle persone offese, di cui occorre salvaguardare l'integrità fisica e psicologica, altrimenti messa in pericolo da un indebito ritardo ovvero da una ripetizione degli ascolti nel corso del procedimento penale, sicché l'ordinanza di rigetto della richiesta di incidente probatorio per l'assunzione della testimonianza della persona offesa si profila come arbitraria e, dunque, affetta da abnormità strutturale, in quanto resa in assenza di un potere espressamente previsto dalla legge (Sez. 3, n. 47572 del 10/10/2019, P., Rv. 277756-01; Sez. 3, n. 34091 del 16/05/2019, P., Rv. 277686-01), ovvero da abnormità funzionale in ipotesi di omessa indicazione di ragioni prevalenti sulle esigenze di tutela della vittima e di genuinità della prova (Sez. 2, n. 29363 del 24/03/2023, P., Rv. 284962-01).

4. La decisione delle Sezioni Unite.

Nel rispondere al quesito, le Sezioni Unite, ripercorsa l'evoluzione delle modifiche legislative che hanno interessato l'incidente probatorio, con particolare riferimento ai casi di acquisizione delle dichiarazioni testimoniali di soggetti "fragili" introdotti anche per dare attuazione alle spinte sovranazionali, hanno aderito al secondo indirizzo giurisprudenziale di cui si è detto, sia pur con talune puntualizzazioni.

Ad avviso del Supremo consesso, a tale approdo conduce, in primo luogo, la lettera della disposizione dettata dall'art. 392, comma 1-*bis*, primo periodo, cod. proc. pen., là dove prevede che l'incidente probatorio, riguardante l'assunzione della testimonianza della persona offesa maggiorenne di uno dei reati compresi nel catalogo della norma, venga ammesso «anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1», ritenendo che, con tale precisazione, il legislatore abbia inteso «escludere che il giudice, chiamato a decidere su una siffatta richiesta di incidente probatorio, sia tenuto ad effettuare verifiche in ordine alla indifferibilità della prova ovvero alla non rinviabilità della sua assunzione», trattandosi di «un presupposto di ammissione dell'incidente probatorio che deve considerarsi oggetto di una presunzione *iuris et de iure*, sicché, in presenza della acclarata appartenenza del teste da ascoltare ad una di quelle "categorie protette", l'accertamento in concreto della esistenza del requisito della non rinviabilità deve considerarsi escluso per legge, non rientrando nello spettro del sindacato discrezionale spettante, in tali ipotesi, al giudice».

A conferma di ciò, rileva il Supremo collegio, si pone l'esito del raffronto tra il testo del primo e quello del secondo periodo del comma 1-*bis* dell'art. 392 cod. proc. pen. che induce a ritenere che solo nel caso regolato dal secondo periodo – che riguarda i procedimenti penali aventi ad oggetto reati diversi da quelli elencati nel primo periodo del citato comma 1-*bis* – il giudice conservi il potere valutativo in ordine alla sussistenza della "condizione di particolare vulnerabilità" della persona offesa, sia essa maggiorenne o minorenne, desumendola dai criteri dettati dall'art. 90-*quater* cod. proc. pen.

Di qui, la duplice considerazione:

- nei procedimenti elencati nel primo periodo del comma 1-*bis* dell'art. 392 cod. proc. pen., il potere del giudice di accogliere, dichiarare inammissibile o rigettare la richiesta di

incidente probatorio, ai sensi dell'art. 398, comma 1, cod. proc. pen., è da circoscrivere alla valutazione di sussistenza di requisiti di ammissibilità o di fondatezza della istanza, diversi da quelli oggetto delle due presunzioni legislative, e, dunque, solo a quelli inerenti: alla legittimazione del soggetto istante; alla fase e all'oggetto del procedimento; alla minore età o alla qualifica di persona offesa maggiorenne del soggetto da escutere; al rispetto delle forme con le quali, e dei termini entro i quali, l'istanza deve essere formulata;

- la previsione di cui all'art. 393, comma 1, lett. c), cod. proc. pen., secondo cui nell'istanza di incidente probatorio devono essere precisate «le circostanze che, a norma dell'articolo 392, rendono la prova non rinviabile al dibattimento», è frutto di un mero difetto di coordinamento legislativo, in quanto si tratta di una prescrizione di cui «non è necessaria l'osservanza se la richiesta sia stata presentata ai sensi del comma 1-*bis*, primo periodo, dell'art. 392 cod. proc. pen.» e, dunque, in relazione a soggetti di acclarata appartenenza a una "categoria protetta".

Del resto, osservano le Sezioni Unite, nel caso di richiesta di incidente probatorio *ex* art. 392, comma 1-*bis*, primo periodo, cod. proc. pen., anche la regola generale dettata dall'art. 190, comma 1, del codice di rito, così come quella concernente la valutazione di rilevanza della prova ai sensi dell'art. 393, comma 1, lett. a), cod. proc. pen., deve ritenersi più che altro teorica, in quanto la richiesta investe «situazioni processuali nelle quali è davvero difficile immaginare che quella prova dichiarativa possa risultare manifestamente superflua o irrilevante».

Tanto non esclude, ad avviso del Supremo collegio, che il giudice, qualora ritenga l'esame testimoniale inutile, perché la prova dei fatti oggetto della deposizione sia stata raggiunta *aliunde* o l'esame "non praticabile" per le particolari condizioni personali in cui si trova il dichiarante, possa determinarsi, con argomentazioni puntuali e specifiche, per il rigetto della richiesta.

Del resto, si osserva, anche le modifiche introdotte all'art. 190-*bis* cod. proc. pen., sebbene evidenzino una non completa corrispondenza con il catalogo dei reati di cui all'art. 392, comma 1-bis, primo periodo, cod. proc. pen., sono espressione della logica legislativa di protezione dei soggetti deboli.

Il Supremo consesso ha affrontato anche il profilo di compatibilità tra l'opzione interpretativa privilegiata e i parametri costituzionali, esaminando le numerose pronunce con le quali il Giudice delle leggi ha chiarito che la parificazione tra la categoria dei minorenni e quella delle persone offese di uno dei reati elencati nella norma in questione, entrambe riguardanti soggetti fragili, è compatibile con la sfera di discrezionalità riservata al legislatore nella conformazione degli istituti processuali in materia penale e risponde all'esigenza di consentire ai soggetti stessi «di uscire al più presto dal circuito processuale per aiutarlo a liberarsi più rapidamente dalle conseguenze psicologiche dell'esperienza vissuta» (Corte cost., sent. n. 14 del 2021; n. 63 del 2005; Corte cost., ord. n. 108 del 2003; sent. n. 529 del 2002).

Di qui, per un verso, l'assenza di contrasto tra la disciplina riservata alla forma "speciale" o "atipica" dell'incidente probatorio e le garanzie difensive riconosciute dagli artt. 24 e 111 Cost. (Corte cost., sent. n. 14 del 2021; n. 92 del 2018; n. 262 del 1998) e, per altro verso, la conciliabilità tra le scelte operate dal legislatore e il principio del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU, sul presupposto che alle disposizioni codicistiche che comportano, in via eccezionale, limitate e accettabili deroghe al principio dell'immediatezza sono connesse altre misure tese ad assicurare che il giudice chiamato a decidere abbia una piena conoscenza del materiale probatorio in precedenza acquisito (Corte cost., sent. n. 132 del 2019).

Ancora, le Sezioni Unite, all'esito di una verifica di conformità tra le plurime iniziative normative convenzionali ed eurounitarie in materia di protezione delle vittime vulnerabili – quali la Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, conclusa a Lanzarote il 25 ottobre 2007; la Decisione quadro 2001/220/GAI del Consiglio, del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale; la Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato – e le scelte del legislatore nazionale che alle prime si è ispirato prendendole «a modello», hanno giustificato la soluzione interpretativa assunta, ritenendola «la più rispettosa dei risultati di una esegesi orientata al rispetto delle disposizioni in materia dettate dalle fonti normative sovranazionali».

Fatte tali considerazioni, il Supremo consesso si è concentrato sulla natura abnorme o meno, dell'ordinanza in verifica, ripercorrendo, per grandi linee, quella giurisprudenza di legittimità che, a seguito di un «processo di graduale «affinamento»», ha elaborato due macrocategorie di abnormità:

- quella di tipo strutturale, nella quale si inquadrano sia quei provvedimenti del giudice che si pongono al di fuori del sistema processuale per «carenza di potere in astratto», in quanto espressione dell'esercizio di un potere non attribuito dall'ordinamento processuale, sia quei provvedimenti che, pur espressione di un potere riconosciuto dall'ordinamento, sono pronunciati al di fuori dei casi consentiti, in un contesto processuale del tutto diverso da quella previsto dalla legge;

- quella di tipo funzionale, nella quale rientrano quei provvedimenti che, pur espressione di un potere riconosciuto, determinano una stasi del procedimento ovvero un'impossibilità di proseguirlo, non perché comportano un regresso dello stesso a un grado o a una fase precedente – le cui conseguenze sono risolvibili mediante successive attività propulsive legittime –, ma perché impongono al pubblico ministero il compimento di atti nulli, rilevabili successivamente nel corso del procedimento (Sez. U, n. 42603 del 13/07/2023, El Karti, Rv. 285213-02; Sez. U, n. 37502 del 28/04/2022, Scarlini, Rv. 283552-01; Sez. U, n. 20569 del 18/01/2018, Ksouri, Rv. 272715-01; Sez. U, n. 25957 del 26/03/2009, Toni, Rv. 243590-01).

Sulla base di tali direttrici, le Sezioni Unite hanno affermato che l'ordinanza con la quale il giudice rigetta la richiesta di incidente probatorio "atipico", qualora fondata su valutazioni relative ai requisiti di vulnerabilità della vittima o di non rinviabilità dell'assunzione della prova, rientra nella categoria dell'abnormità strutturale per «carenza del potere in concreto». Ed invero, l'art. 392, comma 1-*bis*, primo periodo, cod. proc. pen., « in ragione della speciale natura del reato per il quale si procede, prevede una presunzione *iuris et de iure* in ordine alla esistenza sia del requisito della vulnerabilità della persona offesa da esaminare, sia di quello della non rinviabilità della assunzione della relativa prova testimoniale»; a ciò consegue che l'ordinanza di rigetto così motivata è affetta da abnormità perché «manifestazione dell'esercizio di un potere caratterizzato da una radicale "deviazione del provvedimento dallo scopo del suo modello legale"».

Alla luce delle esposte argomentazioni, è stato formulato il principio di diritto dianzi riportato e l'ordinanza impugnata è stata annullata senza rinvio, con trasmissione degli atti al competente giudice per le indagini preliminari per l'ulteriore corso.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte costituzionale:

Corte cost., sent. n. 262 del 1998;
Corte cost., sent. n. 529 del 2002;
Corte cost., ord. n. 108 del 2003;
Corte cost., sent. n. 63 del 2005;
Corte cost., sent. n. 92 del 2018;
Corte cost., sent. n. 132 del 2019.
Corte cost., sent. n. 14 del 2021.

Sentenze della Corte di cassazione:

Sez. U, n. 25957 del 26/03/2009, Toni, Rv. 243590-01;
Sez. U, n. 20569 del 18/01/2018, Ksouri, Rv. 272715-01;
Sez. 3, n. 34091 del 16/05/2019, P., Rv. 277686-01;
Sez. 3, n. 47572 del 10/10/2019, P., Rv. 277756-01;
Sez. 6, n. 24996 del 15/07/2020, P., Rv. 279604-01;
Sez. 5, n. 2554 del 11/12/2020, dep. 2021, P., Rv. 280337-01;
Sez. 3, n. 29594 del 28/05/2021, P., Rv. 281718-01;
Sez. 6, n. 46109 del 28/10/2021, P., Rv. 282354-01;
Sez. U, n. 37502 del 28/04/2022, Scarlini, Rv. 283552-01;
Sez. 2, n. 29363 del 24/03/2023, P., Rv. 284962-01;
Sez. 1, n. 46821 del 08/06/2023, Favia, Rv. 285455-01;
Sez. U, n. 42603 del 13/07/2023, El Karti, Rv. 285213-02.

SEZIONE VI

GIUDIZIO

CAPITOLO I

LA LEGITTIMAZIONE DELLA PARTE CIVILE DOPO L'ACCORDO *EX* ART. 444 COD. PROC. PEN. E LA CONDANNA ALLE SPESE DELL'IMPUTATO PATTEGGIANTE

(di Bruno Giordano)

SOMMARIO: 1. La legittimazione della parte civile nel patteggiamento dopo la conclusione dell'accordo. – 2. L'orientamento contrario alla legittimazione della parte civile a costituirsi. – 3. Osservazioni critiche sul primo orientamento. – 4. Il secondo orientamento a favore della legittimazione a costituirsi parte civile e del diritto alla rifusione delle spese. – 5. La sentenza della Corte costituzionale n. 443 del 1990. – 6. Il terzo orientamento: la condanna alla rifusione delle spese e la conoscenza dell'accordo sulla pena per la parte civile. – 7. Conclusioni riassuntive.

1. La legittimazione della parte civile nel patteggiamento dopo la conclusione dell'accordo.

Le **Sezioni Unite** con la sentenza **n. 16403 del 30/11/2023, dep. 2024, G., Rv. 286242-01**, in tema di patteggiamento, si sono occupate della legittimazione a costituirsi parte civile per l'udienza preliminare in caso di accordo sulla pena concluso prima della costituzione di parte civile, e di conseguenza, in caso affermativo, del potere del giudice di procedere alla liquidazione delle spese di costituzione.

Il caso sottoposto al Supremo Consesso nomofilattico riguarda una sentenza di applicazione della pena *ex* art. 444 cod. proc. pen. emessa dal G.u.p. presso il Tribunale di Salerno con cui l'imputato era condannato, oltre che alla pena concordata con il Pubblico ministero, prima ancora della celebrazione dell'udienza preliminare, anche al pagamento delle spese processuali sostenute dalla parte civile. L'imputato ricorreva avverso la sentenza ma la Sezione Sesta della Corte con ordinanza n. 31432 del 15/06/2023, con un'articolata ordinanza rilevava un contrasto di giurisprudenza in tema di legittimazione alla costituzione della parte civile dopo aver conosciuto dell'accordo tra imputato e Pubblico ministero *ex* art. 444 cod. proc. pen. e sul conseguente diritto alla rifusione delle spese processuali sostenute.

Le Sezioni Unite con la citata sentenza n. 16403 del 30/11/2023, dep. 2024, G., Rv. 286242-01, hanno deciso in senso affermativo su entrambi i quesiti: *"**In** tema di patteggiamento, il danneggiato* è *legittimato a costituirsi parte civile in udienza preliminare anche laddove l'imputato abbia precedentemente depositato in cancelleria la richiesta di applicazione della pena munita del consenso del pubblico ministero, sì che il giudice deve provvedere anche sulla regolamentazione delle relative spese di costituzione".*

Le Sezioni Unite giungono al *dictum* dopo aver esaminato i tre diversi orientamenti delineatisi circa la legittimazione della parte civile a costituirsi, nella suddetta fase e nelle predette condizioni, nonché sul conseguente eventuale diritto della stessa ad ottenere una condanna alla rifusione delle spese di costituzione.

2. L'orientamento contrario alla legittimazione della parte civile a costituirsi.

Un primo orientamento milita contro la legittimazione della parte civile nel caso di udienza non destinata alla decisione sulla richiesta di applicazione della pena (per esempio l'udienza preliminare); ritiene sussista una "preclusione" a costituirsi parte civile e, di conseguenza, che non ci sia il diritto alla liquidazione delle spese sostenute in vista di tale costituzione, sempre in caso di anteriorità dell'accordo rispetto alla richiesta di patteggiamento, se portato a conoscenza del danneggiato. Infatti, ove la richiesta ed il consenso del Pubblico ministero siano già stati formalmente portati a conoscenza del giudice e del danneggiato, quest'ultimo versa nella condizione di rendersi conto che la costituzione è insuscettibile di trovare sbocco nella condanna dell'imputato al risarcimento del danno.

Invece, qualora il danneggiato non sia stato notiziato dell'intervenuto accordo tra imputato e Pubblico ministero, non gli può essere inibita la costituzione e, di conseguenza, è legittimo il provvedimento con cui il giudice condanni l'imputato patteggiante al pagamento delle spese processuali a favore della parte civile. (cfr., Sez. 4, n. 2659 del 23/09/2022, dep. 2023, Marchi, non massimata.; Sez. 2, n. 13915 del 05/04/2022, Anastasio, Rv. 283081-02; Sez. 5, n. 8227 del 10/12/2021, dep. 2022, Allegro, non massimata.; Sez. 6, n. 39549 del 18/10/2021, Pintus, non massimata; Sez. 4, n. 36168 del 22/09/2021, Citterio, non massimata.; Sez. 3, n. 33445 del 01/07/2021, D., non massimata; Sez. 5, n. 13087 del 16/12/2020, dep. 2021, Korsantia, non massimata.; Sez. 5, n. 34530 del 12/10/2020, Gaetani, Rv. 279979-01; Sez. 5, n. 17272 del 06/03/2020, Amico, Rv. 279115-01; Sez. 6 n. 5252 del 07/11/2019, dep. 2020, E.T.R.A., non massimata.; Sez. 5, n. 48342 del 28/06/2018, G., Rv. 274141-01).

La motivazione di quest'ultima sentenza attinge a uno snodo fondamentale della sentenza Sez. U., n. 47803 del 27/11/2008, D'Avino, Rv. 241356 che afferma il principio di preclusione della costituzione di parte civile in presenza di una richiesta di patteggiamento, con conseguente illegittimità dell'eventuale condanna dell'imputato al pagamento delle spese sostenute dalla parte civile costituita, ma – si badi – solo con specifico riguardo al caso in cui la costituzione sia stata depositata all'udienza fissata a seguito della richiesta di applicazione di pena presentata nel corso delle indagini preliminari, ai sensi dell'art. 447 cod. proc. pen.

Siffatta precisazione è centrale nello studio della questione decisa dalle Sezioni unite n. 16403 del 2024 poiché nell'importante precedente della sentenza D'Avino la valenza del principio di preclusione è stata estesa anche a situazioni processuali diverse, come l'udienza fissata per l'applicazione di pena richiesta con l'opposizione al decreto penale o a seguito della richiesta di giudizio immediato, laddove afferma che «nella speciale udienza fissata nel corso delle indagini, a norma dell'art. 447 cod. proc. pen., il danneggiato dal reato, conoscendo in partenza l'oggetto del giudizio, ristretto alla decisione circa l'accoglibilità della richiesta di applicazione di pena su cui è intervenuto il patteggiamento tra imputato e pubblico ministero, non ha ragioni giuridiche per costituirsi parte civile».

Lo snodo ermeneutico dell'orientamento in esame, quindi, è costituito dall'estensione del principio di preclusione (dettato dalla sentenza D'Avino soltanto in relazione all'ipotesi *ex* art. 447 cod. proc. pen.) anche all'udienza preliminare che però non è strutturalmente, specificamente e unicamente dedicata a vagliare la richiesta di patteggiamento.

In breve, l'orientamento in parola distingue due ipotesi: a) il caso di udienza non "geneticamente" destinata al rito *ex* art. 444 cod. proc. pen. dove può aversi la preclusione a costituirsi parte civile solo quando la richiesta di patteggiamento ed il consenso del Pubblico ministero siano portati all'attenzione del giudice e del danneggiato, il quale, quindi,

è stato posto in condizione di comprendere che l'attività processuale che svolge costituendosi parte civile in udienza non troverà alcuno sbocco con la condanna dell'imputato (salvo il caso di rigetto del patteggiamento da parte del giudice, naturalmente); b) il caso in cui, invece, il danneggiato non sia stato messo formalmente a conoscenza dell'intervenuto accordo tra l'imputato e il pubblico ministero, e legittimamente si costituisce parte civile in vista di possibili, futuri esiti risarcitori e, quindi, può e deve ricevere il ristoro delle spese affrontate per l'attività processuale svolta.

3. Osservazioni critiche sul primo orientamento.

A tale primo orientamento, che tiene conto dell'effettività sostanziale del ristoro di spese sostenute pur sapendo che il processo si sarebbe concluso con un patteggiamento, la pronuncia delle Sezioni unite muove alcune osservazioni critiche.

In primo luogo, l'interpretazione secondo cui al danneggiato sarebbe preclusa la costituzione ove sia stato preventivamente messo a conoscenza dell'accordo sulla pena, introduce una causa di inammissibilità della costituzione di parte civile che non è espressamente prevista dagli artt. 78 e 420 cod. proc. pen.

In secondo luogo, una preclusione processuale, idonea a delegittimare una costituenda parte, non può essere introdotta o ricavata in via interpretativa.

Non si trascuri che le sentenze che hanno riconosciuto la preclusione alla costituzione di parte civile, collegano tale impedimento essenzialmente all'esclusione della liquidazione delle spese, sicché la "preclusione" finisce per essere un mero presupposto per quello che è l'effettivo contenuto decisorio, consistente nel rigetto della richiesta di condanna alla rifusione delle spese nei confronti del soggetto che aveva manifestato l'interesse a costituirsi parte civile.

Inoltre, secondo la linea giurisprudenziale in parola, il requisito fondamentale per applicare tale preclusione è il dato meramente cronologico dell'anteriorità dell'accordo rispetto alla costituzione, che porterebbe ad un onere di previa comunicazione o informazione che però non è previsto da alcuna norma. Si osserva, altresì, che risulterebbe problematico determinare in quale forma (notifica, avviso o altro), da quale dei soggetti dell'accordo (se dal pubblico ministero o dall'imputato) o da parte dello stesso giudice e, soprattutto, in che termini temporali debba avvenire tale comunicazione.

Si noti che tale onere, non previsto da alcuna norma di legge, non pare ricavabile dai principi dettati dalla sentenza D'Avino. Anche a volerlo ritenere implicito per un generico onere di consultazione del fascicolo formato dall'ufficio del g.u.p. per l'udienza preliminare o del fascicolo delle indagini, in mancanza di una norma che ne imponga il deposito presso l'uno o l'altro ufficio, potrebbe risultare improprio dedurne automaticamente la perdita della legittimazione a costituirsi e, quindi, del diritto alla liquidazione delle spese per un'inerzia del danneggiato.

Infine, la considerazione "dell'assoluta infruttuosità della propria costituzione di parte civile" (così in motivazione la sentenza Marchi), è affermazione che non tiene conto della prerogativa del giudice di rigettare la richiesta di applicazione della pena *ex* art. 444 cod. proc. pen.

4. Il secondo orientamento a favore della legittimazione a costituirsi parte civile e del diritto alla rifusione delle spese.

Una seconda linea giurisprudenziale, ora accolta dalle Sezioni unite, si orienta in senso favorevole alla legittimazione della parte civile a costituirsi e all'eventuale conseguente

diritto alla rifusione delle spese legali (Sez.3, n. 32768 del 6/7/2022, G., Rv. 283518-01; Sez. 5, n. 11257 del 13/1/2023, Riccio, Rv. 284293-01; Sez. 4, n. 8518 del 25/01/2023, Festa, non massimata).

In particolare, le sentenze della Sez. 5, n. 11257 del 13/1/2023, Riccio, Rv. 284293, e già della Sez.3, n. 32768 del 6/7/2022, G., Rv. 283518, ritengono che non sia preclusa al danneggiato la costituzione di parte civile in udienza preliminare, anche se la richiesta dell'imputato e il consenso del pubblico ministero siano già stati formalizzati.

Il principale argomento posto a fondamento di questa linea giurisprudenziale, muove, innanzi tutto, dalla differenza dell'udienza preliminare rispetto a quella di cui all'art. 447, comma 1, cod. proc. pen. appositamente fissata nel caso di richiesta e consenso formalizzati in fase di indagini. Muovendo sempre dalla lettura della sentenza D'Avino, si osserva che l'udienza preliminare può avere epiloghi diversi da quelli solo dell'accoglimento o del rigetto della richiesta stessa; quindi, non si giustifica l'estensione dei principi della sentenza delle sezioni unite D'Avino all'udienza preliminare di cui, è bene sottolinearlo, tale *dictum* non si è occupato.

Specificamente la sentenza Riccio mette in luce il passaggio della motivazione della sentenza D'Avino, ove osserva che, solo nella speciale udienza fissata nel corso delle indagini preliminari a norma dell'art 447 cod. proc. pen., il danneggiato dal reato, conoscendo già l'oggetto del giudizio ristretto alla decisione circa l'accoglibilità della richiesta di applicazione della pena, non ha ragione giuridica per costituirsi parte civile. Depone a favore di tale considerazione il dato per cui l'art. 447 cod. proc. pen., a differenza di quanto previsto dall'art. 419, comma 1, cod. proc pen. per l'udienza preliminare, non contempla la formalità dell'avviso di udienza alla persona offesa del reato. Ne deriva che, anche ammettendo in via di mera ipotesi la possibilità del danneggiato di costituirsi parte civile direttamente in udienza, la sua domanda potrebbe non essere nemmeno conoscibile dall'imputato e cioè dal soggetto nei cui confronti essa unicamente si rivolge.

Nell'udienza preliminare, invece, il giudice procede agli accertamenti relativi alla costituzione delle parti ai sensi dell'art. 420, comma 2, cod. proc. pen., ivi compresa l'eventuale costituzione di parte civile, verifica introduttiva all'esito della quale le parti sono ammesse a formalizzare la propria richiesta di definizione del giudizio eventualmente concordando la pena da applicarsi.

Di conseguenza, questo orientamento ritiene, proprio sulla scorta della lettura della sentenza D'Avino, che il divieto di costituzione di parte civile, in presenza di richiesta concordata di applicazione della pena, con conseguente illegittimità dell'eventuale condanna dell'imputato alla refusione delle spese di rappresentanza e difesa sostenute dalla costituita parte civile, ha riguardo esclusivamente alla limitata ipotesi della costituzione intervenuta nell'udienza fissata *ex* art. 447 cod. proc. pen. e non per l'udienza preliminare.

Si noti al riguardo che la sentenza D'Avino ha affermato che lo stesso principio deve ritenersi operante, data l'identità di *ratio*, anche in relazione alle udienze fissate per l'applicazione della pena richiesta con l'opposizione a decreto penale o a seguito di decreto di giudizio immediato. Non è un caso però che non ha fatto alcun riferimento all'estensione del medesimo principio all'udienza preliminare (come evidenziato da Sez. 4, n. 8518 del 25/01/2023, Festa, non massimata).

A differenza dell'udienza di cui all'art. 447, comma 1, cod. proc. pen., introdotta con un decreto del quale non è prevista la notifica alla persona offesa e caratterizzata dalla presenza meramente eventuale delle parti, l'udienza preliminare può avere epiloghi diversi da quelli del solo accoglimento o del rigetto: da qui la legittimità del provvedimento con cui il giudice liquidi in favore di detta parte le spese sostenute per l'attività processuale svolta,

quantomeno nel corso dell'udienza stessa fino al momento della formalizzazione dell'accordo avanti al giudice.

Inoltre, l'ulteriore argomento già utilizzato dalla sentenza Festa e ora valorizzato dalla sentenza **Sez. U. n. 16403 del 30/11/2023, dep. 2024, G., Rv. 286242-01**, in commento, muove dai profili di evidente criticità applicativa dell'orientamento opposto, laddove introduce concetti di difficile accertamento, come la formale conoscenza che il danneggiato avrebbe avuto dell'accordo di patteggiamento prima dell'udienza preliminare o, addirittura, una presunzione di conoscibilità dell'accordo sulla pena in conseguenza della sua formalizzazione: "in tal modo, oltre ad introdurre un'ipotesi di decadenza dalla facoltà di costituirsi parte civile non prevista dal legislatore, diversamente da tutte le altre che regolano il processo improntate al principio di tassatività, resterebbe incerto quando effettivamente maturerebbe la conoscenza formale dell'accordo sulla pena ed in forza di quali atti prodromici all'udienza preliminare già fissata".

Non è secondario che sullo sfondo del principio affermato da tale orientamento v'è l'argomento dalla sentenza della Corte costituzionale n. 443 del 1990, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 444, comma 2, cod. proc. pen., in relazione al potere del giudice di condannare l'imputato al pagamento delle spese incontrate dalla parte civile, non essendo addebitabile a questa la scelta processuale dell'imputato.

Ne consegue, in definitiva, che è legittimo il provvedimento con cui il giudice liquidi in favore di detta parte le spese di costituzione "sussistendo una situazione processuale che legittima l'aspettativa delle parti civili a che il processo possa concludersi con una condanna dell'imputato al risarcimento del danno, atteso che il riconoscimento del relativo diritto al rimborso è legato non già alla qualità del contributo difensivo, bensì all'anteriorità della costituzione rispetto all'accordo" (così Sez. 4, n. 8518 del 25/01/2023, Festa, non massimata; Sez. 5, n. 11257 del 13/01/2023, Riccio, Rv. 284293-01; Sez. 6, n. 45070 del 20/10/2022, S., Rv. 284007-01; Sez. 3, n. 32768 del 06/07/2022, G., Rv. 283518-01; Sez. 6, n. 21522 del 18/06/2020, Casella, non massimata, cit.).

In particolare, il *dictum* del Supremo Collegio nomofilattico, in linea con Sez. 3, n. 32768 del 06/07/2022, G., cit., ha ritenuto che nell'udienza preliminare, non "geneticamente" destinata al rito di cui all'art. 444 cod. proc. pen. a differenza di quelle *ex* art. 447, 446, comma l, ultima parte e 458, comma l, cod. proc. pen. (udienze rispetto alle quali la decisione del giudice è, in via alternativa, o quella dell'accoglimento della richiesta o il suo rigetto, con la conseguenza che, in tale ultima evenienza, il procedimento o il processo riprenderà il suo corso), il danneggiato, rispettate le formalità di cui all'art. 78 cod. proc. pen. ed il termine di cui all'art. 79, comma l, cod. proc. pen., è comunque ammesso a costituirsi parte civile.

Osserva il Collegio, quindi, che tale legittimazione non può essere preclusa dall'avvenuto precedente deposito di una richiesta di definizione del giudizio ai sensi dell'art. 444 cod. proc. pen., non rinvenendosi al riguardo alcun divieto normativo. La richiesta di rinvio a giudizio – ed il conseguente esercizio dell'azione penale – comporta, infatti, la fissazione dell'udienza preliminare, atto vincolato e privo di qualunque tratto discrezionale.

Al momento della presentazione della richiesta di "patteggiamento" in udienza preliminare, l'eventuale costituzione di parte civile risulta già avvenuta e pienamente formalizzata, con l'effetto che l'accoglimento dell'accordo da parte del giudice deve comportare la liquidazione delle spese di costituzione e difesa sostenute dalla stessa parte civile.

Di conseguenza, l'eventuale conoscenza da parte del danneggiato del pregresso accordo tra imputato e Pubblico ministero prima dell'udienza non può vanificare la costituzione di parte civile.

È indubbio che altrimenti si porrebbe a carico del danneggiato un'attività di ricerca sull'esistenza di tale (solo presunto) accordo, difficilmente praticabile. Onere peraltro non previsto da alcuna disposizione; anzi implicitamente escluso dall'espressa previsione dell'art. 79, comma 1, cod. proc. pen., che ammette la costituzione di parte civile "per l'udienza preliminare", cioè non necessariamente in questa, ma anche in un momento precedente, comunque sempre in funzione dell'udienza stessa, perché finalizzata alla partecipazione ad essa.

Si consideri che la richiesta di applicazione della pena, ancorché accompagnata dal consenso del Pubblico ministero, può essere rigettata dal giudice. Ritengono le Sezioni Unite che consentire in quest'ultima evenienza una costituzione "postuma" della parte civile imporrebbe un regresso, non previsto dalle norme, della fase dell'accertamento della costituzione delle parti, superata per essere state le parti già ammesse a formalizzare le proprie richieste di definizione del giudizio ai sensi dell'art. 444 cod. proc. pen.

La sentenza n. 16403 del 2024 mette in luce un insuperabile profilo testuale dell'art. 444, comma 2, cod. proc. pen., che imponendo al giudice di liquidare le spese sostenute dalla parte civile, non distingue a seconda che l'accordo sia anteriore, concomitante o successivo alla costituzione, ovvero se lo stesso sia già noto alla parte civile prima dell'udienza o se sia stato conosciuto solo in udienza.

E così, la conoscenza o la conoscibilità finiscono per elevarsi a presupposti di non facile accertamento, consentendo di far transitare ed oggettivizzare nel processo possibili ipotesi di conoscenza presunta. Invero, nessuna norma impone o semplicemente consente alla persona offesa, in vista della sua costituzione in giudizio, di monitorare le iniziative dell'imputato finalizzate a raggiungere un accordo con il Pubblico ministero sulla pena, condizionando la propria attività processuale alla condotta altrui.

Del resto trarre rilevanti conseguenze giuridiche dalla effettiva conoscenza o, ancor di più, dalla conoscibilità in astratto dell'accordo di patteggiamento, determina – di fatto – un'ipotesi di decadenza dalla facoltà di costituirsi parte civile non prevista dal legislatore.

La condanna alle spese, in ogni caso, prescinde dalla condanna al risarcimento del danno. Anzi, nel caso di accoglimento della richiesta di patteggiamento in udienza preliminare, la condanna alla rifusione delle spese si fonda proprio sull'assenza della condanna al risarcimento.

5. La sentenza della Corte costituzionale n. 443 del 1990.

Nell'analisi del quesito sottoposto alle Sezioni Unite circa l'art. 444, comma 2, cod. proc. pen. è centrale la sentenza della Corte costituzionale n. 443 del 1990 che l'ha dichiarata illegittima nella parte in cui non consentiva il potere di condannare l'imputato al pagamento delle spese processuali incontrate dalla parte civile sia per la costituzione nel processo penale sia nel caso, ancora più grave, in cui l'azione civile, inizialmente proposta davanti al giudice civile, sia stata trasferita nel processo penale.

Tale *dictum* additivo è stato poi recepito dal legislatore con l'art. 32, legge 16 dicembre 1999, n. 479.

Il giudice delle leggi ha osservato in proposito che la mancata decisione sull'azione civile esercitata nel processo penale dal soggetto cui il reato ha recato danno non può essere ricollegata né ad una determinazione dell'interessato, né a qualcosa di addebitabile a lui, ma soltanto ad una scelta tra le parti del rapporto processuale penale favorevolmente valutata dal giudice.

Aggiunge al riguardo la Consulta che "precludere al giudice penale, come fa la norma in questione, tutte le statuizioni relative alla domanda formulata dalla parte civile significa

sacrificare – proprio nel momento in cui il giudizio di primo grado giunge all'epilogo, cioè nel momento decisivo per le deliberazioni in favore della parte civile – chi si sia avvalso dello strumento messogli a disposizione per tutelare in sede penale il proprio diritto alle restituzioni ed al risarcimento del danno".

L'accento della Corte costituzionale viene riposto sul fatto che non vi è "nulla di addebitabile" al danneggiato (come, invece, nei casi, previsti dall'art. 81, comma 1, cod. proc. pen. in cui "non esistono i requisiti per la costituzione di parte civile") o, più specificamente, una rinuncia a proseguire l'azione civile in sede penale (come, invece, nei casi previsti dall'art. 82 cod. proc. pen.).

Se la mancata decisione sull'azione civile esercitata nel processo penale non è addebitabile al danneggiato, ma soltanto ad una scelta tra le parti del rapporto processuale penale favorevolmente valutata dal giudice, il rispetto dell'art. 24 Cost. non consente il "paradosso di lasciare a carico della parte civile, impegnatasi dal principio alla fine, anche le spese incontrate per iniziative o attività rivelatesi decisive nell'indurre l'imputato a richiedere o consentire il rito speciale. Tanto il pregiudizio quanto il paradosso diventano ancor più evidenti nel caso in cui l'azione civile, inizialmente proposta davanti al giudice civile, sia stata trasferita nel processo penale ai sensi dell'art. 75, primo comma, il cui periodo finale legittima espressamente il giudice penale a provvedere "anche sulle spese del procedimento civile".

Ne consegue che, secondo la Corte costituzionale, l'art. 444, comma 2, cod. proc. pen. deve essere sempre interpretato nel senso di non creare un paradosso e un pregiudizio nella parte in cui non prevede che il giudice possa condannare l'imputato al pagamento delle spese processuali in favore della parte civile, salvo eventualmente disporne, per giusti motivi, la compensazione totale o parziale.

La Consulta, quindi, non pone in dubbio il diritto a costituirsi parte civile per il danneggiato ma anzi ritiene necessario un ristoro delle spese sostenute in caso di fine anticipata del procedimento penale per scelta delle altri parti del processo.

6. Il terzo orientamento: la condanna alla rifusione delle spese e la conoscenza dell'accordo sulla pena per la parte civile.

Le Sezioni Unite con la sentenza in parola analizzano ma superano gli argomenti portati a sostegno di un terzo orientamento che, volto a superare le osservazioni critiche mosse soprattutto al primo orientamento, verte non tanto sulla *quaestio* della preclusione o meno della costituzione della parte civile, quanto sugli effetti della conoscenza dell'accordo direttamente in relazione alla legittimità della condanna al pagamento delle spese.

Tale orientamento ritiene, in effetti, che il giudice debba condannare l'imputato al pagamento delle spese processuali a favore della parte civile quando la costituzione di quest'ultima sia avvenuta prima dell'accordo per l'applicazione della pena (Sez.2, n. 13915 del 5/4/2022, Anastasio, Rv. 283081; Sez.5, n. 48342 del 28/6/2018, G., Rv. 274141; Sez.4, n. 39527 del 6/7/2016, Sigolo, Rv. 267896).

Anche in tal senso viene richiamata la sentenza D'Avino, laddove precisa che «l'art. 444, comma 2, cod. proc. pen., nel recepire il portato della sentenza della Corte costituzionale n.443 del 1990, si limita a stabilire il diritto della parte civile già costituitasi nell'udienza preliminare, e cioè in un momento processuale antecedente alla introduzione di questo speciale rito, alla rifusione delle spese processuali sostenute». Da tale passaggio della sentenza D'Avino, pertanto, non viene messa in discussione la legittimazione a costituirsi parte civile ma solo il diritto alla rifusione delle spese che viene esplicitamente collegato all'anteriorità della costituzione rispetto all'accordo per l'applicazione della pena e quindi alla conoscenza dello stesso. Conosciuto l'accordo, non v'è ragione di avere diritto alle spese.

L'orientamento in parola prospetta sostanzialmente una soluzione che fa dipendere la condanna alla rifusione delle spese dal dato temporale dell'anteriorità o meno della costituzione di parte civile rispetto alla formalizzazione dell'accordo sulla pena. In tal modo si manterrebbe fermo il principio secondo cui la costituzione di parte civile può avvenire anche nel caso in cui sia già intervenuto l'accordo sulla pena ma, al contempo, si negherebbe, in caso di accoglimento della proposta, che l'imputato debba rifondere le spese di costituzione nei confronti di un soggetto già edotto della probabile definizione del giudizio senza che sia adottata alcuna statuizione risarcitoria.

Una volta conosciuta l'esistenza dell'accordo, infatti, la parte civile non potrebbe lamentare di aver subito una scelta processuale effettuata dalle altre parti, ma sostanzialmente accetterebbe di svolgere un'attività processuale, nonostante la piena consapevolezza della probabile definizione con il rito alternativo e, quindi, della carenza di utilità concreta ai suoi fini. Nel caso in esame, quindi, non vi sarebbe alcun affidamento incolpevole da tutelare mediante la rifusione delle spese di costituzione.

Invero all'assenza dell'affidamento incolpevole che tutelerebbe il diritto alla rifusione delle spese si associa anche un altro argomento riguardante la "soccombenza virtuale" dell'imputato che lo porterebbe a subire la condanna alle spese senza una condanna alla responsabilità civile.

Su questo terzo orientamento le Sezioni Unite in parola osservano la discrasia rispetto all'art. 444, comma 2, cod. proc. pen. che prevede la condanna al pagamento delle spese in favore della parte civile, senza che si faccia alcuna distinzione a seconda del momento in cui la costituzione sia intervenuta.

In secondo luogo, tale norma preclude in radice la possibilità di valorizzare in termini ermeneutici l'utilità effettiva della costituzione, dovendosi ritenere che il diritto della parte civile di essere tenuta indenne dal sostenere le spese di costituzione prescinde dalla considerazione che tale attività processuale sia dall'inizio destinata a non produrre una pronuncia di condanna al risarcimento del danno.

A tale argomento occorre aggiungere anche la considerazione che il *dictum* della Corte costituzionale con la sentenza n. 443 del 1990, fonda la ragione dell'indennizzo delle spese sostenute dalla parte civile proprio in relazione a una pronuncia di applicazione della pena, equiparata *ope legis* alla condanna, che però non può occuparsi del risarcimento.

Anche l'argomento che ritiene che la parte civile conserverebbe l'interesse a costituirsi per l'eventualità che la richiesta di patteggiamento non dovesse essere accolta viene criticato dal Supremo Collegio ove si evidenzia che "in realtà, si tratta di un argomento che non si confronta attentamente con la differenza tra la fase della costituzione delle parti e la decisione di rigetto della richiesta di patteggiamento".

Peraltro, all'atto dell'accertamento della costituzione delle parti, non vi è alcuna norma che precluda la formalizzazione dell'ingresso nel processo della parte civile in conseguenza dell'esistenza di una richiesta di applicazione della pena da valutare: al contrario, il dettato dell'art. 79 cod. proc. pen. prevede espressamente che, per l'udienza preliminare, la costituzione di parte civile debba avvenire "prima che siano ultimati gli accertamenti relativi alla costituzione delle parti".

In merito, poi, alla giustificazione della condanna alle spese in ragione della "soccombenza virtuale", si osserva che proprio la Corte costituzionale, con la sentenza n. 443 del 1990, ha ritenuto che tale profilo di ordine logico non si ponga nel caso in cui la sentenza di condanna «concerna un oggetto non così strettamente collegato alla sentenza di condanna per la responsabilità civile da poter essere concepito anche indipendentemente da essa».

Circa l'argomento imperniato sulla "soccombenza virtuale", pertanto, sembrerebbe doversi tener conto del principio generale secondo cui la condanna al pagamento delle spese del giudizio è frutto di un giudizio di soccombenza che, nel caso del patteggiamento, è escluso in radice dalla natura della sentenza, che non si può occupare della responsabilità civile, rinviando tale giudizio all'eventuale proseguimento dell'azione risarcitoria davanti al giudice civile.

Invero, anche affrontando la questione sul terreno processualcivilistico, potrebbe osservarsi che i casi di condanna alle spese a fronte della mancata decisione sulla domanda risarcitoria – in applicazione della cosiddetta "soccombenza virtuale" – costituiscono ipotesi in cui una valutazione circa la fondatezza della domanda, sia pur incidentale e limitata al riparto delle spese di lite, viene necessariamente compiuta. Nel patteggiamento, invece, la condanna dell'imputato è del tutto scissa da una valutazione, sia pur incidentale, della soccombenza rispetto alla domanda di risarcimento o restituzione introdotta dalla parte civile.

A poco rileverebbe in proposito la considerazione che per evitare la contraddizione tra il principio della soccombenza e la mancanza dell'accertamento di responsabilità civile, nel caso di sentenza *ex* art. 444 cod. proc. pen., potrebbe preferirsi una soluzione volta quanto meno ad elidere l'automatismo della condanna nei casi in cui la costituzione intervenga dopo la formalizzazione dell'accordo, nei quali non sussiste neppure quell'esigenza di tutela dell'affidamento incolpevole della parte civile, in ordine all'aspettativa di una pronuncia sulla sua domanda.

A tal riguardo, infatti, si potrebbe ritenere che la preventiva conoscenza della probabile definizione del procedimento ai sensi dell'art. 444 cod. proc. pen., dovrebbe quanto meno costituire giusto motivo per la compensazione delle spese di giudizio, facoltà riconosciuta anche nell'ambito del patteggiamento proprio nella citata sentenza della Corte costituzionale e, del resto, espressione di un principio generale previsto dall'art. 541 cod. proc. pen.

7. Conclusioni riassuntive.

In conclusione, in presenza di richiesta di patteggiamento e del relativo consenso da parte del Pubblico ministero che intervengano in epoca precedente alla celebrazione della fissata udienza preliminare, è ammissibile la costituzione di parte civile intervenuta all'udienza preliminare, a prescindere che la parte civile abbia avuto conoscenza o meno in anticipo dell'esistenza di un accordo processuale a norma dell'art. 444 cod. proc. pen.

Di conseguenza, pur dopo l'accordo delle parti sulla pena, è illegittimo il provvedimento che dichiara inammissibile la costituzione di parte civile del danneggiato dal reato, perché, quantunque in tale particolare procedura non sia apprezzabile la fondatezza della domanda risarcitoria o restitutoria, sussiste tuttavia il potere-dovere del giudice di valutare la legittimazione alla costituzione medesima, anche ai fini della condanna dell'imputato al pagamento delle spese processuali in favore di questa, onde evitare di dover liquidare necessariamente ed automaticamente le relative spese anche ad un soggetto costituitosi parte civile, ma del tutto estraneo alla vicenda processuale per cui si procede (Sez. U, n. 12 del 19/05/1999, Pediconi, Rv. 213857-01; successivamente, v. Sez. 5, n. 4076 del 20/09/1999, Valeri, Rv. 214560-01; Sez. 4, n. 4521 del 04/10/2000, Spollero, Rv. 217160-01; Sez. 6, n. 17612 del 19/03/2017, Belnudo, Rv. 236421-01).

Tenuto conto di tale insegnamento del Supremo Collegio nomofilattico si deve evidenziare che le considerazioni valide per il patteggiamento nell'udienza preliminare possono estendersi all'udienza dibattimentale nel caso di citazione diretta a giudizio.

Inoltre, la soluzione offerta dalla sentenza in parola è in linea con una lettura del quesito costituzionalmente orientata *ex* art. 24 Cost. in quanto valorizza le diverse ragioni della costituzione della parte civile nell'udienza in cui il giudice valuta l'accordo *ex* art. 444 cod. proc. pen. e in quella fissata ai sensi dell'art. 447 cod. proc. pen. (e nelle altre udienze in caso di opposizione al decreto penale di condanna e in quella a seguito di giudizio immediato, a quest'ultima già assimilate dalla sentenza D'Avino).

Ciò anche in ragione della considerazione per cui la condanna dell'imputato patteggiante alla rifusione delle spese processuali costituisce un necessario ristoro per aver intrapreso legittimamente un'azione civile nel processo penale, paralizzata dal rito alternativo e costretta a riprendere davanti al giudice civile.

Altrettanta attenzione viene prestata al principio del giusto processo *ex* art. 111 Cost. e in particolare all'imprescindibile perno del contraddittorio che davanti al giudice dell'udienza preliminare, investito della richiesta di applicazione della pena, con il consenso del Pubblico ministero, sembra non possa limitare la voce del danneggiato che è stato citato per costituirsi e che può interloquire su una serie di contenuti dell'accordo processuale, a prescindere che questo sia stato raggiunto prima o dopo la costituzione delle parti nell'udienza preliminare o dibattimentale.

Del resto, lo statuto normativo della parte civile (artt. 74 e ss cod. proc. pen.) non sembra prevedere alcuna perdita di legittimazione a costituirsi da parte del danneggiato in ragione della conoscenza delle scelte processuali di altre parti. Così come l'art. 444, comma 2, cod. proc. pen. imponendo al giudice la liquidazione delle spese incontrate dalla parte civile non distingue a seconda che l'accordo sia anteriore o successivo alla costituzione, ovvero se sia già noto alla parte civile o conosciuto solo in udienza.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte costituzionale:

Corte cost., sent. n. 443 del 1990.

Sentenze della Corte di cassazione:

Sez. 4, n. 2684 del 26/11/1991, dep. 1992, Di Maulo, Rv. 189641;
Sez. U, n. 47803 del 27/11/2008, D'Avino, Rv. 241356;
Sez. 6, n. 22512 del 24/05/2011, T., Rv. 250503;
Sez. 4, n. 39527 del 6/7/2016, Sigolo, Rv. 267896;
Sez. 3, n. 14008 del 14/12/2017, B., Rv. 273156;
Sez. 5, n. 48342 del 28/06/2018, G., Rv. 274141;
Sez. 6, n. 5252 del 07/11/2019, dep. 2020, E.T.R.A., non massimata;
Sez. 5, n. 17272 del 6/03/2020, Amico, Rv. 279115;
Sez. 5, n. 34530 del 12/10/2020, Gaetani, Rv. 279979;
Sez. 5, n. 13087 del 16/12/2020, dep. 2021, Korsantia, non massimata;
Sez. 4, n. 36168 del 22/09/2021, Citterio, non massimata;
Sez. 6, n. 39549 del 18/10/2021, Pintus, non massimata;
Sez. 5, n. 8227 del 10/12/2021, dep. 2022, Allegro, non massimata;
Sez. 3, n. 33445 del 01/07/2021, D., non massimata;
Sez. 2, n. 13915 del 5/04/2022, Anastasio, Rv. 283081;
Sez. 4, n. 2659, del 23/09/2022, Marchi, non massimata;
Sez. 3, n. 32768 del 6/07/2022, Rv. 283518;
Sez. 5, n. 11257 del 13/01/2023, Riccio, Rv. 284293;
Sez. 4, n. 8518 del 25/01/2023, Festa, non massimata;
Sez. 6, ord. n. 31432 del 15/06/2023, G. ;
Sez. U, n. 16403 del 30/11/2023, dep. 2024, G., Rv. 286242-01.

SEZIONE VII

IMPUGNAZIONI

CAPITOLO I

RICORRIBILITÀ PER CASSAZIONE DELLA SENTENZA DI NON DOVERSI PROCEDERE *EX* ART. 420-*QUATER* COD. PROC. PEN. PRIMA DEL DECORSO DEL TERMINE DI "IRREVOCABILITÀ" DELLA PRONUNCIA

(di Claudia Terracina)

SOMMARIO: 1. Il quesito sottoposto alle Sezioni Unite. – 2. La sentenza di non doversi procedere per mancata conoscenza della pendenza del processo da parte dell'imputato. – 3. Gli orientamenti in contrasto. – 4. La soluzione delle Sezioni Unite. – 5. L'interesse ad impugnare delle parti private.

1. Il quesito sottoposto alle Sezioni Unite.

La Sezione Terza, con ordinanza **n. 23056 del 02/04/2024** ha rilevato la presenza di un contrasto giurisprudenziale in ordine all'ammissibilità del ricorso per cassazione avverso la sentenza *ex* art. 420-*quater* cod. proc. pen. nel lasso temporale in cui la stessa sia ancora revocabile, corrispondente al periodo utile per proseguire le ricerche dell'irreperibile ai sensi del terzo comma della norma. Ritenendo di doversi discostare tanto dall'orientamento contrario a tale ammissibilità quanto dall'orientamento che ne riconosceva una parziale e limitata ammissibilità – riguardo ai motivi e all'oggetto del possibile ricorso – rimetteva la decisione alle Sezioni Unite, formulando il seguente quesito:

«Se la sentenza di non doversi procedere pronunciata ai sensi dell'art. 420-quater cod. proc. pen. possa essere impugnata con ricorso per cassazione anche prima della scadenza del termine previsto dall'art. 159, ultimo comma, cod. pen.»

2. La sentenza di non doversi procedere per mancata conoscenza della pendenza del processo da parte dell'imputato.

All'origine del contrasto interpretativo risolto dalle Sezioni Unite vi è la natura della "sentenza di non doversi procedere per mancata conoscenza della pendenza del processo da parte dell'imputato" *ex* art.420-*quater* cod. proc. pen., introdotta dall'art. 23 del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, in luogo della precedente ordinanza di sospensione del processo per mancato perfezionamento della notifica dell'atto introduttivo del giudizio (istituto che faceva conseguire alla mancata conoscenza del procedimento la stasi del processo penale, con prosecuzione delle ricerche, da ripetere con cadenza annuale, fino al termine "finale" di prescrizione *ex* art. 161 cod. pen.).

Le peculiari caratteristiche del nuovo provvedimento "in rito" hanno indotto la dottrina, con locuzione ripresa anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 192 del 2023, a definirla "bifronte": il provvedimento, denominato "sentenza inappellabile" e costruito secondo i canoni formali dell'art. 546 cod. proc. pen., infatti, da un lato, "chiude" la fase processuale

del rinvio a giudizio e della fissazione dell'udienza preliminare, dando atto delle ricerche svolte e, contemporaneamente, ne innesca una nuova, volta alla ricerca dell'imputato e alla sua citazione a giudizio, di cui detta tempi e modalità.

Presupposto della pronuncia del provvedimento, che determina il venir meno della qualità di imputato della persona da ricercare, è la rilevata impossibilità di procedere in assenza ai sensi dell'art. 420-*bis* cod. proc. pen. e la mancanza di elementi per ritenere che l'assenza sia dovuta ad assoluta impossibilità a comparire per caso fortuito o forza maggiore od altro legittimo impedimento ("fuori dai casi previsti dagli artt. 420-*bis* e 420-*ter* cod. proc. pen.). La norma va letta in coordinamento con l'art. 420-*bis* cod. proc. pen., che, ai commi primo, secondo e quinto, collega le ricerche e la mancata notifica dell'atto di *vocatio in iudicium* alla possibilità di definire il procedimento con una pronuncia di improcedibilità.

Oltre alle generalità dell'imputato, delle altre parti, l'imputazione, la sottoscrizione e il dispositivo di improcedibilità dell'azione penale, la sentenza *ex* art. 420-quater cod. proc. pen., presenta un contenuto inedito, che la distingue da tutte le altre pronunce "in rito": contiene infatti l'ordine diretto alla polizia giudiziaria di procedere nella ricerca dell'imputato entro un determinato termine, individuato – mercé il richiamo dell'ultimo comma dell'art. 159 cod. pen. – nel doppio dei termini di prescrizione del reato più grave calcolati ai sensi dell'art. 157 cod. pen. e di notificargli a mano la sentenza, nonché elementi tipici della *vocatio in iudicium*, quali la citazione a data da individuare secondo determinati parametri, il luogo e gli avvisi che, in mancanza di legittimo impedimento, si procederà in assenza.

Ai sensi dell'art. 420-*sexies* cod. proc. pen., il rintraccio del "ricercato", con notifica a mani della *vocatio in iudicium* determina la revoca *"ex lege"* della sentenza e la "riacquisizione" della qualità di imputato. Il rintraccio, per produrre tale effetto deve avvenire entro il termine fissato dal giudice (per un minimo di dodici anni), decorso il quale la pronuncia non è più revocabile e l'effetto di improcedibilità si "cristallizza", impedendo la riapertura del processo. Naturalmente, il termine sarà tanto più lontano nel tempo quanto più è grave il reato, fino alla impossibilità di cristallizzare la pronuncia di improcedibilità in caso di reati imprescrittibili.

3. Gli orientamenti in contrasto.

Chiamata a decidere dell'ammissibilità del ricorso del pubblico ministero che lamentava l'erronea valutazione da parte del giudice dei presupposti per procedere in assenza dell'imputato, la Sezione Terza ha rilevato la presenza di precedenti orientamenti giurisprudenziali contrari all'ammissibilità del ricorso per cassazione avverso la sentenza *ex* art. 420-*quater* cod. proc. pen. nel lasso temporale in cui la stessa sia ancora revocabile, fondati sulla natura interlocutoria della pronuncia stessa.

Si tratta dell'indirizzo espresso da **Sez. 2 n. 50426 del 26/10/2023, S., Rv. 285686-01** e **Sez. 2, n. 11757 del 09/02/2024, Levi, non massimata**, a mente del quale la pronuncia *ex* art. 420-*quater* cod. proc. pen., pur avendo la denominazione di "sentenza", è destinata ad assumerne i caratteri solo al momento in cui, con lo spirare del termine di cui al terzo comma della norma, ne viene meno la revocabilità, con la conseguenza che, fino a quel momento, stante la sua natura interlocutoria, non sarebbe neppure suscettibile di ricorso per cassazione *ex* art. 111, comma settimo, Cost.

La Corte giustifica questa conclusione rilevando la mancanza nella pronuncia *ex* art. 420-*quater* cod. proc. pen. ogni forma di accertamento nel merito della regiudicanda. Sostiene inoltre che il suo particolare contenuto, destinato a venir meno con la "non revocabilità", che ricomprende la parte relativa alla *vocatio in iudicium* nonché le disposizioni

alla polizia giudiziaria sulla prosecuzione delle ricerche, la renda assimilabile ad un atto di impulso processuale, «*come tale insuscettibile di passare in giudicato*». Alla esclusione della impugnabilità del provvedimento fino alla sua "non revocabilità" non osta, secondo tale orientamento, il principio di cui all'art. 111, settimo comma, Cost., in quanto la garanzia costituzionale della impugnabilità delle sentenze riguarda solo, come precisato da **Sez. U., n. 25080 del 28/05/2003, Pellegrino, Rv. 224610–01**, i provvedimenti decisori, in cui non rientrerebbe tale pronuncia, proprio a cagione della sua natura sostanzialmente interlocutoria, destinata a risolversi una volta divenuta impossibile la revoca.

Le sentenze della Seconda Sezione, entrambe su ricorso della parte pubblica che lamentava la erronea valutazione del giudice in merito al presupposto della mancata conoscenza del processo, che aveva impedito la dichiarazione di assenza, si confrontano anche con l'esigenza di individuare uno strumento di revisione dell'accertamento sulla conoscenza del processo, che individuano, sul presupposto della natura interlocutoria del provvedimento, nella possibilità del giudice di revocare la pronuncia in caso di erronea valutazione sulla sussistenza delle condizioni per escludere la celebrazione del processo in assenza ovvero sulla fissazione del termine per le ricerche.

La sentenza **Sez. 5, n. 20140 del 23/02/2024, Stojanovic, Rv. 286276-01**, apre invece ad una immediata ricorribilità in cassazione della pronuncia *ex* art. 420-*quater* cod. proc. pen., solo per violazione di legge, limitatamente alla parte in cui il giudice determina il termine finale di durata delle ricerche dell'imputato. Dopo aver osservato che la "revocabilità" di un provvedimento non osta alla sua natura "decisoria", così come analizzata nella sentenza **Sez. U. *Pellegrino***, individua nella determinazione del termine finale delle ricerche (e dunque nel corretto calcolo della prescrizione) il "segmento decisorio", immediatamente idoneo ad incidere in via definitiva sulle situazioni giuridiche, e dunque soggetto alla garanzia costituzionale di cui al settimo comma dell'art. 111 Cost. Tale soluzione appare, secondo la sentenza Stojanovic, in linea con i principi costituzionali e convenzionali in materia di ragionevole durata del processo e di efficienza della giurisdizione.

L'ordinanza di rimessione prospetta un terzo orientamento, in forza del quale la sentenza di non luogo a procedere *ex* art. 420-*quater* cod. proc. pen. è immediatamente ricorribile per cassazione *ex* art. 606, comma 2, cod. proc. pen., per tutti i motivi del primo comma dell'art. 606 cod. proc. pen. Lo sviluppo argomentativo dell'ordinanza poggia su diversi elementi:

Un primo argomento è di tipo testuale-sistematico: ai fini della ricostruzione della natura del provvedimento *ex* art. 420-*quater* cod. proc. pen. non può non assumere rilevanza la circostanza che il legislatore abbia qualificato il provvedimento *ex* art. 420-*quater* cod. proc. pen. come "sentenza", aggettivandola come "inappellabile", sicché la possibilità di ricorrere in cassazione si fonda sull'art. 606, comma 2, cod. proc. pen. e riguarda tutti i motivi previsti dal primo comma. Prosegue inoltre mostrando perplessità nei confronti dell'interpretazione prospettata dall'orientamento più restrittivo, in quanto ne consegue per il pubblico ministero (in quel caso ricorrente), l'impossibilità di interloquire e di sollecitare il controllo di legittimità su un provvedimento che chiude il processo, pronunciato in assenza dei relativi presupposti, che resterebbe altrimenti insindacabile.

Richiama gli istituti processuali in cui il legislatore attribuisce espressamente al pubblico ministero il diritto di ricorrere in cassazione sulla legittimità della sospensione del processo disposta dal giudice (artt. 71, comma 3, 464-*quater*, comma 7, 479, comma 2, cod. proc. pen.), osservando che l'ammissibilità del ricorso immediato avverso la sentenza inappellabile pronunciata ai sensi dell'art. 420-*quater* cod. proc. pen. «*si inserisce nel solco di una tradizione ispirata non solo al principio di legalità e obbligatorietà dell'azione penale*

(…) ma anche con quello della ragionevole durata del processo che non tollera sospensioni ingiustificate e/o insindacabili del processo stesso». Si sofferma infine sull'argomento della "revocabilità" della sentenza *ex* art. 420-*quater* cod. proc. pen., precisando che tale qualità (peraltro in questo caso limitata al caso del rintraccio dell'imputato) non esclude l'impugnabilità del provvedimento, come dimostra la riconosciuta possibilità, ai sensi degli artt. 428 e 554-*quater* cod. proc. pen., di appellare le sentenze di non luogo a procedere emesse al termine dell'udienza preliminare.

4. La soluzione delle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite risolvono il contrasto partendo da una riflessione di ordine generale, correlata al principio del controllo di legalità processuale esercitato – per Costituzione prima ancora che per regola ordinamentale e processuale – dalla Corte di cassazione. Si osserva infatti, aderendo alle considerazioni svolte nella ordinanza di rimessione, che «*la sottrazione della sentenza ex art. 420-quater cod. proc. pen. al controllo di legalità da parte dell'organo deputato all'esatta osservanza della legge non pare avere alcuna effettiva giustificazione. Pur trattandosi di pronuncia interlocutoria e suscettibile di revoca e pur avendo essa natura strumentale, in quanto inclusiva di una ulteriore vocatio in ius, l'adozione della "sentenza" in questione riposa anzitutto su una serie di valutazioni del giudice in merito all'esistenza dei presupposti che giustificano la decisione di improcedibilità, in alternativa alla sequenza processuale ordinaria. Tali presupposti, a loro volta, selezionano come rilevanti una serie di parametri legali relativi alla sussistenza dell'effettiva conoscenza della pendenza del processo da parte dell'imputato e della conseguente volontarietà o meno della mancata comparizione, cui si connette una sicura attività decisoria, in ragione del fatto che il loro effettivo accertamento rende legittima o meno l'emissione della sentenza stessa. Dunque, non importa che il provvedimento finale abbia natura "precaria" e sia destinato alla eventuale caducazione: ciò che rileva è che la sua adozione possa trovare origine in violazioni di legge che, ove si escludesse l'immediata ricorribilità in cassazione, risulterebbero incongruamente prive di formale rimedio*».

La Corte, nella sua più autorevole composizione, nel pronunciarsi a favore della immediata ricorribilità per cassazione della pronuncia *ex* art. 420-*quater* cod. proc. pen., afferma così l'imprescindibile necessità di un controllo immediato sul *decisum* giudiziale tanto per l'ipotesi di erronea valutazione dei presupposti della mancata conoscenza del processo – segnatamente nel caso di reato imprescrittibile in cui l'autore, per un errore non emendabile del giudice, perderebbe per un tempo indefinito la qualità di imputato, oppure nel caso di imputato latitante, oggetto di **Sez. 2, 24/11/2023, n. 2343, Hoxha Oltion ed al., non massimata** – quanto nella ipotesi di erroneo calcolo dei termini di prescrizione e dunque del tempo durante il quale possono svolgersi le ricerche.

Né osta al riconoscimento della immediata ricorribilità della sentenza la sua natura di pronuncia "in rito": sin dalla vigenza del codice del 1930, infatti, la giurisprudenza di legittimità si era pronunciata a favore della estensione della garanzia generale dell'art. 111, comma settimo, Cost., anche alle sentenze "in rito". Citando testualmente le motivazioni della sentenza **Sez. U., n. 29529 del 25/06/2009, De Marino, Rv. 244108-01**, si ricorda come «*la presenza, nel codice di rito, di una norma (segnatamente contenuta nell'art. 190, secondo comma, del codice del 1930 e nell'art. 568 comma 2, del codice del 1988) che riprende il principio costituzionale dell'art. 111, settimo comma, Cost., abbia inciso notevolmente sull'assetto dei rimedi impugnatori, attraverso un parziale rovesciamento della logica originaria che presiedeva all'impiego dei diversi mezzi di impugnazione, dal momento che veniva di fatto*

ad assumere un connotato di centralità, quale rimedio di generale applicazione, proprio il ricorso per cassazione, prefigurato, invece, dal codice abrogato, come strumento eccezionale rispetto all'appello».

La soluzione individuata dalle Sezioni Unite si colloca peraltro in armonia con gli istituti previsti dal sistema per ottenere una verifica di legittimità su provvedimenti che, pur non avendo natura decisoria, incidono significativamente sullo svolgimento dell'attività processuale. Il riferimento è alla disciplina normativa che prevede la immediata ricorribilità per cassazione al fine di ottenere un controllo di legittimità su decisioni giudiziarie "irragionevolmente" dilatorie dei tempi del processo che possono incidere significativamente sulla tutela dei diritti, prevista per le ordinanze di sospensione di cui agli artt. 3, comma 2, artt. 71, comma 3, 464-*quater*, comma 7, 479, comma 2, 721 del codice di rito.

Tutti questi argomenti, concludono le Sezioni Unite, conducono a dissentire dalle considerazioni svolte dall'ordinamento più restrittivo, essenzialmente fondate sulla precarietà e sulla natura "interlocutoria" della decisione *ex* art. 420-*quater* cod. proc. pen., né risulta convincente il rimedio evocato per emendare il provvedimento che si fondi su erronei presupposti, ovvero la revoca della sentenza, in quanto non tiene conto del chiaro dato normativo che correla la revoca della sentenza ad un "unico" fatto processuale, il rintraccio dell'imputato e la notifica a mano della *vocatio in iudicium*.

Accogliendo le argomentazioni dell'ordinanza di rimessione, infine, la Corte precisa che il sindacato di legittimità, in virtù di considerazioni di ordine sistematico, derivanti dall'espressa qualificazione della sentenza come "inappellabile", cui consegue l'applicazione dell'art. 606, comma 2, cod. proc. pen., non può limitarsi alla violazione di legge, ma può estendersi a tutti i motivi previsti all'art. 606, comma 1, cod. proc. pen. Aggiunge che tale soluzione si impone anche in ragione della «*considerazione ulteriore per la quale, soprattutto con riferimento all'accertamento "di merito" della non conoscenza della pendenza del processo in capo all'imputato, la relativa valutazione giudiziale implica inevitabilmente l'estensione del sindacato anche a vizi diversi da quello di violazione di legge, e in particolare al vizio di motivazione*».

5. L'interesse ad impugnare.

Le Sezioni Unite, andando al di là del quesito, su sollecitazioni pervenute dalla Procura Generale, nell'ottica di fornire «*un necessario, compiuto, esame sistematico della questione devoluta*» affrontano infine un tema, quello della legittimazione attiva alla impugnazione e dell'interesse ad impugnare la pronuncia *ex* art. 420-*quater* cod. proc. pen., delle parti private del processo cui la giurisprudenza non aveva dato risposte uniformi. Le sentenze coinvolte nel contrasto erano tutte state emesse su ricorso del pubblico ministero, sicché il tema dell'interesse delle altre parti non era venuto alla luce.

In primo luogo, chiariscono che, oltre alla parte pubblica vi è certamente piena legittimazione ad impugnare la sentenza di non luogo a procedere della parte offesa costituitasi parte civile, cui non può essere precluso il ricorso ad uno strumento di controllo immediato su una pronuncia che impedisce lo svolgersi di un processo volto alla tutela dei diritti lesi dall'illecito. Militano in questo senso considerazioni derivanti dalla giurisprudenza della Corte EDU ove, con riferimento alla persona offesa, si interpreta la garanzia dell'art. 6 § 1 CEDU nel senso di imporre agli Stati di organizzare i loro sistemi in modo da assicurare la tutela giurisdizionale dei diritti in un tempo "ragionevole", onde non pregiudicarne l'effettività e la credibilità (si veda in particolare, **Corte EDU, 18/03/2021, Petrella c. Italia**) e della Corte costituzionale che, da ultimo nella sentenza n. **192 del 2023** sul noto caso Regeni, in relazione proprio all'art. 420-*quater* cod. proc. pen., ha riaffermato la tutela costituzionale

della dignità delle vittime a non vedersi irragionevolmente precluso il diritto all'accertamento giudiziale.

Inoltre, ponendosi in disaccordo con talune pronunce delle Sezioni semplici, che avevano escluso l'ammissibilità del ricorso dell'imputato (**Sez. 2, n. 11109 del 17/01/2024, Niang, non massimata**) e del coimputato (**Sez. 5, n. 42643 del 19/09/2023, Manzi, non massimata**) avverso la sentenza di non doversi procedere per carenza di interesse ad impugnare, le Sezioni Unite chiariscono come esso sia invece portatore di un proprio concreto interesse ad impugnare, non solamente per «*vedere emendati eventuali errori del giudice nella determinazione in suo pregiudizio del tempo necessario a prescrivere ex art. 420-quater, comma 6, cod. proc. pen., ma anche, e soprattutto, ad ottenere una sentenza di proscioglimento nel merito e non meramente processuale che ne riconosca formalmente l'innocenza, fino a tale momento solo presunta*».

Né, secondo le Sezioni Unite, può invocarsi a dimostrazione della inammissibilità della impugnazione dell'imputato della sentenza di non luogo a procedere, l'impossibilità di produrre lo specifico mandato ad impugnare di cui all'art. 581-*quater* cod. proc. pen., limitato, per effetto delle modifiche introdotte dalla legge 9 agosto 2024, n. 114 al caso in cui sia rilasciato a favore del difensore di ufficio, in quanto la disciplina è disegnata proprio sulla posizione della persona non comparsa dichiarata "assente" *ex* art. 420-*bis* cod. proc. pen., ovvero la situazione che la norma considera specificamente preclusiva della emissione della sentenza di non doversi procedere.

Pertanto, viene affermato il principio di diritto così massimato:

«La sentenza di non doversi procedere pronunciata ai sensi dell'art. 420-quater cod. proc. pen. può essere impugnata da tutte le parti con ricorso per cassazione, proponibile per tutti i motivi di cui all'art. 606, comma 1, cod. proc. pen., anche prima della scadenza del termine previsto dall'art. 159, ultimo comma, cod. pen.» **(Rv. 287414-01)**.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte EDU:
Corte EDU, 18/03/2021, Petrella c. Italia.

Sentenze della Corte costituzionale:
Corte cost., n. 192 del 2023.

Sentenze della Corte di cassazione:
Sez. U., n. 25080 del 28/05/2003, Pellegrino, Rv. 224610–01;
Sez. U., n. 29529 del 25/06/2009, De Marino, Rv. 244108-01;
Sez. 2, n. 2291 del 27/10/2015, Harca, Rv. 265775-01;
Sez. 5, n. 42643 del 19/09/2023, Manzi, non massimata;
Sez. 2 n. 50426 del 26/10/2023, S., Rv. 285686-01;
Sez. 2, n. 2343 del 24/11/2023, Hoxha Oltion ed al., non massimata;
Sez. 2, n. 11109 del 17/01/2024, Niang, non massimata;
Sez. 2, n. 11757 del 09/02/2024, Levi, non massimata;
Sez. 5, n. 20140 del 23/02/2024, Stojanovic, Rv. 286276-01.

CAPITOLO II

LE SEZIONI UNITE SUL TERMINE A COMPARIRE NEL GIUDIZIO DI APPELLO

(di Caterina Brignone)

SOMMARIO: 1. Il principio affermato dalle Sezioni Unite – 2. Gli orientamenti in contrasto – 3. La soluzione prescelta.

1. Il principio affermato dalle Sezioni Unite.

Le **Sezioni unite penali**, con le **sentenze n. 42124 del 27/06/2024, dep. 15/11/2024, Nafi, Rv. 287095-01 e n. 42125 del 27/06/2024, dep. 15/11/2024, Cirelli, Rv. 287096-01**, hanno affermato il principio di diritto così massimato:

«La disciplina dell'art. 601, comma 3, cod. proc. pen., introdotta dall'art. 34, comma 1, lett. g), d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, che individua in quaranta giorni il termine a comparire nei giudizi di appello, è applicabile ai soli atti di impugnazione proposti a far data dal 1° luglio 2024».

Le sentenze citate sono state chiamate ad affrontare, a risoluzione di contrasto, la questione se, dal 30 dicembre 2022, il termine a comparire nel giudizio di appello sia pari a venti o a quaranta giorni nonché l'ulteriore questione se sia da valorizzare la data di emissione del decreto di citazione in appello o quella della deliberazione della sentenza impugnata, ai fini dell'applicazione del principio *tempus regit actum*, in presenza di un fenomeno di successione nel tempo di leggi processuali penali quale quello che ha interessato l'art. 601 cod. proc. pen., disciplinante gli atti preliminari al giudizio di appello e novellato, in parte qua, dall'art. 34 d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150.

2. Gli orientamenti in contrasto.

Con riferimento alla prima questione controversa, si sono delineati, in giurisprudenza, due orientamenti.

2.1. Uno – numericamente maggioritario – ritiene che la nuova disciplina dell'art. 601, commi 3 e 5, cod. proc. pen., introdotta dall'art. 34, comma 1, lett. g), d.lgs. n. 150 del 2022, che individua in quaranta giorni, anziché in venti, il termine per comparire nel giudizio di appello, sia applicabile dal 30 dicembre 2022 e addiviene a tale conclusione sulla base di una interpretazione letterale del combinato disposto del citato art. 34, comma 1, lett. g), dell'art. 16, comma 1, d.l. 30 dicembre 2021, n. 228, convertito dalla legge 25 febbraio 2022, n. 15, e dell'art. 6 d.l. 31 ottobre 2022, n. 162, convertito dalla legge 30 dicembre 2022, n. 199, il quale ultimo ha novellato l'art. 94 delle disposizioni transitorie del d.lgs. n. 150 del 2022. Per l'orientamento in discorso, le norme menzionate non attengono all'entrata in vigore – regolata dal principio *tempus regit actum* – delle nuove disposizioni riguardanti il termine a comparire per il giudizio di appello, ma solo alle modalità di accesso al rito con trattazione partecipata od orale, estendendone l'applicazione, da ultimo, alle impugnazioni proposte fino al 30 giugno 2024 (Sez. 4, n. 20334 del 10/04/2024, Marku, n.m.; Sez. 6, n. 12157 del 20/02/2024, Giusto, Rv. 286190-01; Sez. 2, n. 8976 del 01/02/2024, Pellegrino, n.m.; Sez. 3, n. 5481 del 24/01/2024, Dottore, Rv. 285945-01; Sez. 4, n. 7204 del 23/01/2024, Crugnale, n.m.; Sez. 3, n. 15115 del 10/01/2024, Agostinelli, n.m.; Sez. 4, n. 48056 del 16/11/2023, Toto, Rv. 285796-01; Sez. 2, n. 49644 del 02/11/2023, Delle Fratte, Rv. 285674-01).

In particolare, per Sez. 6, n. 12157 del 20/02/2024, Giusto, cit., va previlegiata l'interpretazione letterale dell'art. 94, comma 2, d.lgs. n. 150 del 2022, il cui testo, stabilendo «che "continuano ad applicarsi le disposizioni di cui all'art. 23-*bis* d.l. n. 137 del 2020" fino al 30 giugno 2024, non consente (…) di ricomprendere in tale previsione anche il differimento dell'entrata in vigore del termine di comparizione, essendo questo estraneo alle modifiche apportate dalla normativa emergenziale». Tale conclusione si reputa conforme all'evoluzione della norma transitoria di cui al citato art. 94, comma 2, che, nell'originaria stesura, prevedeva l'espresso richiamo dell'art. 34, lett. g), d.lgs. n. 150 del 2022, non riproposto nelle successive riformulazioni. Non si ritiene di poter valorizzare, in senso contrario, l'esistenza di una presunta interdipendenza tra il termine di comparizione per il giudizio di appello e la disciplina della trattazione emergenziale dettata dall'art. 23-*bis* d.l. n. 137 del 2020, come convertito dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, essendo tale disciplina compatibile sia col termine di comparizione originario di venti giorni sia con quello più ampio introdotto dalla riforma.

2.2. Per l'orientamento minoritario, invece, la nuova disciplina dell'art. 601, commi 3 e 5, cod. proc. pen. è applicabile – per effetto delle disposizioni transitorie succedutesi nel tempo e, da ultimo, della proroga disposta dall'art. 11, comma 7, d.l. 30 dicembre 2023, n. 215, come convertito dalla legge 23 febbraio 2024, n. 18 – solo alle impugnazioni proposte dopo il 30 giugno 2024. Tale opzione interpretativa trova fondamento nella "stretta correlazione" tra la perdurante applicazione delle disposizioni emergenziali – prevista dalla normativa transitoria emanata *ad hoc* – e l'entrata in vigore della disciplina riguardante il nuovo termine a comparire per il giudizio di appello (Sez. 2, n. 23261 del 04/04/2024, Pastinesi, n.m.; Sez. 5, n. 5347 del 02/02/2024, Pedata, Rv. 285912-01; Sez. 2, n. 7990 del 31/01/2024, Monaco, Rv. 286003-01; Sez. 2, n. 12621 del 19/12/2023, dep. 2024, Hamza, n.m.; Sez. 5, n. 14344 del 16/11/2023, dep. 2024, Mutignani, n.m.).

Per Sez. 2, n. 7990 del 31/01/2024, Monaco, cit., a ritenere diversamente, il decreto di citazione in appello dovrebbe contenere tutti gli avvisi previsti dal nuovo testo dell'art. 601 cod. proc. pen. – all'evidenza incompatibili col rito emergenziale –, non essendo stata esclusa dalle disposizioni transitorie, come interpretate dall'orientamento prevalente, l'immediata entrata in vigore di questa parte della predetta disposizione novellata.

2.3. Una pronuncia, concordando col primo orientamento sull'assenza di specifiche disposizioni transitorie riguardanti il testo riformato dell'art. 601 cod. proc. pen., ha ritenuto di valorizzare, quale atto che determina l'operatività del vecchio o del nuovo termine a comparire per il giudizio di appello, la data di emissione della sentenza impugnata, richiamando adesivamente il principio affermato da Sez. U n. 27614 del 29/03/2007, Lista Rv. 236537-01, secondo cui, ai fini dell'individuazione del regime applicabile in materia di impugnazioni, allorché si succedano nel tempo diverse discipline e non sia espressamente regolato, con disposizioni transitorie, il passaggio dall'una all'altra, l'applicazione del principio *tempus regit actum* impone di far riferimento al momento di emissione del provvedimento impugnato e non già a quello della proposizione dell'impugnazione (**Sez. 2, n. 6010 del 05/12/2023, dep. 2024, Chiacchio, Rv. 285970-01**).

2.4. Secondo **Sez. 2, n. 7990 del 31/01/2024, Monaco, Rv. 286003-01**, invece, l'accoglimento del primo orientamento non comporta automaticamente l'applicabilità del termine dilatorio di giorni quaranta ai decreti di citazione in appello emessi a partire dal 30 dicembre 2022, dovendosi considerare le diverse soluzioni interpretative cui sarebbe possibile accedere per individuare l'atto valorizzabile ai fini dell'applicazione del principio *tempus regit actum*.

3. La soluzione prescelta.

In via preliminare alla risoluzione dei contrasti, le Sezioni unite ribadiscono, con ricchezza di riferimenti normativi e giurisprudenziali, che il criterio interpretativo fondamentale cui attenersi è – come sempre – quello del rispetto del dato letterale dei testi normativi, che costituisce «limite insuperabile anche quando si proceda ad una interpretazione estensiva, e che non può essere in alcun modo valicato mediante il richiamo ai lavori preparatori o alla relazione illustrativa» (Sez. U, n. 12759 del 14/12/2023, dep. 2024, L., n.m. sul punto). L'intenzione del legislatore – che, ai sensi dell'art. 12 Preleggi, rappresenta uno dei criteri di interpretazione – costituisce, pertanto, un canone sussidiario e recessivo rispetto a quello dell'interpretazione letterale e va inteso in senso "oggettivo", cioè espressivo del significato immanente nella stessa legge, e non anche in senso "soggettivo", ossia come volontà del legislatore dal punto di vista storico-psicologico (Sez. U, n. 19357 del 29/02/2024, Mazzarella, n.m. sul punto).

Altra premessa della decisione riguarda l'esigenza, anche in materia processuale, di tutela dell'affidamento, cui consegue la necessità che le norme siano non soltanto chiare e prevedibili, ma anche interpretate senza stravolgerne, a sfavore dell'interessato, il significato letterale (Sez. U, n. 27614 del 29/03/2007, Lista, cit., n.m. sul punto).

3.1. Ciò posto, con riferimento alla prima delle questioni rimesse, le Sezioni Unite, esaminata l'evoluzione della normativa rilevante, aderiscono alla conclusione raggiunta dal secondo degli indirizzi passati in rassegna.

Ed invero, l'art. 601, commi 3 e 5, cod. proc. pen. è stato modificato dall'art. 34, comma 1, lett. g), d.lgs. n. 150 del 2022, aumentando da venti a quaranta giorni il termine minimo a comparire per il giudizio di appello e quello per la notifica ai difensori della data fissata per il giudizio.

La Relazione illustrativa allo "Schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134 recante delega al governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari" collega la necessità di ampliare il termine a comparire per il giudizio di appello alle nuove scansioni temporali imposte dalla riforma per l'esercizio del contraddittorio cartolare ovvero per l'accesso alla trattazione partecipata.

Quanto ai profili di diritto intertemporale, il fenomeno successorio relativo all'art. 601 cod. proc. pen. è stato, dapprima, espressamente regolato dall'art. 94, comma 2, d.lgs. n. 150 del 2022, a norma del quale «Le disposizioni degli articoli 34, comma 1, lettere c), e), f), g), numeri 2), 3), 4), e h), 35, comma 1, lettera a), e 41, comma 1, lettera ee), si applicano a decorrere dalla scadenza del termine fissato dall'articolo 16, comma 1, del decreto-legge 30 dicembre 2021, n. 228, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 febbraio 2022, n. 15», che, a sua volta, prevedeva l'applicazione del cd. "rito emergenziale pandemico" fino al 31 dicembre 2022. La norma transitoria disponeva, quindi, l'applicazione del nuovo rito delle impugnazioni dal 1° gennaio 2023, senza precisare se, a tal fine, si dovesse aver riguardo alla data della pronuncia della sentenza impugnata o a quella del deposito dell'atto d'impugnazione ovvero ancora a quella di emissione del decreto di citazione per il giudizio di appello.

L'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2022 – inizialmente fissata alla data del 1° novembre 2022 – è stata, però, differita al 31 dicembre dello stesso anno, per effetto dell'art. 6 d.l. 31 ottobre 2022 n. 162, cit., che ha introdotto, nel d.lgs. n. 150 del 2022, l'art. 99-*bis*.

Nel frattempo, l'Ufficio del Massimario, nella relazione n. 68/2022, ha evidenziato che, «relativamente agli appelli già proposti alla data del 30 dicembre 2022 ma rispetto ai quali

non (fosse) stata fissata la data per la trattazione, ricadente quindi dopo il 1° gennaio 2023, si pone(va) la questione se oper(asse) il termine minimo per la comparizione di venti giorni previsto dal vecchio art. 601, comma 3, cod. proc. pen. nel testo *ante* riforma, o se d(ovesse) già trovare applicazione il nuovo termine di quaranta giorni previsto dal riscritto art. 601 cod. proc. pen. *post* riforma».

L'art. 94, comma 2, d.lgs. n. 150 del 2022 è stato, quindi, riformulato dall'art. 5-*duodecies* d.l. n. 162 del 2022 – introdotto, in sede di conversione con modificazioni del predetto d.l., dalla legge n. 199 del 2022 – nel seguente modo: «Per le impugnazioni proposte entro il 30 giugno 2023 continuano ad applicarsi le disposizioni di cui all'articolo 23, commi 8, primo, secondo, terzo, quarto e quinto periodo, e 9, nonché le disposizioni di cui all'articolo 23-*bis*, commi 1, 2, 3, 4 e 7, del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176. Se sono proposte ulteriori impugnazioni avverso il medesimo provvedimento dopo il 30 giugno 2023, si fa riferimento all'atto di impugnazione proposto per primo». L'efficacia delle disposizioni emergenziali in tema di procedimento cd. cartolare sopra richiamate è stata così prorogata fino al 30 giugno 2023 ed il momento processuale in relazione al quale valutare l'applicabilità della nuova disciplina è stato individuato nella proposizione dell'impugnazione.

La Relazione ministeriale alla proposta di emendamento dell'originaria disposizione transitoria contenuta nel d.l. n. 162 osservava che, differita l'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2022, la cessazione dell'efficacia del regime emergenziale si sovrapponeva all'entrata in vigore del nuovo regime. Il nuovo modello di udienza non partecipata implicava, però, la preventiva adozione di un decreto di citazione con determinati avvisi e requisiti, una diversa modulazione dei termini entro i quali le parti hanno l'onere di richiedere la partecipazione in udienza e, per il giudizio di appello, l'introduzione di termini dilatori più ampi di quelli precedentemente previsti per la notifica alle parti. In tale quadro, si riteneva indispensabile una disciplina che regolasse la transizione dal precedente regime al nuovo, facendo «ricorso a meccanismi già ampiamente sperimentati» e prevedendo, quindi, per i procedimenti nei quali l'impugnazione sia stata proposta prima del 31 gennaio 2022, la perdurante applicazione delle «disposizioni "emergenziali" di cui all'art. 23, comma 8, primo, secondo, terzo, quarto e quinto periodo, e comma 9, e di cui all'art. 23-*bis*, commi 1, 2, 3, 4 e 7 del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176».

In sede di conversione, tuttavia, l'art. 94, comma 2, d.lgs. n. 150 del 2022 è stato emendato in termini diversi da quelli proposti dal Ministero della Giustizia, stabilendosi che le "disposizioni emergenziali" continuassero a trovare applicazione a tutti i procedimenti impugnatori instaurati con atti proposti entro il 30 giugno 2023 – termine, poi, ulteriormente prorogato al 30 giugno 2024 –, senza alcuna menzione all'art. 34, comma 1, lett. g). Ciononostante, poteva dirsi rimasta ferma la volontà di disciplinare con omogeneità il passaggio dal "rito emergenziale puro" al "rito novellato puro", senza accedere – in fase transitoria – alla creazione di un terzo regime per così dire "misto". Ed invero, nel Dossier del Servizio studi del Senato riguardante la conversione del d.l. n. 162 del 2022, si afferma che, con l'introduzione dell'illustrato regime transitorio, il legislatore ha inteso «recepire le osservazioni formulate dall'Ufficio del massimario della Corte di cassazione» (…), «specificando che, ove l'impugnazione sia proposta entro il 30 giugno 2023 (termine (…) in seguito ancora prorogato al 30 giugno 2024), le fasi successive del procedimento continuano ad essere disciplinate dalla normativa emergenziale, (…) indipendentemente dalla circostanza che l'udienza di trattazione sia successiva alla scadenza di tale termine, trovando la nuova disciplina applicazione solo per le impugnazioni proposte dopo la scadenza del citato

termine. Tale decisione risulta ispirata al principio *tempus regit actum*, nel senso che, per individuare la disciplina regolatrice dello svolgimento del giudizio di impugnazione, occorre fare riferimento al regime giuridico vigente al momento in cui l'atto introduttivo di impugnazione è stato proposto».

L'art. 17 d.l. 22 giugno 2023, n. 75 ha ulteriormente modificato l'art. 94, comma 2, d.lgs. n. 150 del 2022, stabilendo che, «Per le impugnazioni proposte sino al quindicesimo giorno successivo alla scadenza del termine del 31 dicembre 2023, di cui ai commi 1 e 3 dell'articolo 87, continuano ad applicarsi le disposizioni di cui agli articoli 23, commi 8, primo, secondo, terzo, quarto e quinto periodo, e 9, e 23-*bis*, commi 1, 2, 3, 4 e 7, del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176. Se sono proposte ulteriori impugnazioni avverso il medesimo provvedimento dopo la scadenza dei termini indicati al primo periodo, si fa riferimento all'atto di impugnazione proposto per primo». È stata, quindi, estesa la vigenza delle indicate disposizioni emergenziali in tema di procedimento c.d. cartolare, riferendola alle impugnazioni proposte fino a 15 giorni dopo il 31 dicembre 2023, data individuata in relazione all'art. 87, commi 1 e 3, d.lgs. n. 150 del 2022, recante la disciplina transitoria in materia di processo penale telematico.

Infine, l'art. 11, comma 7, d.l. 30 dicembre 2023, n. 215, come sostituito, in sede di conversione, dalla legge 23 febbraio 2024, n. 18, ha stabilito che, «All'articolo 94, comma 2, del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, recante disposizioni transitorie in materia di giudizi di impugnazione, le parole: "sino al quindicesimo giorno successivo alla scadenza del termine del 31 dicembre 2023, di cui ai commi 1 e 3 dell'articolo 87," sono sostituite dalle seguenti: "sino al 30 giugno 2024».

Così ricostruita l'evoluzione del quadro normativo, le Sezioni unite rilevano che, dal punto di vista logico-sistematico, la dichiarata *ratio* della novellazione del termine dilatorio di cui all'art. 601 cod. proc. pen. – individuata nell'esigenza di tenere conto delle nuove scansioni procedimentali previste per l'accesso al contraddittorio "cartolare" ed a quello "partecipato" – e il differimento della vigenza di tali nuove disposizioni rende illogica l'entrata in vigore della sola nuova disposizione riguardante l'aumento del termine dilatorio, che il legislatore considera inscindibilmente ricollegata alle residue parti della riforma. L'operatività – da ultimo fino al 30 giugno 2024 – dell'art. 23-*bis*, comma 4, della disciplina emergenziale, regolante l'accesso all'esercizio del contraddittorio cartolare ed alla trattazione orale, conferma, in difetto di una contraria espressa disposizione transitoria, la perdurante efficacia anche dell'originaria previsione del termine dilatorio di giorni venti contenuta nel testo ante novella dell'art. 601 cod. proc. pen. Del resto, emerge chiaramente dai lavori preparatori la *voluntas legis* – giustificata dalla necessità di venire incontro alle esigenze di certezza degli operatori del diritto – di non dar vita, in fase transitoria, a un terzo regime, disciplinato, in parte, dalla normativa emergenziale e, in parte, dalla riforma.

Peraltro, se la lettura delle norme transitorie proposta dall'orientamento che ritiene entrata in vigore la sola parte della novella dell'art. 601 cod. proc. pen. riguardante il termine dilatorio di giorni quaranta fosse corretta, dovrebbe derivarne – per le medesime ragioni sistematiche – anche l'entrata in vigore delle residue disposizioni novellate di cui al predetto articolo 601, disciplinanti la possibilità di disporre la trattazione orale di ufficio, le forme e i termini degli avvisi e le modalità di accesso alla trattazione "cartolare" oppure a quella "partecipata", tutte sicuramente differite perché incompatibili con l'art. 23-*bis*, comma 4, delle disposizioni emergenziali, la cui operatività è stata prorogata. Ugualmente incompatibile "per eccesso" con le parti della normativa emergenziale che hanno conservato vigenza fino al 30 giugno 2024 risulta allora anche l'immediata entrata in vigore del nuovo

e più ampio termine dilatorio di giorni quaranta, funzionale all'applicazione delle nuove disposizioni in tema di accesso al contraddittorio "cartolare" ed a quello "partecipato", ma eccentrico rispetto alla finalità perseguita dal legislatore di mantenere *in toto* il collaudato regime emergenziale fino all'integrale entrata in vigore del regime risultante dalla novella.

La soluzione prescelta non si pone in contrasto con la formulazione letterale delle disposizioni transitorie succedutesi nel tempo ed appare, anzi, in linea con le indicazioni emergenti dal complesso dei lavori preparatori.

Le Sezioni unite concludono, quindi, che la disciplina dell'art. 601, comma 3, ultimo periodo, cod. proc. pen., introdotta dall'art. 34, comma 1, lett. g), d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, nella parte in cui individua in quaranta giorni il termine a comparire nei giudizi di appello, è applicabile ai soli atti di impugnazione proposti a far data dal 1° luglio 2024.

3.2. La soluzione accolta in ordine alla prima questione sottoposta all'esame del Collegio rende priva di rilievo la seconda questione controversa, che non è stata, quindi, esaminata. Infatti, secondo quanto espressamente previsto dalle disposizioni transitorie precedentemente indicate, per i giudizi di appello introdotti da atti d'impugnazione depositati a partire dal 1° luglio 2024, trova integrale applicazione il testo dell'art. 601 cod. proc. pen., come novellato dal d.lgs. n. 150 del 2022.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione:
Sez. U, n. 19357 del 29/02/2024, Mazzarella, Rv. 286304-01;
Sez. U, n. 12759 del 14/12/2023, dep. 2024, L., Rv. 286153-01.

Sulle questioni oggetto di rimessione: orientamento minoritario
Sez. 2, n. 23261 del 04/04/2024, Pastinesi, n.m.;
Sez. 5, n. 5347 del 02/02/2024, Pedata, Rv. 285912-01;
Sez. 2, n. 7990 del 31/01/2024, Monaco, Rv. 286003-01;
Sez. 2, n. 12621 del 19/12/2023, dep. 2024, Hamza, n.m.;
Sez. 5, n. 14344 del 16/11/2023, dep. 2024, Mutignani, n.m.

Sulle questioni oggetto di rimessione: orientamento maggioritario
Sez. 4, n. 20334 del 10/04/2024, Marku, n.m.;
Sez. 6, n. 12157 del 20/02/2024, Giusto, Rv. 286190-01;
Sez. 2, n. 8976 del 01/02/2024, Pellegrino, n.m.;
Sez. 3, n. 5481 del 24/01/2024, Dottore, Rv. 285945-01;
Sez. 4, n. 7204 del 23/01/2024, Crugnale, n.m.;
Sez. 3, n. 15115 del 10/01/2024, Agostinelli, n.m.;
Sez. 2, n. 6010 del 5/12/2023, dep. 2024, Chiacchio, Rv. 285970-01;
Sez. 4, n. 48056 del 16/11/2023, Toto, Rv. 285796-01;
Sez. 2, n. 49644 del 02/11/2023, Delle Fratte, Rv. 285674-01.

CAPITOLO III

IMPUTATO PRESENTE E ONERE DI DEPOSITO, CON L'ATTO DI IMPUGNAZIONE, DELLA DICHIARAZIONE O ELEZIONE DI DOMICILIO. LE SEZIONI UNITE "DE FELICE" SCIOLGONO I DUBBI INTERPRETATIVI

(di Anna Mauro e Bruno Giordano)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Quadro normativo di riferimento. – 2.1. I lavori preparatori alla legge delega. – 2.2. La legge delega. – 2.3. La legge delegata. – 2.4. La legge 9 agosto 2024, n. 114. – 3. Il contrasto di giurisprudenza. – 4. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite De Felice.

1. Premessa.

Con ordinanza n. 26458, resa il 19/06/2024, depositata il 4/07/2024, la Quinta Sezione della Corte di cassazione ha rimesso la decisione del ricorso alle Sezioni Unite in merito alla seguente questione: ««Se la previsione, a pena di inammissibilità, del deposito insieme con l'atto di impugnazione delle parti private o dei difensori, della dichiarazione o elezione di domicilio, ai fini della notificazione del decreto di citazione a giudizio (art. 581, comma 1-*ter*, cod. proc. pen.), debba essere interpretata nel senso che, ai fini indicati, sia sufficiente la sola presenza in atti della dichiarazione o elezione di domicilio, benché non richiamata nell'atto di impugnazione od allegata al medesimo».

Il Collegio, dopo aver ricordato il dettato di cui al comma 1-*ter* dell' art. 581, cod. proc. pen. previsto con riferimento all'ipotesi di imputato presente nel grado precedente, ha evidenziato che nella giurisprudenza di merito e di legittimità risulta controverso se, ai fini dell'ammissibilità dell'impugnazione: a) occorra una nuova dichiarazione o elezione di domicilio, da effettuarsi con l'atto di impugnazione; b) ovvero, sia sufficiente il richiamo e/o l'allegazione all'impugnazione di una precedente elezione o dichiarazione; c) ovvero, ancora, se sia bastevole la presenza in atti della dichiarazione o elezione di domicilio, non occorrendo né il deposito, né il richiamo alla stessa, rilevando il disposto del comma 1-*ter* dell'art. 581 cod. proc. pen. solo nel caso in cui l'imputato non abbia eletto domicilio nel corso del procedimento.

2. Quadro normativo di riferimento.

Le disposizioni di cui all'art. 581, comma 1-*ter* e comma 1-*quater,* cod. proc. pen. sono state oggetto di un incisivo intervento correttivo inserito nel corpo della L. 9 agosto 2024, n. 114 entrata in vigore, per quanto qui di interesse, il 25 agosto 2024, e recante "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare".

La legge nulla ha previsto in relazione alla sorte delle impugnazioni proposte prima dell'entrata in vigore delle modifiche dichiarate inammissibili, come nel caso in esame dalla Corte d'appello. Di qui la necessità, attesa la sussistenza del contrasto interpretativo di cui si è detto, di soffermare l'attenzione sulle disposizioni in questione nonché, ancorché sommariamente, sui principi e criteri direttivi della legge delega e sui lavori preparatori posto che, come più volte affermato dalla Corte costituzionale, la norma delegata è da interpretarsi nel significato compatibile con i principi e i criteri direttivi della delega.

2.1. I lavori preparatori alla legge delega.

Con il d.d.l. n. 2435, presentato in Parlamento dal Governo nel 2020, hanno preso avvio i lavori preparatori per l'emanazione della legge delega. In tale disegno di legge si proponeva, tra l'altro, di «ridurre l'accesso al giudizio di appello consentendone la proposizione solo al difensore munito di mandato specifico conferito dopo la pronuncia della sentenza di primo grado e ampliando la categoria delle sentenze inappellabili» nonché «di sfrondare le notificazioni di ogni formalità superflua, assicurandone celerità ed efficacia» prevedendo a tal fine, nell'art. 7, lett. a), che «il difensore possa impugnare la sentenza solo se munito di specifico mandato a impugnare, rilasciato successivamente alla pronunzia della sentenza medesima».

Nel mese di marzo 2021, il successivo Governo, ha insediato una Commissione di studio (la commissione Lattanzi) per elaborare proposte di emendamenti al suddetto disegno di legge di riforma.

Nella relazione di accompagnamento delle proposte emendative della commissione Lattanzi si precisava – con riferimento alla proposta della Commissione di riforma del processo in assenza che suggeriva: «che il difensore dell'imputato assente [potesse] impugnare la sentenza solo se munito di specifico mandato, rilasciato dopo la pronuncia della sentenza»; «che con lo specifico mandato a impugnare l'imputato [dovesse dichiarare o eleggere] il domicilio per il giudizio di impugnazione»; che per il «difensore dell'imputato assente [venisse previsto] un allungamento del termine per impugnare» – che «nel contesto delle innovazioni proposte, va rimarcato che l'intervento sulla legittimazione del difensore di impugnare costituisce uno snodo essenziale sia in chiave di effettiva garanzia dell'imputato, sia in chiave di razionale utile impiego delle risorse giudiziarie: la misura, infatti, è volta ad assicurare la celebrazione delle impugnazioni solo quando si abbia effettiva contezza della conoscenza della sentenza emessa da parte dell'imputato giudicato in assenza e ad evitare – senza alcun pregiudizio del diritto di difesa dell'interessato tutelato dai rimedi restitutori contestualmente assicurati – l'inutile celebrazione di gradi di giudizio destinati a essere travolti dalla rescissione del giudicato». La commissione Lattanzi, dunque, ha ripreso la proposta contenuta nell'originario disegno di legge relativa al solo appello dandovi sia un'applicazione più ampia, in quanto ha fatto riferimento alle impugnazioni in generale e non al solo appello come nell'originario disegno di legge, sia ancorando, sembrerebbe espressamente, siffatte disposizioni solo all'imputato assente.

Tra le proposte della commissione Lattanzi vi erano poi anche disposizioni emendative delle parti del disegno di legge dedicate alle notificazioni prevedendo all'art. 7 «di escludere la notificazione al difensore per la citazione a giudizio anche nel caso di impugnazione e limitando tale forma per ogni altro atto "diretto all'imputato" e all'appello».

2.2. La legge delega.

La legge 27 settembre 2021, n. 134, nell'ottica di riforma del codice di procedura penale, contiene, con riferimento alle questioni qui di interesse, principi e criteri direttivi sia in tema di notificazioni per le impugnazioni, sia in tema di processo in assenza.

Con riferimento alle impugnazioni stabilisce, all'art. 1, comma 6, lett. f), che il legislatore delegato preveda, «nel caso di impugnazione proposta dall'imputato o nel suo interesse, la notificazione dell'atto di citazione a giudizio nei suoi confronti sia essere effettuata presso il domicilio dichiarato o eletto ai sensi della lett. a) del comma 13 [con l'atto di impugnazione]» nonché che con l'atto di impugnazione venga depositata, a pena di inammissibilità, «ai fini della notificazione dell'atto introduttivo del giudizio di impugnazione», la dichiarazione o elezione di domicilio (art. 1, comma 13, lett. a).

All'art. 1, comma 7, esplicita le finalità dell'intervento che è volto a «rendere il procedimento penale più celere ed efficiente nonché […a…] modificare il codice di procedura penale in materia di processo in assenza» e quindi dispone, con riferimento a tale processo, alla lettera h), che il legislatore delegato preveda: «che il difensore dell'imputato assente possa impugnare la sentenza solo se munito di specifico mandato, rilasciato dopo la pronuncia della sentenza; […]che con lo specifico mandato a impugnare l'imputato dichiari o elegga il domicilio per il giudizio di impugnazione» e che, per il difensore dell'imputato assente, venga ampliato il termine per impugnare.

Prevede poi, all'art. 1, comma 13, lett. a), il più generale onere a carico della parte privata impugnante di depositare «dichiarazione o elezione di domicilio ai fini della notificazione dell'atto introduttivo del giudizio di impugnazione».

In conclusione, dunque, alla luce dei lavori preparatori, pare potersi affermare che la legge delega, da un lato, ha inteso riformare il processo in assenza per evitare che i giudizi di impugnazione possano svolgersi nell'assenza inconsapevole dell'imputato prevedendo a carico di quest'ultimo il duplice onere di rilasciare al difensore mandato specifico ed eleggere o dichiarare il domicilio e, dall'altro, semplificare la celebrazione dei giudizi di impugnazione prevedendo a carico dell'impugnante l'onere di dichiarare o eleggere domicilio al fine di facilitare la notificazione dell'atto di citazione a giudizio.

2.3. La legge delegata.

Il legislatore delegato ha provveduto, in attuazione della delega e nel rispetto dello spirito di questa, a predisporre una rete di norme che presuppongono e "vogliono" un modello di "imputato consapevole" ossia un imputato che, una volta che sia venuto correttamente a conoscenza dell'esistenza di un procedimento penale avviato nei suoi confronti, instauri, al fine di potersi difendere, un rapporto con il proprio difensore, sia esso di fiducia o di ufficio. In linea con tale finalità, il legislatore delegato ha previsto, per quanto qui di interesse, che l'indagato/imputato, nel momento in cui entra in contatto con la polizia giudiziaria o con il pubblico ministero o con il giudice, elegga domicilio per la notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare o degli atti di citazione a giudizio e assuma l'obbligo di comunicarne ogni mutamento, consapevole sia che, in mancanza di tale comunicazione o nel caso di rifiuto di eleggere o dichiarare il domicilio o ancora nel caso in cui il domicilio sia o divenga inidoneo, la notificazione degli atti avverrà presso il difensore, già nominato o contestualmente nominato anche d'ufficio, sia che le successive notificazioni, diverse da quelle che riguardano gli atti di citazione a giudizio, avverranno presso il difensore, di fiducia o d'ufficio a cui l'indagato/imputato dovrà fornire i propri recapiti onde consentire al difensore di comunicare con lui (art. 157, comma 8-*ter* e 161 cod. proc. pen.).

L'art. 157-*ter* cod. proc. pen., poi, al terzo comma, stabilisce che «In caso di impugnazione proposta dall'imputato o nel suo interesse la notificazione dell'atto di citazione a giudizio nei suoi confronti è eseguita esclusivamente presso il domicilio dichiarato o eletto ai sensi dell'articolo 581, commi 1-*ter* e 1-*quater*». Tali commi, anch'essi di nuovo conio, prevedono, rispettivamente, che «Con l'atto di impugnazione delle parti private e dei difensori è depositata, a pena di inammissibilità, la dichiarazione o elezione di domicilio ai fini della notificazione del decreto di citazione a giudizio» (comma 1-*ter*) e che «Nel caso di imputato rispetto al quale si è proceduto in assenza, con l'atto di impugnazione del difensore è depositato, a pena di inammissibilità, specifico mandato ad impugnare, rilasciato dopo la pronuncia della sentenza e contenente la dichiarazione o l'elezione di domicilio dell'imputato ai fini della notificazione del decreto di citazione a giudizio» *(*comma 1-*quater).*

La prima disposizione si prefigge di prevenire cause di nullità collegate alla notificazione degli atti introduttivi del giudizio di impugnazione, imponendo al difensore – che per quanto emerge dal dato letterale, deve "depositare" "con l'atto di impugnazione" la dichiarazione o elezione di domicilio – di individuare un luogo certo in cui deve essere notificato all'imputato l'avviso dell'udienza al fine di evitare gli errori correlati anche alla eventualità, tutt'altro che infrequente, che nel corso del procedimento siano state formalizzate plurime e differenti elezioni di domicilio da parte dell'imputato. Secondo questa previsione normativa, in forza della sua letterale interpretazione, sembrerebbe che, dunque, chi consapevolmente intenda procedere a un nuovo grado di giudizio debba indicare l'unico e certo luogo in cui notificare l'avviso della data di fissazione del processo di cui ha chiesto la celebrazione.

La seconda disposizione attiene, come osservato, esclusivamente al giudizio *in absentia*, essendo volta a prevenire possibili cause di rescissione del giudicato.

2.4. La legge 9 agosto 2024, n. 114.

Il legislatore, con la Legge 9 agosto 2024, n. 114, entrata in vigore, per quanto qui di interesse, il 25 agosto 2024, recante "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare", ha tra l'altro abrogato l'art. 581, comma 1-*ter*, cod. proc. pen. e ha circoscritto al solo difensore d'ufficio dell'assente, in considerazione di una verosimile labilità dei rapporti tra imputato e difensore, la portata dell'onere, imposto dall'art. 581, comma 1-*quater*, cod. proc. pen., di deposito di uno «specifico mandato ad impugnare, rilasciato dopo la pronuncia della sentenza e contenente la dichiarazione o l'elezione di domicilio dell'imputato, ai fini della notificazione del decreto di citazione a giudizio».

All'esito della riconfigurazione imposta dalla novella, dunque, il difensore di fiducia – a prescindere se vi sia stata o meno la declaratoria di assenza del proprio assistito – potrà liberamente proporre impugnazione avverso la sentenza resa nel grado precedente senza necessità di depositare nient'altro che l'atto di impugnazione. In una posizione analoga, si viene a trovare anche il difensore d'ufficio che abbia assistito in primo grado l'imputato risultato presente nel processo così che l'unica fattispecie rimasta immune dall'intervento demolitorio in commento è quella in cui la difesa d'ufficio si venga a saldare con la declaratoria di assenza dell'imputato: al ricorrere di queste condizioni, l'esercizio della *facultas impugnandi* continua dunque ad essere sottoposto alla più gravosa disciplina di cui al d.lgs. n. 150/2022, con conseguente obbligo per il difensore di corredare l'impugnazione di una apposita elezione di domicilio nonché di uno specifico mandato a impugnare rilasciati dopo la pronuncia del provvedimento da impugnare.

L'intervento riformatore però non pare avere considerato innanzitutto il difetto di coordinamento tra il nuovo art. 581 cod. proc. pen. e l'art. 157-*ter*, comma 3 cod. proc. pen.

Ed invero, la totale abrogazione dell'art. 581, comma 1-*ter* e la parziale abrogazione dell'art. 581 comma 1-*quarter* del codice di rito si riflettono, a cascata, sull'operatività dell'art. 157-*ter,* comma 3 cod. proc. pen che impone, in caso di impugnazione proposta dall'imputato o nel suo interesse, di notificare la citazione a giudizio nei luoghi indicati all'art. 581, commi 1-*ter* e 1-*quarter,* cod. proc. pen. Tale norma, infatti, non avrebbe ora più motivo di essere se non per l'ipotesi dell'imputato assente difeso d'ufficio, essendo l'unico ancora tenuto a depositare, unitamente all'impugnazione, anche la dichiarazione o l'elezione di domicilio.

Devesi, inoltre, sottolineare la perdurante efficacia delle disposizioni di cui agli artt. 161 e 164 cod. proc. pen. come riformati dal d.lgs n. 150 del 2022.

A norma del comma 1 dell'art. 161 cod. proc. pen., il giudice, il pubblico ministero, la polizia giudiziaria, nel primo atto compiuto con la presenza dell'indagato o dell'imputato, non detenuto né internato, li invitano a dichiarare o eleggere domicilio – fisico o digitale – per le notificazioni degli atti di *vocatio in iudicium* ivi indicati. Coerentemente con tale disposizione, l'articolo 164 cod proc pen. – che prima della legge Cartabia era rubricato «Durata del domicilio dichiarato, eletto» e stabiliva che «La determinazione del domicilio dichiarato o eletto è valida per ogni stato e grado del procedimento salvo quanto previsto dagli articoli 156 e 613 comma 2» – ora è diversamente e significatamente rubricato «Efficacia della dichiarazione o dell'elezione di domicilio» e prevede che «La determinazione del domicilio dichiarato o eletto è valida per le notificazioni dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare, degli atti di citazione in giudizio ai sensi degli articoli 450 comma 2, 456,552 e 601 nonché del decreto penale, salvo quanto previsto dall'articolo 156 comma 1». Tale disposizione quindi stabilisce, con la sola eccezione delle notificazioni all'imputato detenuto, che la determinazione del domicilio dichiarato o eletto è valida per la notificazione dei singoli atti di *vocatio in iudicium* indicati e non è più atto a efficacia prolungata, ma ha, invece, un'efficacia temporalmente limitata. Con l'esecuzione della notificazione dell'atto introduttivo del giudizio presso il domicilio dichiarato o eletto, «al domicilio "volontario", si sostituisce il domicilio *ex lege* presso il difensore rispetto al quale legislatore ha eliminato ogni possibilità di deroga correlata a un'eventuale diversa manifestazione di volontà dell'imputato», posto che l'articolo 157-*ter*, cod. proc. pen. che, si ripete, è tutt'ora in vigore, non prevede alcuna eccezione alla regola della notificazione di tutti gli atti successivi presso il difensore.

La novella ha previsto unicamente l'entrata in vigore della legge, nulla disponendo in tema di diritto intertemporale.

3. Il contrasto di giurisprudenza.

La questione rimessa alle Sezioni Unite verte, dunque, sulla perdita di efficacia della dichiarazione o elezione di domicilio con la pronuncia di primo grado e sulla necessità, a pena di inammissibilità, che venga depositata con l'impugnazione una nuova dichiarazione, successiva alla sentenza appellata, ovvero che possa essere allegata, richiamata o indicata nell'impugnazione quella già depositata per il primo grado di giudizio.

I tratti caratterizzanti i due contrapposti orientamenti possono essere così delineati.

Secondo un primo orientamento – sostenuto da Sez. 2, n. 10924 del 14/12/2023, dep. 2024, Ripa, n.m.; Sez.6, n. 43320 del 26/9/2023, Rossi, n.m.; Sez. 4, n. 47417 del 28/9/2023, Hafsa, n.m.; Sez. 4, n. 44376 del 19/10/2023, n.m, Marino; Sez. 2, n. 47946 del 9/11/2023, Delfini; Sez. 4, n. 39 del 14/12/2023, dep. 2024, Iorio, n.m. Sez. 5, n. 1177 del 28/11/2023, dep. 2024, Pasquale Mauro, n.m.; Sez. 2, n. 2024 del 24/11/2023, dep. 2024, Cristiano, n.m.; Sez. 5, n. 3118 del 10/01/2024, Mohamed Ahmad Hasa, Rv. 285805-01; Sez. 2, n. 4796 del 21/12/2023, dep. 2024, Noto, n. m.; Sez. 2, n. 4810 del 16/1/2024, Cianchetti, n.m.; Sez. 6, n. 7020 del 16/1/2024, Mirabile, Rv. 285985; Sez. 1, n. 8607 del 13/12/2023, dep. 2024, Kalo, n.m.; Sez. 5, n. 10170 del 10/01/2024, Ilardo, n.m.; Sez. 5, n. 10453 del 10/01/2024, Abdoola, n.m.; Sez. 5, n. 10172 del 10/01/2024, Guida, n.m.; Sez. 5, n. 10171 del 10/01/2024, Cristilli, n.m.; Sez. 2, n.13409 del 27/02/2024, Da Rold, n.m.; Sez. 5, n. 17055 del 23/04/2024, Cappiello, Rv. 286357-01; Sez. 3, n. 17737 del 23/1/2024, Mavilla, n.m.; Sez. 3, n. 17821, del 20/2/2024, Bonsi, n.m.; Sez. 4, n. 18605 del 22/3/2024, Coratella, n.m.; Sez. 2, 19547 del 14/3/2024, Deidda, Rv. 286521-01; Sez. 6, n. 22820 del 16/04/2024, Bonetti, n.m.; Sez. 2, n. 23462 del 12/04/2024, Cosentino, Rv. 286374-01; Sez. 5, n. 46831 del 22/9/2023, Iacuzio, n.m. – è necessario che, contemporaneamente al deposito dell'impugnazione, si provveda

altresì a depositare una nuova dichiarazione o elezione di domicilio che devono essere successive alla sentenza impugnata.

Si sostiene che la nuova dichiarazione/elezione di domicilio non solo assicura la conoscenza certa del processo da parte dell'imputato, ma trova la sua ragion d'essere nella nuova formulazione dell'art. 164 cod. proc. pen. (come voluta dalla cd. Riforma Cartabia), a norma del quale, la dichiarazione o elezione di domicilio, se effettuate nel grado precedente, non hanno più durata illimitata. In tal modo, inoltre, si osserva dai sostenitori di siffatto orientamento, si facilita l'attività di notificazione dell'atto introduttivo dell'impugnazione in quanto è l'imputato stesso a individuare con certezza il luogo in cui la notificazione deve essere eseguita e si assicura, così, la regolare e celere celebrazione del giudizio.

Tale opzione interpretativa muove dalla differenza tra il regime di notificazione degli atti di citazione del primo grado di giudizio (ove il riferimento – ovviamente – è alla dichiarazione o elezione di domicilio compiuta nell'ambito del procedimento di primo grado) e quelli che afferiscono al giudizio impugnatorio prevedendosi, per questi ultimi, che la notificazione debba essere effettuata solo presso il domicilio dichiarato o eletto emergente dal nuovo atto depositato unitamente all'impugnazione (ovvero indicato nel mandato specifico di cui al comma 1-*quater*). Essa trae argomento, in primo luogo, dalla valorizzazione della *ratio legis* sottesa al citato comma 1-*ter* – da individuarsi, in linea con l'esigenza di miglioramento dell'efficienza e speditezza del processo penale perseguita dalla Riforma del 2022, sia nella finalità di assicurare la regolare e celere celebrazione del giudizio di impugnazione escludendo o, comunque, limitando fortemente eventuali futuri rimedi restitutori o rescissori del giudicato, sia in quella di agevolare l'attività di notificazione dell'atto introduttivo del giudizio – e, in secondo luogo, ma non da ultimo, dall'esigenza di promuovere impugnazioni consapevoli e relative citazioni a giudizio di esito certo. Le dichiarazioni o elezioni di domicilio devono dunque necessariamente intervenire contestualmente alla proposizione dell'impugnazione, né prima, né dopo di essa, per cui l'esistenza di pregresse dichiarazioni o elezioni non potrebbe sortire effetti rispetto all'impugnazione. Sul piano funzionale, si sottolinea, poi, la finalità sottesa all'onere imposto all'appellante non si esaurisce nella sola esigenza di facilitazione del compito della cancelleria nella predisposizione della notificazione, ma persegue il ben più pregnante intento di rendere quanto più possibile certo il buon esito della notificazione e, quindi, la conoscenza della citazione in giudizio da parte dell'imputato, obbiettivo che, evidentemente, per essere conseguito, presuppone l'attualità della dichiarazione o elezione di domicilio. Ne consegue, che l'efficacia dell'elezione o dichiarazione di domicilio per il primo grado si esaurisce con la sentenza e per l'appello deve essere attualizzata dall'imputato al momento dell'impugnazione. A sostegno di tale opzione interpretativa si richiama, inoltre, il nuovo testo dell'art. 157-*ter*, comma 3, cod. proc. pen., che, nel disciplinare le notificazioni degli atti introduttivi del giudizio all'imputato non detenuto, espressamente prevede che in caso di impugnazione la notificazione dell'atto di citazione a giudizio nei confronti dell'imputato è eseguita esclusivamente presso il domicilio dichiarato o eletto ai sensi dell'art. 581, commi 1-*ter* e 1-*quater*, cod. proc. pen.

Ulteriore argomento a sostegno di siffatto orientamento è tratto dalla lettura sistematica della nuova formulazione dell'art. 164 cod. proc. pen., da cui si ricava che l'elezione o dichiarazione di domicilio effettuata nel precedente grado non ha più, come nel precedente regime, durata illimitata, ma esaurisce i propri effetti legittimanti il contraddittorio con la sentenza di primo grado; di conseguenza, venuto meno il principio di immanenza della domiciliazione, occorre un'altra nuova dichiarazione o elezione di domicilio unitamente alla manifestazione di impugnativa, pena l'inammissibilità di quest'ultima. In particolare, si è osservato che la lettura sistematica del nuovo regime di notificazioni predisposto per

l'appello evidenzia che «se fosse stata sufficiente la precedente dichiarazione o elezione di domicilio, la previsione di cui al comma 1-*ter* – e la speculare di cui al comma 1-*quater* – dell'art. 581 non avrebbe avuto ragion d'essere prevedendo già l'art. 157-*ter* cod. proc. pen., al primo comma, per le notificazioni degli atti introduttivi di primo grado e per la stessa citazione in appello, che la notifica deve intervenire presso il domicilio dichiarato o eletto ai sensi dell'art. 161 del codice di rito, salvo precisare, al terzo comma, che ove si tratti di impugnazione, la notificazione dell'atto di citazione a giudizio è eseguita esclusivamente presso il domicilio dichiarato o eletto ai sensi dell'art. 581, commi 1-*ter* e 1-*quater* (domicilio che potrà quindi coincidere con quello già dichiarato o eletto in precedenza ai sensi dell'art. 161, ma dovrà in ogni caso essere "rinnovato" in funzione dell'impugnazione, ossia nuovamente depositato unitamente all'atto dì impugnazione o refluire nel mandato specifico ad impugnare)». Pertanto, il passaggio argomentativo fondamentale di questo orientamento è incentrato sulla ritenuta efficacia limitata dell'elezione o dichiarazione di domicilio effettuata in primo grado che, ai sensi della riforma dell'art. 164 cod. proc. pen., non si estende più ai gradi successivi. Non si tratta quindi di un atto ad efficacia prolungata che, in assenza di modificazioni da parte dell'interessato, può rilevare ai fini della notificazione degli atti di tutti i gradi del procedimento, bensì di un atto ad efficacia limitata alla notificazione degli atti di *vocatio in iudicium* espressamente indicati dal legislatore (ovvero, l'avviso di fissazione dell'udienza preliminare, gli atti di citazione per il giudizio direttissimo, per il giudizio immediato, per l'udienza dibattimentale dinanzi al tribunale in composizione monocratica e per il giudizio di appello, nonché il decreto penale di condanna). Tale diversa validità della dichiarazione o dell'elezione di domicilio emergerebbe chiaramente dal combinato disposto con l'art. 161, comma 1, cod. proc. pen. che, in particolare, prevede espressamene che il giudice, il pubblico ministero o la polizia giudiziaria, nel primo atto compiuto con la presenza dell'indagato o dell'imputato, non detenuto né internato, lo invitino a dichiarare o eleggere domicilio – fisico o digitale – «per le notificazioni» degli atti di *vocatio in iudicium* sopra indicati. Coerentemente, nell'art. 164 cod. proc. pen. – la cui rubrica è stata significativamente sostituita con la locuzione "Efficacia della dichiarazione o dell'elezione di domicilio" – è stato eliminato il riferimento alla validità di tale atto «per ogni stato e grado del procedimento».

In breve, sebbene la norma non richieda espressamente che la dichiarazione o elezione di domicilio sia successiva alla pronuncia oggetto di impugnazione, l'orientamento di che trattasi ritiene che l'interpretazione preferibile, coerente con la *ratio* della norma e con una lettura sistematica delle nuove disposizioni in tema di notificazioni introdotte dal d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, sia fondata sulla perdita di efficacia della dichiarazione o elezione di domicilio effettuata nella fase delle indagini preliminari o in primo grado, e sulla necessità che l'impugnazione sia legata ad un'attuale e consapevole volontà di impugnare la sentenza e di indicare il domicilio per la nuova fase impugnatoria. Ai fini dell'ammissibilità dell'impugnazione, pertanto, non possono ritenersi valide le dichiarazioni o elezioni di domicilio effettuate nel precedente grado di giudizio.

A tale opzione interpretativa si è contrapposto un consapevole differente orientamento, secondo cui l'onere previsto a pena di inammissibilità dall'art. 581, comma 1-*ter,* cod. proc. pen. è assolto con l'allegazione della dichiarazione o elezione di domicilio intervenuta anche prima della pronuncia della sentenza di primo grado (Sez. 2, n. 8014 dell'11/01/2024, El Janati, Rv. 285936-01; Sez. 2, n. 16480 del 19/04/2024, Miraoui, Rv. 286269-01; Sez. 6, n. 22287 del 3/06/2024, Fall, Rv. 286625-01; Sez. 2, n. 23275 del 10/06/2024, Recchia, Rv. 286361-01; Sez. 2, n. 27785 del 13/06/2024, Pulyk, n.m., Sez. 6, n. 34035 del 21/06/2024, Abeni, n.m.; Sez. 4, n. 36463 del 11/06/2024, Ferrari; Sez. 3, n. 35328 del 04/06/2024, C.).

A sostegno di tale orientamento, si valorizza innanzitutto il dato letterale dell'art. 581, comma 1-*ter,* cod. proc. pen., dal quale non emerge la specifica previsione che si debba allegare la procura ad impugnare, ma solo che si debba depositare la dichiarazione o elezione di domicilio diversamente dalla disposizione di cui all'art. 581, comma 1-*quater,* cod. proc. pen. secondo cui, invece, solo nel caso di imputato assente nel corso del giudizio di primo grado, sia depositato a pena di inammissibilità lo specifico mandato a impugnare conferito al difensore dopo la pronunzia della sentenza impugnata contenente anche l'elezione o dichiarazione di domicilio per la notifica dell'atto introduttivo dell'appello.

In definitiva, secondo tale orientamento, l'art. 581, comma 1-*ter,* cod. proc. pen. non richiede che la dichiarazione o elezione di domicilio (che, a pena di inammissibilità, deve essere allegata all'atto di impugnazione) sia stata rilasciata necessariamente dopo la pronuncia della sentenza di primo grado.

In alcune sentenze è stato ritenuto sufficiente lo specifico richiamo alla precedente elezione di domicilio presente in atti (Sez. 2, Miraoui, cit.), in quanto idoneo a consentire una valida e certa notificazione del decreto di citazione per il giudizio di appello e costituente una vera e propria allegazione assimilabile al deposito purché, tuttavia, (così, Sez. 3, n. 35328 del 2024, cit.) «tale richiamo sia preciso, puntuale, espresso e tale da consentire agli organi deputati a eseguire la notificazione del decreto che dispone il giudizio impugnatorio l'immediata ed inequivoca individuazione del luogo ove questa deve essere eseguita».

4. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite De Felice.

Le Sezioni Unite, con la sentenza n. 13808 del 24 ottobre 2024, depositata l'8 aprile 2025, nel trattare la questione sottoposta al suo esame, ha ritenuto *in primis* di dover affrontare la problematica concernente l'incidenza sulla *quaestio* dell'abrogazione, senza indicazione di alcuna disciplina transitoria, del comma 1-ter dell'art. 581 cod. proc. pen. ad opera dalla legge 9 agosto 2024, n. 114, entrata in vigore il 25 agosto 2024 e quindi di dover stabilire se, ai fini della applicabilità della disciplina contenuta nell'art. 581, comma 1-*ter*, cod. proc. pen., si debba avere riguardo alla data della sentenza impugnata ovvero alla data di presentazione dell'impugnazione.

Il Supremo Consesso, quindi, dopo aver passato in rassegna le precedenti decisioni giurisprudenziali in tema di successione nel tempo di leggi processuali – e in particolare le Sez. U, n. 27614 del 29/03/2007, Lista, Rv. 236536-01 che ha deciso, precipuamente, la questione riguardante la facoltà di proporre impugnazione e non quella concernente, come nel caso in esame, le modalità stabilite per la presentazione dell'atto d'appello – ha ritenuto che la corretta applicazione dell'art. 11 preleggi esclude che per determinare la disciplina applicabile debba aversi riguardo al momento della pronuncia da impugnare ed ha espressamente affermato che «qualora, come nel caso in esame, si discorra delle modalità di compimento di un atto processuale che, come l'atto d'impugnazione, considerato isolatamente e nel suo aspetto formale (non, dunque, nella prospettiva del diritto di proporre l'impugnazione e della legge a esso applicabile), abbia effetti istantanei, che si esauriscono senza residui nel suo puntuale compimento, debba aversi riguardo, in applicazione del principio di cui all'art. 11 preleggi, alla disciplina vigente al momento del compimento dell'atto stesso» e ha quindi affermato, sul punto, il seguente principio di diritto: «La disciplina contenuta nell'art. 581, comma 1-*ter*, cod. proc. pen. – abrogata dalla legge 9 agosto 2024, n. 114, in vigore dal 25 agosto 2024 – continua ad applicarsi alle impugnazioni proposte sino al 24 agosto 2024».

Sulla questione espressamente rimessale dalla Quinta Sezione , le Sezioni Unite, dopo aver esaminato i contrapposti orientamenti, hanno aderito al secondo degli orientamenti riportati fornendo comunque alcune precisazioni.

Dopo aver sottolineato la differenza, sul piano testuale, tra la previsione dell'art. 581, comma 1-*ter*, cod. proc. pen. (secondo cui «con l'atto d'impugnazione delle parti private e dei difensori è depositata, a pena d'inammissibilità, la dichiarazione o elezione di domicilio, ai fini della notificazione del decreto di citazione a giudizio») e quella di cui al successivo comma 1-*quater* del medesimo art. 581 cod. proc. pen., (secondo il quale «nel caso di imputato rispetto al quale si è proceduto in assenza, con l'atto d'impugnazione del difensore è depositato, a pena d'inammissibilità, specifico mandato ad impugnare, rilasciato dopo la pronuncia della sentenza e contenente la dichiarazione o l'elezione di domicilio dell'imputato, ai fini della notificazione del decreto di citazione a giudizio») ha conseguentemente affermato, valorizzando anche la volontà legislativa di assicurare impugnazioni proposte da imputati "consapevoli", che dal confronto di siffatte disposizioni si ricava che per l'imputato, presente nel giudizio di primo grado, non è richiesto che la dichiarazione o elezione di domicilio, da depositare a pena d'inammissibilità unitamente all'atto d'impugnazione, sia "nuova", ossia formata successivamente alla pronuncia della sentenza impugnata e funzionale alla proposizione dell'impugnazione, in quanto tale ulteriore condizione è richiesta soltanto e in modo espresso per l'imputato giudicato in assenza. È solo quest'ultimo, pertanto, che, al fine di consentire la verifica della sua effettiva sua volontà di impugnare la sentenza di primo grado, ha l'onere di rilasciare uno specifico mandato a impugnare successivo alla pronuncia della sentenza, cui deve essere allegata anche la dichiarazione o elezione di domicilio. Siffatta verifica non è, invece, necessaria per l'imputato presente, di cui si presume la sussistenza della volontà di impugnare, che non ha, quindi, l'onere di conferire un nuovo mandato, ma deve solo limitarsi, al fine di agevolare la citazione a giudizio, al deposito o all'allegazione di un' elezione di domicilio anche antecedente alla sentenza impugnata. Tale ricostruzione, evidenziano ancora le Sezioni Unite, è in linea con il nuovo testo dell'art. 164 cod. proc. pen. che, nel delimitare l'efficacia della dichiarazione e dell'elezione di domicilio, ne prevede espressamente la perdurante validità «per le notificazioni dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare, degli atti di citazione in giudizio ai sensi degli articoli 450, comma 2, 456, 552 e 601, nonché del decreto penale, salvo quanto previsto dall'art. 156, comma 1». Tale previsione consente, dunque, osservano le Sezioni Unite, di avvalersi, ai fini, tra l'altro, della notificazione del decreto di citazione per il giudizio di appello, del domicilio precedentemente dichiarato o eletto, nonostante la mutata disciplina della dichiarazione o elezione di domicilio, che non ha più durata illimitata, come previsto prima delle modifiche introdotte dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, in quanto ne è stata espressamente stabilita la perdurante validità soltanto ai fini indicati (tra cui proprio la notificazione del decreto di citazione per il giudizio di appello). Siffatta conclusione non si pone neppure in contrasto con quanto stabilito dall'art. 157-*ter*, comma 3, cod. proc. pen. a norma del quale è richiesto solo che la dichiarazione o elezione di domicilio siano idonee al raggiungimento dello scopo voluto dal legislatore attraverso l'introduzione della disposizione di cui all'art. 581, comma 1-ter, cod. proc. pen., scopo da individuarsi nell'esigenza di consentire la certa e regolare notificazione del decreto di citazione per il giudizio di appello, attraverso l' inequivoca individuazione del domicilio, dichiarato o eletto, presso il quale eseguire tale notificazione.

Diversamente, osservano ancora le Sezioni Unite, si introdurrebbe per via interpretativa un onere sanzionato a pena di inammissibilità della impugnazione non espressamente previsto e in contrasto, quindi, con il pacifico principio di diritto processuale secondo cui

le disposizioni che contemplano oneri sanzionati a pena di inammissibilità della domanda o dell'impugnazione sono di stretta interpretazione, incidendo le stesse sul diritto di difesa e sul suo diritto all'accesso al giudizio di impugnazione che, anche per la giurisprudenza sovranazionale, non possono essere assoggettati a oneri sanzionati con l'inammissibilità della domanda o della impugnazione se ciò non è espressamente stabilito.

In conclusione, quindi, le Sezioni Unite hanno affermato che in base all'articolo 581, comma 1-*ter* cod. proc. pen., la dichiarazione all'elezione di domicilio da depositare a pena di inammissibilità unitamente all'atto dell'appello non necessariamente deve essere successiva alla pronuncia della sentenza impugnata in quanto anche una precedente dichiarazione o elezione di domicilio consentono il raggiungimento del fine perseguito dal legislatore. Per le medesime ragioni tali atti non devono necessariamente essere uniti materialmente all'atto di impugnazione potendo essere in esso anche solo richiamati purché, tale richiamo, sia chiaro, specifico e inequivoco e permetta, senza bisogno di ulteriori indagini e senza difficoltà, di individuarli con immediatezza nel fascicolo processuale in modo da consentire la rapida e certa notificazione del decreto di citazione per il giudizio in appello così assicurando la salvaguardia delle esigenze di celerità e certezza sottese alle previsioni di cui all'articolo 581, comma 1-*ter*, cod. proc. pen.

In ultimo, hanno sottolineato, che nel caso di plurime dichiarazioni o elezioni di domicilio sarà onere del difensore dell'imputato appellante indicare con chiarezza in modo inequivoco nell'atto di impugnazione quale sia la dichiarazione o elezione di domicilio da utilizzare per notificare all'imputato il decreto di citazione per il giudizio di appello, in modo tale da consentire così l'immediata inequivoca individuazione del luogo presso cui eseguire tale notificazione. Non può invece ritenersi sufficiente il generico richiamo a una dichiarazione o elezione di domicilio che non consenta la sua immediata individuazione nel fascicolo processuale e non permetta, quindi, di individuare con certezza il luogo presso il quale eseguire, in funzione della sollecita e regolare citazione, la notificazione del decreto di citazione per il giudizio in appello.

In conclusione , dunque, le Sezioni Unite hanno affermato il seguente principio di diritto: ««In tema di impugnazioni, l'onere del deposito dell'elezione o della dichiarazione di domicilio, previsto, a pena di inammissibilità dell'atto d'impugnazione, dall'art. 581, comma 1-*ter*, cod. proc. pen., può essere assolto anche con il richiamo espresso e specifico, in esso contenuto, a una precedente dichiarazione o elezione di domicilio e alla sua collocazione nel fascicolo processuale, tale da consentire l'immediata e inequivoca indicazione del luogo in cui eseguire la notificazione.» .

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. U, n. 27614 del 29/03/2007, Lista, Rv. 236537-01;
Sez. U, n. 13808 del 24/10/2024, dep. 2025, De Felice, Rv. 287855-01;
Sez. U, n. 13808 del 24/10/2024, dep. 2025, De Felice, Rv. 287855-02.

Sentenze espressione della prima opzione interpretativa.

Sez. 2, n. 10924 del 14/12/2023, dep. 2024, Ripa, n.m.;
Sez.6, n. 43320 del 26/9/2023, Rossi, n.m.;
Sez. 4, n. 47417 del 28/9/2023, Hafsa, n.m.;
Sez. 4, n. 44376 del 19/10/2023, n.m, Marino;
Sez. 2, n. 47946 del 9/11/2023, n.m., Delfini;
Sez. 4, n. 39 del 14/12/2023, dep. 2024, Iorio, n.m.;
Sez. 5, n. 1177 del 28/11/2023, dep. 2024, Pasquale Mauro, n.m.;
Sez. 2, n. 2024 del 24/11/2023, dep. 2024, Cristiano, n.m.;
Sez. 5, n. 3118 del 10/01/2024, Mohamed Ahmad Hasa, Rv. 285805-01;
Sez. 2, n. 4796 del 21/12/2023, dep. 2024, Noto, n. m.;
Sez. 2, n. 4810 del 16/1/2024, Cianchetti, n.m.;
Sez. 6, n. 7020 del 16/1/2024, Mirabile, Rv. 285985;
Sez. 1, n. 8607 del 13/12/2023, dep. 2024, Kalo, n.m.;
Sez. 5, n. 10170 del 10/01/2024, Ilardo, n.m.;
Sez. 5, n. 10172 del 10/01/2024, Guida, n.m.;
Sez. 5, n. 10171 del 10/01/2024, Cristilli, n.m.;
Sez. 5, n. 10453 del 10/01/2024, Abdoola, n.m.;
Sez. 2, n. 13409 del 27/02/2024, Da Rold, n.m.;
Sez. 5, n. 17055 del 23/04/2024, Cappiello, Rv. 286357-01;
Sez. 3, n. 17737 del 23/1/2024, Mavilla, n.m.;
Sez. 3, n. 17821 del 20/2/2024, Bonsi, n.m.;
Sez. 4, n. 18605 del 22/3/2024, Coratella, n.m.;
Sez. 2, n. 19547 del 14/3/2024, Deidda, Rv. 286521-01,
Sez. 6, n. 22820 del 16/04/2024, Bonetti, n.m.;
Sez. 2, n. 23462 del 12/04/2024, Cosentino, Rv. 286374-01;
Sez. 5, n. 46831 del 22/9/2023, Iacuzio, n.m.

Sentenze espressione della seconda opzione interpretativa.

Sez. 2, n. 8014 del 11/01/2024, El Janati, Rv. 285936-01;
Sez. 2, n. 16480 del 19/04/2024, Miraoui, Rv. 286269-01;
Sez. 6, n. 21903 del 24/4/2024, Diallo n.m.;
Sez. 6, n. 25835 del 2/05/2024, Trommino, n.m.;
Sez. 2, n. 27386 del 8/05/2024, Monticelli, n.m. ;
Sez. 2, n. 20515 del 9/5/2024, Casà, n.m.;

Sez. 2, n. 28566 del 22/05/2024, Abo, n.m.;
Sez. 6, n. 31604 del 23/05/2024, Scarafile, n.m.;
Sez. 6, n. 22287 del 3/06/2024, Fall, Rv. 286625-01;
Sez. 2, n. 35328 del 4/6/2024, Corradi, n.m.
Sez. 2, n. 23275 del 10/06/2024, Recchia, Rv. 286361-01;
Sez. 2, n. 27785 del 13/06/2024, Pulyk, n.m.;
Sez. 6, n. 34035 del 21/06/2024, Abeni, n.m.;
Sez. 6, n. 32702 del 10/07/2024, Lahniche, n.m.

CAPITOLO IV

REGOLA DI GIUDIZIO DA APPLICARE AL GIUDIZIO SUGLI INTERESSI CIVILI ALL'ESITO DELLA PRONUNCIA DI PRESCRIZIONE DEL REATO IN APPELLO ALLA LUCE DELLA INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALMENTE CONFORME DELL'ART. 578 COD. PROC. PEN. FORNITA DALLA SENTENZA COSTITUZIONALE N. 182 DEL 2021

(di Claudia Terracina)

SOMMARIO: 1. La questione controversa. – 2. La sentenza a Sezioni Unite *Tettamanti*. – 3. La sentenza interpretativa di rigetto n. 182 del 2021. – 4. La soluzione delle Sezioni Unite.

1. La questione controversa.

Con ordinanza n. 30386 del 2 luglio 2023, la Quarta Sezione della Corte di cassazione ha rimesso la decisione alle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 618, comma 1-*bis*, cod. proc. pen., ritenendo di doversi discostare, nel decidere la questione loro proposta, dal principio di diritto espresso da **Sez. U, n. 35490 del 28/05/2009, Tettamanti**: «*il proscioglimento nel merito prevale sulla causa estintiva, pur nel caso di accertata contraddittorietà o insufficienza della prova, quando ai sensi dell'art. 578 c.p.p., il giudice di appello – intervenuta una causa estintiva del reato – sia chiamato a valutare il compendio probatorio ai fini delle statuizioni civili*».

Ad avviso della Sezione remittente, la necessità di discostarsi dalla pronuncia *Tettamanti* consegue alla sua inconciliabilità con i principi affermati dalla sentenza della Corte costituzionale n. 182 del 2021, che, rigettando la questione di legittimità costituzionale dell'art. 578 cod. proc. pen. in relazione al rispetto della presunzione di non colpevolezza, ne ha fornito l'interpretazione "costituzionalmente conforme", tracciando i limiti entro i quali il potere del giudice di appello di conoscere ai fini civili di un fatto reato estinto per intervenuta prescrizione possa esplicarsi in conformità ai principi costituzionali e convenzionali.

Questa la vicenda: la Corte di appello, nel riformare la condanna in primo grado per omicidio colposo, rilevata l'estinzione del reato per prescrizione maturata dopo la sentenza di primo grado, tenuto conto della costituzione delle parti civili ed esaminati i fatti nel merito, assolveva l'imputato ai sensi dell'art. 530, comma 2, cod. proc. pen., ritenendo che l'istruttoria dibattimentale non avesse fatto emergere la prova della penale responsabilità oltre ogni ragionevole dubbio.

Le parti civili costituite ricorrevano per cassazione, deducendo, tra l'altro, che, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 182 del 2021, il giudice avrebbe dovuto allineare la decisione alla interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 578 cod. proc. pen. ivi indicata.

Pertanto, esclusa l'evidenza della prova della innocenza dell'imputato, la Corte territoriale avrebbe dovuto dichiarare la prescrizione del reato, prosciogliendo l'imputato con pronuncia *ex* art. 129, comma 1, cod. proc. pen. Nel provvedere sull'impugnazione ai soli effetti civili, confermando, riformando o annullando la condanna emessa nel precedente grado di giudizio, il giudice doveva limitarsi a valutare il fatto sotto il mero profilo della responsabilità aquiliana, secondo la regola di giudizio del «più probabile che non», senza poter riconoscere, neppure *incidenter tantum*, la responsabilità dell'imputato per il reato estinto.

La Quarta Sezione, dopo aver richiamato il principio espresso da **Sez. U, *Tettamanti*** e dalla successiva giurisprudenza che, sul solco di tale pronuncia, ha affermato il principio

secondo cui il giudice di appello, al ricorrere di una sopravvenuta causa estintiva del reato, deve valutare il compendio probatorio secondo gli ordinari criteri di esaustività e completezza, ha analizzato i termini della pronuncia costituzionale.

Ha osservato come la Corte costituzionale – nell'escludere che il meccanismo decisionale di cui all'art. 578 cod. proc. pen. consentisse la persistenza di una valutazione di responsabilità penale, nel giudizio sulla responsabilità civile, anche in presenza di un reato prescritto – in realtà non affronti direttamente la questione riguardante la «*compressione dello spazio per l'assoluzione dell'imputato*», a fronte di un compendio probatorio insufficiente. Anzi, secondo la Sezione remittente, dalle argomentazioni della pronuncia costituzionale non è dato desumere che le conclusioni cui giunge valgano solo nel caso in cui risulti esclusa la possibilità di un'assoluzione nel merito. Infatti, ciò implicherebbe la scissione del giudizio in due fasi – la prima, condotta «*secondo le direttive delle* **Sez. U, *Tettamanti***» e, «*ove esclusa la possibilità di assoluzione nel merito*», la seconda da svolgere secondo le regole dettate dalla Corte costituzionale, soluzione talmente innovativa che, se la Consulta l'avesse voluta prospettare, lo avrebbe certamente indicato «*a chiare lettere*».

In presenza di proscioglimento per prescrizione, dunque, il giudice di appello deve sempre procedere a valutare i profili di responsabilità aquiliana secondo le regole dell'azione civile. La Sezione remittente, sposando la soluzione indicata dalla Corte costituzionale, ha evidenziato come essa «*pare comporre in un ragionevole equilibrio i diversi valori in gioco, ponendosi nella linea di tendenza anche normativa di una sempre più evidente distinzione tra azione penale e azione civile*», mentre «*la pronuncia delle* ***Sez. U. Tettamanti*** *è espressione di un diritto vivente per il quale la presunzione di innocenza non è chiamata a svolgere, nell'ambito dei rapporti tra azione penale ed azione civile, il ruolo di principio ordinatore, e si inscrive in un contesto culturale che trasmette all'azione civile le regole del giudizio penale in cui è stata ospitata*».

L'adesione all'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale, nel caso in esame, comporterebbe dunque, secondo la Sezione remittente, la disapplicazione del principio formulato dalle Sezioni Unite ***Tettamanti*** che aveva ispirato la Corte d'appello nell'assolvere l'imputato per insufficienza di prove, rimetteva la decisione alle Sezioni Unite.

Il Supremo organo nomofilattico, in premessa, chiariva che la remissione non era necessaria in un caso come quello in esame, in cui la Sezione semplice intendesse discostarsi dal principio di diritto espresso delle Sezioni Unite in seguito ad una pronuncia della Corte costituzionale, anche interpretativa di rigetto – o anche per modifica normativa – ma che comunque la questione era stata ritenuta dalla Prima presidente di "particolare importanza" e dunque trattenuta per la decisione.

Questo il perimetro della questione di diritto oggetto del potenziale contrasto con la sentenza *Tettamanti*:

«Se, nel giudizio di appello promosso avverso la sentenza di condanna dell'imputato anche al risarcimento dei danni, il giudice, intervenuta nelle more l'estinzione del reato per prescrizione, possa pronunciare l'assoluzione nel merito anche a fronte di prove insufficienti o contraddittorie, sulla base della regola di giudizio processual-penalistica dell' "oltre ogni ragionevole dubbio", ovvero debba far prevalere la declaratoria di estinzione del reato per prescrizione, pronunciandosi sulle statuizioni civili secondo la regola processual-civilistica del "più probabile che non"».

2. La sentenza a Sezioni Unite *Tettamanti*.

Punto di partenza è l'analisi della motivazione della sentenza ***Tettamanti***. La questione controversa esaminata dalle Sezioni Unite in quell'arresto ha avuto riguardo, in primo luogo,

ai rapporti tra la declaratoria immediata di determinate cause di non punibilità, ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen. (nella fattispecie, la prescrizione) e la pronuncia assolutoria per insufficienza o contraddittorietà della prova, ai sensi dell'art. 530, comma 2, cod. proc. pen.

In particolare, la questione è stata così sintetizzata in sentenza: «*se il proscioglimento nel merito prevalga rispetto alla dichiarazione immediata di una causa di non punibilità nel caso di contraddittorietà o insufficienza della prova*».

Le Sezioni Unite hanno dato al quesito risposta positiva chiarendo che la formula di proscioglimento nel merito non prevale sulla dichiarazione immediata della causa di non punibilità nel caso di contraddittorietà o insufficienza della prova. È stato così affermato che quel proscioglimento prevale sulla causa di estinzione del reato solo nel caso di cui al secondo comma dell'art. 129 cod. proc. pen., in cui i relativi presupposti dell'inesistenza del fatto, della sua irrilevanza penale, del non averlo l'imputato commesso, risultino dagli atti in maniera incontrovertibile, tanto da non richiedere alcuna ulteriore dimostrazione, avuto riguardo alla chiarezza della situazione processuale.

In sede di appello, in presenza di parte civile, tuttavia, ai sensi e per gli effetti dell'art. 578 cod. proc. pen., le esigenze di speditezza processuale vengono meno e la formula assolutoria nel merito deve prevalere rispetto alla causa di estinzione del reato e ciò «*non solo nel caso di acclarata piena prova di innocenza, ma anche in presenza di prove ambivalenti, posto che alcun ostacolo procedurale, né le esigenze di economia processuale (…) possono impedire la piena attuazione del principio del favor rei con l'applicazione della regola probatoria di cui al secondo comma dell'art. 530 del codice di rito*». Infatti, l'enunciato dell'art. 578 cod. proc. pen., richiedendo al giudice penale l'accertamento del diritto al risarcimento del danno, apre di nuovo al contraddittorio e alla piena cognizione, sicché l'esigenza di speditezza del processo che giustifica altrimenti la prevalenza della pronuncia di estinzione del reato recede dinanzi al diritto di difesa e impone una valutazione piena del materiale probatorio secondo le ordinarie regole penalistiche e l'assoluzione anche ai sensi dell'art. 530, comma 2, cod. proc. pen.

Le Sezioni Unite evidenziano come il principio enunciato dalla sentenza ***Tettamanti*** non esaurisca il perimetro delle questioni applicative dell'art. 578 cod. proc. pen., e citano la motivazione della sentenza **Sez. U, n. 46688 del 29/09/2016, Schirru, Rv. 267885-01**, in cui si ribadisce il potere del giudice penale di giudicare agli effetti civili «*anche in caso di declaratoria di prescrizione del reato, ossia in difetto di condanna dell'imputato agli effetti penali*». Richiamano poi le numerose pronunce che, fondandosi sul principio espresso dalla sentenza ***Tettamanti*** ne hanno tratto importanti corollari, tra cui quello che «*l'illegittima negazione del giudizio di appello a cognizione piena può determinare da parte della Corte di cassazione l'annullamento con rinvio al giudice penale della sentenza che abbia dichiarato la prescrizione pure a fronte della richiesta dell'imputato di un proscioglimento nel merito*» (**Sez. 2, n. 21071 del 15/02/2023, Tonel, non massimata; Sez. 2, n. 8327 del 24/11/2021 (dep. 2022), Salvatore, Rv. 282815-01; Sez. 5, n. 46780 del 20/09/2021, Nobile, Rv. 282380-01**).

Il richiamo alle pronunce di legittimità che si sono conformate ai principi della sentenza ***Tettamanti*** ne confermano, dunque, la natura di "diritto vivente", secondo i parametri assunti dalla giurisprudenza costituzionale.

3. La sentenza interpretativa di rigetto n. 182 del 2021.

Le Sezioni Unite, nell'affrontare il quesito posto dalla ordinanza di rimessione, si soffermano sul percorso argomentativo della sentenza interpretativa di rigetto **n. 182 del 2021**.

Viene fatto cenno alla ricostruzione operata dalla Consulta del quadro normativo di riferimento, sotto il profilo dell'accessorietà dell'azione civile ove presentata nel giudizio

penale, e dei rapporti tra azione civile e poteri cognitivi del giudice penale, in primo grado e in appello. Citando la sentenza costituzionale, si evidenzia che: mentre in primo grado la pronuncia di proscioglimento esime il giudice penale dallo statuire sulla domanda restitutoria o risarcitoria, in sede di impugnazione tali regole «*deflettono a favore del diritto di azione della parte civile, essendo assegnato al giudice del gravame il potere-dovere di provvedere sulla domanda civile, pure in presenza di una pronuncia di proscioglimento, ossia in assenza dell'accertamento della responsabilità penale*».

Quali deroghe al regime dell'accessorietà, la Consulta ha indicato quelle contenute in varie disposizioni del codice di rito: «*l'art. 576 cod. proc. pen., che conferisce al giudice dell'impugnazione il potere di decidere sulla domanda al risarcimento del danno e alle restituzioni pur in mancanza di una precedente statuizione sul punto*», l'art. 578 cod. proc. pen. – a mente del quale, presupposti del potere del giudice dell'impugnazione di deliberare sulla pretesa civilistica sono l'emissione di una valida condanna nel grado di giudizio precedente, impugnata dall'imputato, alla quale sia sopravvenuta una causa estintiva del reato (amnistia o prescrizione), la circostanza che il proscioglimento non sia stato pronunciato nel merito (in quanto «*all'eventuale assoluzione dall'imputazione penale pronunciata dal giudice dell'impugnazione non segue la decisione sul capo civile*»). – e l'art. 622 cod. proc. pen.

Vengono riportate le conclusioni raggiunte dalla Corte costituzionale, ovvero che il sindacato del giudice di appello, nel decidere sulla azione civile a seguito della sopravvenienza di una causa di estinzione del reato, non può estendersi ai profili di colpevolezza penalmente rilevanti, ostandovi il principio di presunzione di innocenza, così come declinato dalla giurisprudenza di Strasburgo nella interpretazione dell'art. 6 CEDU e dell'art. 48 della Carta di Nizza.

Le Sezioni Unite ripercorrono poi le argomentazioni della sentenza n. 182 del 2021, evidenziando, in particolare, i punti in cui si confronta con la sentenza ***Tettamanti***. Evidenziano come la Consulta si ponga in continuità con l'enunciato della sentenza ***Tettamanti*** nel ribadire che, nella situazione processuale descritta dall'art. 578 cod. proc. pen., il giudice di appello è tenuto a svolgere un apprezzamento "pieno" ed "integrale" del materiale probatorio, ma che tale apprezzamento «*non presuppone (né implica) che il giudice, nel conoscere della domanda civile debba altresì formulare, esplicitamente o meno, un giudizio sulla colpevolezza dell'imputato e debba effettuare un accertamento, principale o incidentale, sulla sua responsabilità penale*». Compito del giudice dell'impugnazione è infatti solo verificare se la condotta sia stata idonea a provocare un "danno ingiusto" secondo l'art. 2043 cod. civ., né la circostanza che il processo si svolga con le regole processuali e probatorie penali muta la natura civile dell'accertamento.

4. La soluzione delle Sezioni Unite.

Dopo avere richiamato gli snodi argomentativi della sentenza ***Tettamanti***, ricordato le pronunce che ne hanno applicato e sviluppato i principi, le Sezioni Unite risolvono il quesito posto dalla Quarta Sezione escludendo che la lettura dell'art. 578 cod. proc. pen. operata dal giudice delle leggi contrasti con il "diritto vivente" espresso dalla pronuncia ***Tettamanti*** e dalle altre pronunce di legittimità che ne hanno fatto applicazione.

In premessa, richiamano i confini del «*vincolo negativo di interpretazione*» posto dalle sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale, che osta alla attribuzione, da parte del giudice *a quo* della «*portata esegetica ritenuta non corretta dalla Corte costituzionale, pur restando libero di optare a favore di differenti soluzioni ermeneutiche che, ancorché non coincidenti con quelle della sentenza interpretativa di rigetto, non collidano con norme e principi costituzionali*». Nel caso della sentenza **n. 182 del 2021**, il "vincolo

negativo" implica «*che l'art. 578 cod. proc. pen. non può essere interpretato nel senso che l'accertamento della responsabilità civile da parte del giudice di appello penale, esaurita la vicenda penale con la declaratoria di prescrizione del reato, equivalga ad affermazione, sia pur incidenter tantum, di responsabilità penale*».

Osservano quindi, citando la sentenza costituzionale, che «*la situazione processuale della sentenza* ***n. 182 del 2021*** *riguarda il caso in cui il giudice dell'impugnazione penale (giudice di appello o Corte di cassazione), spogliatosi della cognizione sulla responsabilità penale dell'imputato a seguito della declaratoria di estinzione del reato per sopravvenuta prescrizione (o per sopravvenuta amnistia), deve provvedere – in applicazione della disposizione censurata – sull'impugnazione ai soli effetti civili. Il vincolo negativo di interpretazione dell'art. 578 cod. proc. pen. esclude allora che l'accertamento della responsabilità civile equivalga de facto ad una affermazione di responsabilità penale*».

Il principio espresso da **Sez. U, Tettamanti** opera, invece, nel caso in cui non sia venuta meno per il giudice dell'impugnazione penale la cognizione sulla responsabilità penale dell'imputato. Pertanto, «*l'esigenza di tutela della presunzione d'innocenza nei rapporti tra proscioglimento in rito dall'accusa penale e potere cognitivo del giudice dell'impugnazione sugli interessi civili non si pone nell'ambito applicativo del principio espresso da Sez. U, Tettamanti, concernente la possibilità per il giudice penale di privilegiare l'assoluzione nel merito dall'accusa penale sulla declaratoria di prescrizione, con parallela revoca delle statuizioni civili*.»

Tale soluzione, ad avviso della Corte, non solo «*non pone in discussione la presunzione di innocenza, in linea con la giurisprudenza di Strasburgo*», ma si si conforma pienamente alla tutela dei diritti di difesa di origine convenzionale assicurando, un livello di garanzie persino superiore rispetto allo standard minimo da essa richiesto.

La differente prospettiva con cui le due pronunce guardano alla cognizione del giudice di appello risulta anche da un passaggio motivazionale della sentenza n. 182 del 2021, in cui si precisa che la disposizione dettata dall'art. 578 cod. proc. pen. «*non opera né nelle ipotesi di proscioglimento nel merito (all'eventuale assoluzione dall'imputazione penale pronunciata dal giudice dell'impugnazione non segue la decisione sul capo civile), né nell'ipotesi di cause estintive del reato diverse dalla prescrizione o dall'amnistia*».

Le Sezioni Unite passano, infine, ad analizzare i possibili profili di attrito con la normativa eurounitaria così come interpretata dalla giurisprudenza CEDU e CGUE.

Esaminano dapprima la Direttiva U.E. 2016/343 del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali e la relativa normativa interna di adeguamento (d.lgs. 8 novembre 2021, n. 188), sottolineando come, nelle decisioni diverse da quella sulla responsabilità penale e ad essa collegate, la prospettazione del principio di non colpevolezza inerisce esclusivamente alle modalità espressive cui l'autorità giudiziaria deve attenersi, al fine di non manifestare il convincimento che la persona sia colpevole, avendo la Direttiva quale oggetto specifico la declinazione delle garanzie dell'imputato nel processo penale.

Si soffermano, poi, sulla giurisprudenza della Corte EDU e sulla consolidata giurisprudenza che ritiene la presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 6 § 2 della CEDU declinabile, oltre che all'interno del processo, anche nel suo profilo "ultraprocessuale" volto, cioè, ad impedire che le persone che hanno beneficiato di un proscioglimento siano trattate da agenti o da autorità pubbliche come se fossero in realtà colpevoli del reato loro imputato. Nella pronuncia della Corte EDU, 12/07/2013, Allen c. Regno Unito, § 94, è affrontato il tema della applicabilità del principio di non colpevolezza nel "procedimento ulteriore", stabilendo che è il ricorrente a dover dimostrare il nesso tra il procedimento penale e quello "ulteriore".

Nella giurisprudenza EDU è consolidata l'interpretazione dell'art. 6 § 2 nel senso della sua applicabilità al giudizio di risarcimento del danno da reato negli ordinamenti nazionali nei quali vi è concomitanza di giudizio su responsabilità penale e diritto al risarcimento del danno (**Corte EDU 25/07/1993, Sekanina c. Austria, § 22; Corte EDU, 21/03/2000, Rushiti c. Austria, § 27; Corte EDU, 20/12/2001, Weixelbraun c. Austria, § 24**). La Corte EDU ha affermato che la decisione sul risarcimento civile potrebbe implicare l'affermazione di colpevolezza (**Corte EDU, 11/02/2003, Y c. Norvegia, § 4**) e, in relazione al giudizio civile interno al procedimento penale, è indicato come "procedimento ulteriore" anche quello interno al procedimento penale ed assegnato al giudice penale a seguito di declaratoria di prescrizione del reato (oggetto di **Corte EDU, 20/10/2020, Pasquini c. Repubblica di San Marino**), per concluderne che «*nella giurisprudenza della Corte EDU non si rinvengono, in definitiva, affermazioni di principio dai quali si possa desumere l'obbligo di applicazione della causa estintiva del reato con prevalenza rispetto alla pronuncia assolutoria all'interno del medesimo processo penale*», e che il riferimento al giudizio civile di danno è limitato alla garanzia del rispetto dell'onore dell'autore del danno, ove prosciolto dall'accusa penale.

La conclusione cui giunge la Corte nella sua composizione più autorevole è dunque di escludere la rilevata incompatibilità tra il principio espresso da **Sez. U, *Tettamanti***, volto ad assicurare la più ampia tutela del diritto di difesa, che viene pertanto ribadito, e il rispetto della presunzione di innocenza una volta esaurito il processo penale nei procedimenti civili collegati, oggetto della normativa convenzionale e della esegesi operata dalla sentenza **n. 182 del 2021**, proprio perché detti principi operano su piani diversi e in diverse situazioni processuali.

Si osserva, anzi, che l'adesione alla tesi propugnata dalla Sezione rimettente, secondo cui dalla lettura costituzionalmente orientata della norma deriverebbe l'obbligo del giudice di appello di "dare atto" della causa estintiva sopravvenuta anche in presenza di una parte civile, salvo il caso dell'art. 129, comma 2, cod. proc. pen. (perché altrimenti ne verrebbe pregiudicata la presunzione di non colpevolezza) avrebbe il paradossale effetto «*di negare, in virtù del principio di presunta innocenza, la possibilità per il giudice di valutare i presupposti dell'assoluzione nel merito, che rappresenta l'obiettivo primario del diritto di difesa*».

Enunciano quindi il seguente principio di diritto:

*« Nel giudizio di appello avverso la sentenza di condanna dell'imputato anche al risarcimento dei danni, il giudice, intervenuta nelle more l'estinzione del reato per prescrizione, non può limitarsi a prendere atto della causa estintiva, adottando le conseguenti statuizioni civili fondate sui criteri enunciati dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 182 del 2021, ma è comunque tenuto, stante la presenza della parte civile, a valutare, anche a fronte di prove insufficienti o contraddittorie, la sussistenza dei presupposti per l'assoluzione nel merito».***(Rv. 282860-01)**

Ribadita la persistente validità dei principi espressi da **Sez. U, *Tettamanti***, le Sezioni Unite giungono ad una decisione di rigetto del ricorso presentato dalle parti civili, ritenendolo ammissibile sotto il profilo della sussistenza dell'interesse ad impugnare, in quanto la valutazione piena dei profili di responsabilità richiesta dalla regola di giudizio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" è certamente meno favorevole che la declaratoria di estinzione del reato per prescrizione, con applicazione dei canoni di giudizio propri del processo civile.

Analizzando la motivazione della sentenza di merito sui profili di colpa, ritiene che la Corte territoriale abbia fatto corretta applicazione «*della regola di giudizio secondo la quale, ai fini dell'accertamento della colpa, la regola cautelare la cui violazione integra il comportamento colposo (antidoveroso) non può essere individuata a posteriori. Soprattutto in presenza di regole regola cautelare "elastica", l'individuazione da parte del giudice del comportamento doveroso «si calibra, infatti, sulla base di circostanze contingenti e il giudizio sulla colpa non può essere disgiunto dalla conoscenza o conoscibilità ex ante di esse*».

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte EDU:
Corte EDU, 25/07/1993, Sekanina c. Austria;
Corte EDU, 21/03/2000, Rushiti c. Austria;
Corte EDU, 20/12/2001, Weixelbraun c. Austria;
Corte EDU, 11/02/2003, Y c. Norvegia;
Corte EDU, 12/07/2013, Allen c. Regno Unito.

Sentenze della Corte costituzionale:
Corte cost., n. 18 del 2021.

Sentenze della Corte di cassazione:
Sez. U, n. 35490 del 28/05/2009, Tettamanti, Rv. 244273-01;
Sez. U, n. 46688 del 29/09/2016, Schirru, Rv. 267885-01;
Sez. 5, n. 46780 del 20/09/2021, Nobile, Rv. 282380-01;
Sez. 2, n. 8327 del 24/11/2021 (dep. 2022), Salvatore, Rv. 282815- 01;
Sez. 2, n. 21071 del 15/02/2023, Tonel, non massimata.

CAPITOLO V

RESCISSIONE DEL GIUDICATO E MANDATO DI ARRESTO EUROPEO ESECUTIVO: LA GARANZIA DELLA CONSEGNA PER IL DETENUTO ALL'ESTERO

(di Stefania Riccio)

SOMMARIO: 1. L'ordinanza di rimessione: un potenziale contrasto interpretativo. – 1.1. L'indirizzo dominante: la decorrenza del termine dalla conoscenza del procedimento. – 1.2. La tesi del Collegio rimettente: il superamento dell'antinomia con la decisione quadro 2009/299/GAI. – 2. Le modifiche normative della rescissione del giudicato e le questioni di diritto intertemporale. – 3. La soluzione delle Sezioni Unite: conforme al diritto dell'Unione: la decorrenza del termine dalla consegna del detenuto.

1. L'ordinanza di rimessione: un potenziale contrasto interpretativo.

Con **sentenza n. 11447 del 24/10/2025,** dep. in data 20/3/2025, **Lacatus, le Sezioni Unite penali** hanno affermato il principio di diritto così massimato:

«Nel caso di persona richiesta in consegna in attuazione di un mandato di arresto europeo esecutivo e detenuta in carcere, il termine per proporre la rescissione del giudicato decorre dal momento della consegna del condannato».

L'ordinanza di rimessione, pronunciata dalla Sesta Sezione il 7 febbraio 2024, aveva segnalato un potenziale contrasto interpretativo in ordine alla decorrenza del termine per l'attivazione del rimedio restitutorio previsto dall'art. 629-*bis* cod. proc. pen., nell'ipotesi in cui il soggetto giudicato in assenza, richiesto in consegna con lo strumento di cooperazione del mandato di arresto europeo ad altro Stato dell'Unione, si trovi ivi in stato detentivo.

1.1. L'indirizzo dominante: la decorrenza del termine dalla conoscenza del procedimento.

L'orientamento costante di questa Corte regolatrice – vigente l'art. 629-*bis* cod. proc. pen. nella formulazione anteriore alla modifica introdotta dall'art. 36 d.lgs. n. 10 ottobre 2022 – ancorava la decorrenza del termine per proporre la domanda di rescissione del giudicato alla conoscenza del procedimento senza che, nel caso di estradizione dall'estero, potesse assumere rilievo la data della consegna, diversamente da quanto stabilito, in materia di restituzione in termini, dall'art. 175, comma 2-*bis,* cod. proc. pen. (Sez. 2, n. 51285 del 24/11/2023, Ravara, non massimata; Sez. 4 n. 48541 del 18/10/2023, Esteve, non massimata; Sez. 4, n. 31252 del 23/06/2023, Bakhri, non massimata; Sez. 5, n. 26260 del 05/05/2023, Moufid, non massimata; Sez. 6, n. 19454 del 15/03/2023, Hallal, non massimata; Sez. 4, n. 4197 del 10/01/2023, Boblea, non massimata; Sez. 4, n. 36560 del 22/09/2021, Vezuli, Rv. 281925-01; Sez. 3, n. 29592 del 20/05/2021, Carroccia, Rv. 281765-01; Sez. 1, n. 32267 del 30/10/2020, Scimone, Rv. 279994-01).

Secondo l'indirizzo in discorso, gli istituti della rescissione del giudicato e della restituzione in termini, apparentemente affini, sono in realtà ontologicamente diversi (in quanto solo il primo è una impugnazione) ed ispirati a differenti finalità, sicché la disciplina della restituzione, laddove faceva riferimento, per la decorrenza del termine per proporre la richiesta, alla conoscenza del provvedimento, secondo il canone interpretativo dell'«*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*», non poteva refluire su quella della rescissione, che correlava la decorrenza del termine per l'impugnazione straordinaria alla conoscenza, invece, del procedimento (Sez. 4, n. 36560 del 22/09/2021, Vezuli, cit.).

In altro arresto, nella medesima linea interpretativa, si era ritenuta la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale correlata a tale disciplina regolativa, prospettata per violazione degli artt. 24, comma 2, 111 e 117 Cost. in rapporto all'art. 6 Convenzione EDU, posto che, in materia, non sono ravvisabili scelte costituzionalmente obbligate (Sez. 3, n. 29592 del 20/05/2021, Carroccia, cit.).

Più in dettaglio, avuto riguardo alla formulazione delle rispettive norme, si era precisato come potesse prescindersi, ai fini della decorrenza del termine per proporre la domanda di rescissione, dalla approfondita conoscenza dei contenuti del provvedimento da rescindere, in quanto il *dies a quo* previsto a pena di inammissibilità, se collegato al concreto esercizio dell'attività difensiva, sarebbe stato privo della necessaria certezza (Sez. 3, n. 29592 del 20/05/2021, Carroccia, cit.); e che dovesse essere fatta salva, in via residuale, la possibilità di chiedere la restituzione in termini in favore del condannato il quale, a causa della complessità della vicenda processuale, non avesse potuto esercitare pienamente il diritto all'impugnazione straordinaria in un termine rivelatosi in concreto insufficiente (Sez. 1, n. 32267 del 30/10/2020, Scimone, cit.).

In tale prospettiva, si stimava che la conoscenza del procedimento potesse essere assicurata dalla acquisita conoscenza all'estero di un mandato di arresto europeo esecutivo, posto alla base di uno stato di restrizione cautelare funzionale alla successiva consegna (Sez. 4, n. 31252 del 23/06/2023, Bakhri, cit.), avuto riguardo al contenuto informativo dell'euro mandato.

1.2 La tesi del Collegio rimettente: il superamento dell'antinomia con la decisione quadro 2009/299/GAI.

Tanto premesso, il Collegio rimettente ha ravvisato un'antinomia tra l'indirizzo interpretativo sin qui delineato e l'art. 4-*bis*, par. 2, della decisione quadro 2009/299/GAI.

La norma sovranazionale stabilisce che, qualora il mandato di arresto europeo sia emesso per l'esecuzione di pena o misura di sicurezza privativa della libertà alle condizioni di cui al par. 1, lett. d) e l'interessato non sia stato in precedenza informato ufficialmente dell'esistenza di un procedimento penale a suo carico, questi può, una volta messo a conoscenza del contenuto del mandato, sollecitare la trasmissione di copia della sentenza. La richiesta, tuttavia, non ritarda né la procedura di consegna né la decisione di eseguire il mandato di arresto, in quanto la trasmissione è prevista a fini informativi e *«non costituisce notificazione ufficiale della sentenza né fa decorrere i termini applicabili per la richiesta di un nuovo processo o per la presentazione di un ricorso in appello»*.

Da tale ultimo inciso discende – secondo i Giudici rimettenti – che l'attivazione del rimedio restitutorio debba essere differita al momento della consegna nei confronti della persona *in vinculis*, e ciò sul presupposto implicito che da tale momento sia possibile l'esercizio pieno del diritto di difesa. Escluso che ricorrano le condizioni per disporre rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 267 T.F.U.E. – come il difensore aveva richiesto in linea gradata – stante la chiarezza del contenuto precettivo dell'art. 4-*bis*, cit., si è ritenuto che l'antinomia potesse ricomporsi sulla base di un'interpretazione della disciplina interna conforme alla decisione quadro, fondata sul combinato disposto degli artt. 11 e 117 Cost., non essendo conseguentemente necessario neanche il promuovimento di un incidente di legittimità costituzionale (secondo le direttrici tracciate, al riguardo, dalle sentenze della Corte costituzionale nn. 117 e 178 del 2023, n. 227 del 2010, nn. 348 e 349 del 2007).

La mancata riproduzione del contenuto della norma sovranazionale nel dettato dell'art. 629-*bis*, comma 2, cod. proc. pen. non osta a tale linea ricostruttiva, potendosi sopperire alla rilevata lacuna mediante l'applicazione per analogia del disposto dell'art. 175, comma 2-*bis*, secondo periodo, cod. proc. pen.

In ogni caso, il differimento alla data di consegna del detenuto del *dies a quo* del termine per proporre l'istanza di rescissione configura – ad avviso del Collegio rimettente – una garanzia aggiuntiva, al fine di assicurare alla persona ristretta in territorio estero la possibilità di esercitare pienamente le sue prerogative difensive, come già ritenuto da precedenti arresti di questa Corte regolatrice, sia pure con riferimento all'istituto della restituzione in termini (Sez. 5, n. 8464 del 24/01/2020, Nure, Rv. 278661-01; Sez. 4, n. 4904 del 27/11/2014, dep. 2015, Lamcja, Rv. 262027- 01); e del resto, pur con le loro differenze, restituzione in termini e rescissione del giudicato sono rimedi introdotti in ottemperanza agli obblighi internazionali, tra loro strettamente contigui.

2. Le modifiche normative della rescissione del giudicato e le questioni di diritto intertemporale.

Tanto premesso, le Sezioni Unite, al fine di precisare il tema devoluto in rapporto alla fattispecie in scrutinio, hanno ripercorso in sintesi l'evoluzione normativa dell'istituto della rescissione, originariamente disciplinato dall'art. 625-*ter* cod. proc. pen., introdotto dalla legge 28 aprile 2014, n. 67; successivamente modificato dalla legge 23 giugno 2017, n. 103, che ne ha trasferito la disciplina nel nuovo art. 629-*bis* cod. proc. pen., lasciando sostanzialmente immutati i presupposti della richiesta e i possibili esiti definitori, ma attribuendo la competenza alla Corte di appello e non più alla Corte di cassazione; da ultimo rimodulato dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, che ha ridefinito l'ambito di operatività dell'istituto in stretta correlazione con i presupposti costitutivi del processo *in absentia*, parallelamente alla riespansione dell'alveo applicativo della restituzione nel termini (in precedenza resa fruibile nei soli casi di decreto penale di condanna).

La Corte ha quindi puntualizzato che la successione di norme processuali in tema di rescissione, per effetto della entrata in vigore della riforma Cartabia, è regolata dalla norma transitoria contenuta nell'art. 89 del d.lgs. n. 150 del 2022 – posto che, per *«procedimenti pendenti»* alla data di entrata in vigore della disciplina, in tale disposizione richiamati, devono intendersi tutti i procedimenti che non abbiano esaurito del tutto i propri effetti e, dunque, anche quelli per i quali sia ancora esperibile un rimedio straordinario –, sicché, con riferimento alla fattispecie in esame, nella quale l'assenza è stata dichiarata prima della entrata in vigore del d. lgs. n. 150 cit., deve aversi riguardo alla formulazione dell'art. 629-*bis* cod. proc. pen., introdotta dalla legge 23 giugno 2017, n. 103, e deve altresì tenersi conto della concomitante formulazione dell'art. 175 cod. proc. pen.

Così perimetrato il tema di indagine in rapporto al giudizio in corso, si è osservato, sempre in via di premessa, che, nell'assetto normativo definitivamente assunto, in linea con il *discrimen* scolpito dalla Corte costituzionale, con sentenza n. 192 del 2023, se la rescissione del giudicato è rimedio restitutorio pensato per i casi di assenza "mal dichiarata" – dichiarata, cioè, in carenza dei presupposti di cui all'art. 420-*bis* cod. proc. pen. – la restituzione in termini è rimedio apprestato nei casi di una dichiarazione di assenza "normativamente consentita", a fronte della quale l'imputato nondimeno provi la mancata conoscenza, in ragione di situazioni specificamente deducibili. Di qui la complementarità funzionale dei due istituti, nati da un'esigenza comune, avallata all'attualità anche dal comune riferimento, ai fini dell'attivazione di entrambi i rimedi e della decorrenza del relativo termine, alla conoscenza della sentenza.

Venendo più specificamente al quesito devoluto, la Corte ha preso atto della mancata riproduzione espressa, nella disciplina della rescissione, di una disposizione corrispondente a quella di cui all'art. 175, comma 2-*bis,* cod. proc. pen., che, in materia di restituzione in termini, dà rilievo, ai fini della decorrenza del termine per l'attivazione del rimedio, alla

consegna del soggetto estradato dall'estero e, nondimeno, ha ritenuto che tale asimmetria non impedisca di ritenere l'operatività del medesimo termine di decorrenza, ai fini della proposizione della istanza di rescissione, nel caso di detenuto all'estero richiesto in consegna con mandato di arresto europeo.

3. Le soluzioni delle Sezioni Unite conforme al diritto dell'Unione: la decorrenza del termine dalla consegna del detenuto.

La conclusione cui sono pervenute le Sezioni Unite discende da una serie di argomenti esegetici univocamente conducenti.

3.1 Anzitutto, depongono in tal senso considerazioni di carattere storico-sistematico.

Non può dubitarsi che il riferimento all'estradizione di per sé «includa anche l'ipotesi della consegna sulla base di mandato di arresto europeo esecutivo, giacché le relative disposizioni hanno disciplinato la medesima materia nell'ambito dell'Unione europea».

Significativa è, inoltre, la genesi delle più rilevanti modifiche strutturali in tema di restituzione del termine, che hanno avuto impulso dai rilievi formulati dalla Corte di Strasburgo (Grande Camera, Sejdovic c. Italia del 1° marzo 2006; Sejdovic c. Italia del 10 novembre 2004; Corte EDU, Somogyi c. Italia del 18 aprile 2004) e dalla affermata esigenza di armonizzare il sistema restitutorio alla decisione quadro 2002/584/GAI sull'euromandato. Occorre dunque ricordare che la peculiare previsione della decorrenza del termine dalla data della consegna, nell'art. 175, cit., era stata ispirata dalla considerazione che, solo dopo la consegna estradizionale, si riespandono nella loro pienezza le facoltà difensive.

3.2. Sotto altro profilo, rileva l'analisi dei rimedi restitutori in comparazione.

Interessati nel tempo da una significativa evoluzione, pur configurati diacronicamente con caratteristiche diverse, restituzione nel termine e rescissione si inseriscono nel medesimo filone di garanzie e sottendono la medesima finalità; tesi, questa, ampiamente suffragata dalla loro sostanziale complementarietà, da ultimo confermata dalla previsione di una loro «sincronica coesistenza, come delineata dalle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 150 del 2022».

Ad una comune matrice di garanzia delle istanze di difesa sono riconducibili lo svincolo da peculiari oneri probatori e l'ampliamento – a 30 giorni – del termine per proporre il rimedio che connotano la disposizione di cui all'art. 175, comma 2-*bis*, cod. proc. pen.; a sua volta, la norma sulla rescissione è stata introdotta per assicurare un rimedio restitutorio più efficace, «destinato parimenti ad operare sul piano dell'effettività del diritto di difesa e degli strumenti a ciò preposti in caso di processo *in absentia*».

Nell'ottica delle garanzie, l'attribuzione di rilevanza al momento della consegna è, dunque, soluzione imposta dall'esigenza di assicurare una «difesa pienamente operativa».

Di contro, il parametro cui va rapportata la conoscenza – costituito, rispettivamente, dal provvedimento o dal procedimento, secondo le diverse norme – ossia l'aspetto su cui maggiormente si è soffermata la giurisprudenza che ha analizzato sino ad oggi il tema – non assume decisivo rilievo. Occorre invero considerare che, nel sistema processuale, il riferimento al "procedimento" – esaurita la fase delle indagini preliminari – implica pur sempre l'avvenuta formulazione di un'accusa, cristallizzata nel provvedimento di *vocatio in iudicium* e confermata da una decisione (in tal senso, v. Sez. 6, n. 19454 del 15/03/2023, Hallal, cit., anche alla luce dell'analisi formulata da Sez. U, n. 23948 del 28/11/2019, dep. 2020, Ismail).

Ne consegue che, se la conoscenza dei dati estrinseci essenziali (accusa confermata da una decisione) costituisce presupposto ineludibile per il dispiegarsi delle facoltà difensive, solo la consegna del detenuto ristretto all'estero consente la «pienezza del dispiegamento delle capacità difensive, connesse alla conoscenza».

Tale ricostruzione consente di escludere che la mancata riproduzione del riferimento alla consegna, nell'art. 629-*bis* del codice di rito, sia il frutto di una consapevole scelta *ad excludendum* – come sino ad oggi sostenuto dai fautori della tesi dominante – proprio perché identica è la *ratio* dei due istituti.

Le Sezioni Unite condividono dunque la tesi, già sostenuta da questa Corte regolatrice in relazione all'istituto della restituzione, secondo la quale la decorrenza del termine dalla consegna costituisce espressione di una garanzia aggiuntiva, correlata alle facoltà difensive del soggetto detenuto.

Né, in senso contrario, potrebbe valorizzarsi la possibilità di avvalersi, all'occorrenza, dello strumento della restituzione in termini di cui all'art. 175, comma 1, cod. proc. pen., così come era stato prospettato da Sez. 1, n. 32267 del 30/10/2020, Scimone, cit., atteso che lo stato di detenzione all'estero costituisce di per sé un ostacolo di cui è stata riconosciuta in via generale la rilevanza (in tal senso v. Grande Camera, Sejdovic c. Italia del 1° marzo 2006, cit.) e, come tale, *«non può dunque essere considerato alla stregua di qualunque eventuale e imprevedibile fattore impeditivo»*.

Del resto, che la conoscenza e la consegna siano elementi da valutare congiuntamente, quali presupposti di un esercizio pieno ed effettivo delle facoltà difensive, è stato per implicito riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale che, nella ridetta sentenza n. 192 del 2023, riferendosi alla estradizione dall'estero, ha puntualizzato che il termine decorre *«dalla data della consegna (la quale presuppone la conoscenza personale della sentenza in esecuzione)»*.

3.3. La soluzione delle Sezioni Unite è infine suffragata dall'analisi delle norme alla luce del diritto europeo.

Va premesso al riguardo che le disposizioni di una decisione quadro, sebbene non abbiano effetto diretto nell'ordinamento italiano, sono tuttavia vincolanti quanto ai fini perseguiti, a norma degli artt. 11 e 117 Cost., dal che discende l'obbligo di interpretazione conforme, quand'anche esse non siano trasposte (Corte giustizia, 16/06/2005, Pupino; quanto ai rapporti tra le fonti del sistema multilivello, si vedano le più recenti Corte Giustizia, 21/12/2023, R.Q.; Corte giustizia, Grande Sezione, 24/06/2019, Poplawski; Corte giustizia, Grande Sezione, 19/04/2016, Dansk Industri).

Un tale obbligo, nella specie, si pone in relazione all'art. 4-*bis,* par. 2, della decisione quadro 2002/584/GAI, come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI, a nulla rilevando che la disciplina del mandato di arresto europeo non sia geneticamente intesa ad armonizzare tra loro i rimedi restitutori qui a confronto, posto che tale disciplina ne presuppone espressamente l'applicazione all'esito della avvenuta consegna: il par. 2 dell'art. 4-*bis* va, difatti, raccordato al precedente par. 1, lett. d), che ha configurato un motivo di rifiuto facoltativo della consegna, in caso di processo celebrato *in absentia*, quando il consegnando non abbia ricevuto personalmente la notifica della decisione.

Ancora, l'interpretazione preferita trova riscontro negli artt. 8 e 9 della Direttiva 2016/343/UE sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, che delineano il quadro eurounitario delle garanzie connesse alla celebrazione di un processo *in absentia*. In forza di tali norme, gli Stati membri devono assicurare ai condannati, quando arrestati: i) l'informazione della decisione assunta nei loro confronti; ii) la possibilità di impugnare la decisione stessa o di ottenere un nuovo processo che consenta una piena rivalutazione del merito, anche sulla base di nuove prove.

Agli artt. 8 e 9 della Direttiva, per la loro natura *self executing*, non può che attribuirsi immediata efficacia diretta negli ordinamenti nazionali (in tal senso, CGUE, sentenza del 25 luglio 2018, Alheto, C-585/16, EU:C:2018:584, punti 98 e 99).

Tali disposizioni – delle quali costituisce proiezione attuativa, nel diritto interno, l'art. 656 cod. proc. pen., come modificato dal d.lgs. 19 marzo 2024, n. 31, nella parte in cui prevede l'avviso al condannato che «se il processo si è svolto in sua assenza, nel termine di trenta giorni dalla conoscenza della sentenza può chiedere, in presenza dei relativi presupposti, la restituzione nel termine per proporre impugnazione o la rescissione del giudicato» – delineano in termini inequivoci il diritto ad uno strumento riparatorio, che, in piena sintonia con il citato art. 4-*bis*, presuppone la già avvenuta consegna, alla quale soltanto può correlarsi la conoscenza necessaria a che quel diritto possa essere esercitato effettivamente, «*senza che possa al riguardo assumere rilievo dirimente, proprio perché strumentale solo alla consegna, la conoscenza acquisita dall'interessato sulla base dello stesso mandato di arresto*».

L'art. 629-*bis* va dunque letto alla luce delle disposizioni cogenti del diritto europeo, che conducono a ritenere, quale «*criterio di essenza del diritto al rimedio restitutorio, che lo stesso, in caso di esecuzione di un mandato di arresto europeo, debba poter essere fruito all'esito della consegna. Soltanto all'esito della stessa possono decorrere i termini correlati alla conoscenza, sia che essa abbia ad oggetto il procedimento sia che debba essere riferita al provvedimento*».

Non dirimenti sono, invece, le previsioni di cui alla Direttiva 2013/48/UE, relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione di un mandato di arresto europeo e ai connessi diritti informativi delle persone private della libertà personale: la possibilità, non contestata, di avvalersi della difesa tecnica non può, difatti, ritenersi esaustiva, a fronte delle concrete difficoltà che una persona che patisce privazione della libertà personale in un Paese straniero può verosimilmente incontrare per contattare tempestivamente un difensore che sia esperto in diritto italiano e fornirgli elementi di fatto precisi ed istruzioni dettagliate in relazione alla propria vicenda processuale.

3.4. In conclusiva sintesi, le Sezioni Unite hanno puntualizzato come l'approdo interpretativo cui sono pervenute chiarisca la portata dell'art. 629-*bis* cod. proc. pen. nei limiti di tolleranza ed elasticità dell'enunciato (che non contiene inequivoci indici preclusivi al riguardo), nel contempo offrendone un inquadramento sistematico e teleologico coerente con le indicazioni provenienti dal diritto interno e dal diritto europeo; onde, si è condivisa la decisione dei Giudici rimettenti di non sollevare questione di legittimità costituzionale, al fine di ovviare alle evidenziate asimmetrie di sistema, e di non disporre rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 T.F.U.E. alla Corte di giustizia dell'Unione Europea, per l'interpretazione dell'art. 4 della Decisione quadro, che, peraltro, su svariati profili che si sono valorizzati ai fini di ricomporre il quadro normativo, si è già espressamente pronunciata nei richiamati arresti.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea:
CGUE, Van Gend & Loos, del 5 febbraio 1963;
CGUE, 16 giugno 2005, C-1.05/03, Pupino;
Corte di giustizia, C-579/15;
CGUE, Grande Sezione, 19 aprile 2016, Dansk Industri;
CGUE, Grande Sezione, 24 giugno 2019, C-573/17, Poplawski;
CGUE, 19 maggio 2022, in causa C-569/20, IR;
CGUE, 18 aprile 2023, in causa C-699/21, E. D.L.;
CGUE, 21 dicembre 2023, C-398/22.

Sentenze della Corte EDU:
Corte EDU Colozza c. Italia del 12 febbraio 1985;
Corte EDU Somogyi c. Italia del 18 aprile 2004;
Corte EDU Sejdovic c. Italia del 10 novembre 2004;
Corte EDU R.R. c. Italia, del 9 giugno 2005;
Corte EDU Grande Camera, Sejdovic c. Italia del 1° marzo 2006;
Corte EDU, 24 marzo 2005, Stoichkov c. Bulgaria;
Corte EDU, 9 giugno 2005, R.R. c. Italia.

Sentenze della Corte costituzionale:
Corte cost., sent. n. 183 del 1973;
Corte cost., sent. n. 348 del 2007;
Corte cost., sent. n. 349 del 2007;
Corte cost., sent. n. 317 del 2009;
Corte cost., sent. n. 227 del 2010;
Corte cost., sent. n. 112 del 2019;
Corte cost., ord. n. 117 del 2019;
Corte cost., sent. n. 177 del 2023;
Corte cost., sent. n. 178 del 2023;
Corte cost., sent. n. 192 del 2023.

Sentenze della Corte di cassazione:
Sez. U, n. 38691 del 25/06/2009, Caruso, Rv. 244189-01;
Sez. U, n. 36848 del 17/07/2014, Burba, Rv. 259992-01;
Sez. U, n. 28912 del 28/02/2019, Innaro, Rv. 275716 -01;
Sez. U, n. 23948 del 28/11/2019, dep.2020, Ismail, Rv. 279420-01;
Sez. U, n. 15498 del 26/11/2020, dep 2021, Lovric, Rv. 280931-01;
Sez. 6, n. 23715 del 11/04/2024 ;
Sez. 3, n. 2320 del 21/11/2012, dep. 2013, S., Rv. 254167- 01;
Sez. 4, n. 4904 del 27/11/2014, dep. 2015, Lamcja, Rv. 262027-01;

Sez. 3, n. 37132 del 22/05/2019, Sepulveda Santander, Rv. 276887-01;
Sez. 5, n. 31201 del 15/09/2020, Ramadze, Rv. 280137-01;
Sez. 5, n. 8464 del 24/01/2020, Nure, Rv. 278661-01;
Sez. 1, n. 32267 del 30/10/2020, Scimone, Rv.279994-01;
Sez. 3, n. 29592 del 20/05/2021, Carroccia, Rv. 281765-01;
Sez. 4, n. 36560 del 22/09/2021, Vezuli, Rv. 281925 -01;
Sez. 4, n. 4197 del 10/01/2023, Boblea;
Sez. 6, n. 19454 del 5/03/2023, Hallal;
Sez. 5, n. 2626 del 23/06/2023, Bakhri;
Sez. 4, n. 48541 del 18/10/2023, Esteve;
Sez. 6, n. 50684 del 29/09/2023, Lazaj, Rv. 285563-01;
Sez. 2, n. 51285 del 24/11/2023, Ravara;
Sez. 6, n. 24729 del 07/03/2024, Fal Cheick, 286712-01.

SEZIONE VIII

ESECUZIONE

CAPITOLO I

LA REVOCA DELLA SOSPENSIONE CONDIZIONALE DELLA PENA IN SEDE ESECUTIVA

(di Antonio Gatto)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La questione controversa. – 3. Il primo indirizzo interpretativo. – 4. Il secondo orientamento esegetico. – 5. La diversa soluzione adottata dalle Sezioni Unite.

1. Premessa.

Nel corso del 2015, le Sezioni Unite della Suprema Corte erano già state chiamate ad esprimersi in ordine al seguente quesito in tema di revoca della sospensione condizionale della pena *in executivis*: «*Se la revoca della sospensione condizionale della pena, illegittimamente concessa dal giudice di merito, possa essere rilevata nella fase esecutiva, e in quali limiti e con quali modalità, oneri probatori e poteri officiosi, siano individuabili ipotesi di conoscenza o di conoscibilità degli elementi ostativi da parte del giudice della cognizione o ipotesi di conoscibilità ex post degli stessi elementi ostativi da parte del giudice dell'esecuzione*» (Sez. U, n. 37345 del 23/04/2015, P.M. in proc. Longo, Rv. 264381-01).

Si confrontavano, invero, due distinti orientamenti interpretativi.

Secondo il primo (tesi della «*preesistenza*»), è consentito al giudice dell'esecuzione disporre la revoca del beneficio della sospensione condizionale della pena *ex* art. 674, comma 1-*bis*, cod. proc. pen. solo in ipotesi di sopravvenienze, cioè solo nel caso in cui, dopo l'irrevocabilità della sentenza con la quale il beneficio è stato concesso, intervenga una nuova pronuncia di condanna, mentre ogni intervento *in executivis* sarebbe precluso in ipotesi di preesistenza di una causa ostativa, a prescindere dalla sua effettiva conoscenza o dalla sua potenziale conoscibilità, da parte del giudice della cognizione.

Secondo tale approccio esegetico, pertanto, è riconosciuto al giudice dell'esecuzione un limitato margine di intervento in materia di revoca della sospensione condizionale *ex* art. 168, comma terzo, cod. pen., indefettibilmente legato al sopraggiungere di elementi inesistenti al momento della pronuncia di condanna con concessione della sospensione condizionale della pena.

L'indirizzo in questione propugna, dunque, un'interpretazione assai restrittiva dell'art. 674, comma 1-*bis*, cod. proc. pen., privilegiando l'esigenza dell'eliminazione di ogni «*conflitto col giudicato*» e sostenendo la «*funzione non impugnatoria del procedimento di esecuzione*», circoscritto al rilievo degli elementi sopravvenuti (così Sez. 1, n. 42661 del 28/10/2009, P.M. in proc. Shera, Rv. 245575-01 e Sez. 3, n. 42167 del 09/07/2013, Di Meo, Rv. 257055-01).

Il contrapposto orientamento giurisprudenziale (tesi della «*conoscibilità*») estende, invece, la possibilità del giudice dell'esecuzione di revocare la sospensione condizionale della pena riconosciuta in violazione del disposto di cui all'art. 164, comma quarto, cod.

pen., oltre alle ipotesi delle cause sopravvenute, anche a quella in cui, al momento del riconoscimento del beneficio, il giudice della cognizione non abbia né la conoscenza né la conoscibilità della causa ostativa alla concessione del beneficio.

Secondo tale indirizzo interpretativo, la «*conoscibilità*» del precedente giudiziario ostativo al riconoscimento della sospensione condizionale della pena coincide con l'iscrizione della condanna nel sistema informativo informatizzato del casellario giudiziale, con la puntualizzazione che, ai fini dell'accertamento della data di iscrizione, può essere acquisita opportuna certificazione del competente ufficio.

La richiamata sentenza delle Sezioni Unite critica il primo orientamento interpretativo, affermando che esso giunge a sostenere una *interpretatio abrogans* dei disposti legislativi di cui agli artt. 168, comma terzo, cod. pen. e 674, comma 1-*bis*, cod. proc. pen., misconoscendo la novella normativa che, con la legge n. 128 del 2001, ha introdotto nel tessuto codicistico quest'ultima disposizione.

Escluso, dunque, che la portata applicativa del disposto di cui all'art. 674, comma 1-*bis*, cod. proc. pen. possa esaurirsi nelle sole ipotesi di «*sopravvenienza*» della causa ostativa, la sentenza in commento passa all'analisi della problematica attinente alla definizione dei limiti dell'intervento del giudice dell'esecuzione in ordine agli elementi impeditivi preesistenti rispetto alla pronuncia che definisce il giudizio di cognizione.

In questa prospettiva, le Sezioni Unite non condividono neppure il secondo orientamento sopra illustrato (teoria della «*conoscibilità*»), secondo cui l'intervento revocatorio del giudice dell'esecuzione *ex* art. 674, comma 1-*bis*, cod. proc. pen. sarebbe escluso dalla semplice «*conoscibilità*», per il giudice della cognizione, del precedente ostativo alla concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena.

In primo luogo, la Corte osserva come i provvedimenti giudiziari (sentenze di condanna e decreti penali) siano sempre «*conoscibili*», in quanto atti pubblici.

La sentenza osserva, dunque, come il concetto di «*conoscibilità*», in tal caso, non possa che essere inteso in un'accezione «*empirica*», cioè facendo riferimento, secondo ciò che ordinariamente accade in ambito processuale, all'avvenuta iscrizione del provvedimento giudiziario nel sistema del casellario giudiziale.

Il precedente «*non conoscibile*» è, dunque, il provvedimento non iscritto nel predetto sistema informativo e, solo in ipotesi di causa ostativa «*non conoscibile*» (nel senso appena illustrato), il giudice dell'esecuzione potrebbe intervenire a revocare la sospensione condizionale erroneamente concessa nel giudizio di cognizione, trattandosi, solo in tal caso, di «*errore invincibile*» (concetto, quest'ultimo, ripreso da Corte cost. n. 363 del 24/10/2007).

Secondo la Corte, però, tale opzione interpretativa non merita accoglimento.

La sentenza prende le mosse dalla differenza tra «*giudicato formale*» e «*giudicato sostanziale*», rilevando che, per il primo, assume rilievo il semplice dato processuale della inoppugnabilità della sentenza che ha concesso il beneficio, mentre il secondo concerne il regolamento impresso alle situazioni giuridiche definite con la decisione (accertamento, irrogazione delle sanzioni o proscioglimento) ed è assicurato dalla stabilità del *decisum* in ordine al «*dedotto*» e al «*deducibile*».

Operata tale premessa di carattere generale, la Corte afferma che «*la statuizione di concessione della sospensione condizionale della esecuzione della pena, sebbene contenuta nella sentenza irrevocabile, non partecipa della natura intrinseca del giudicato sostanziale*». Ciò, sia perché essa consiste in un giudizio prognostico, non di accertamento, sia perché l'effetto giuridico prodotto è temporaneo, provvisorio e sottoposto alle condizioni stabilite dalla legge.

Conseguentemente – osservano i giudici di legittimità – la concessione del beneficio è assistita non dalla preclusione «*forte*», propria del giudicato sostanziale, estesa al «*dedotto*» e

al «*deducibile*», che escluderebbe la revoca del beneficio per cause ostative preesistenti non conosciute dal giudice della cognizione, ma conoscibili e, dunque, «*deducibili*».

La concessione della sospensione condizionale resta, quindi, assistita dalla preclusione «*debole*», in virtù del principio generale del *ne bis in idem*, che copre il «*dedotto*», non anche il «*deducibile*», con la conseguenza che residua la possibilità di revoca del beneficio per cause ostative preesistenti, sebbene conoscibili, purché in concreto ignote al giudice della cognizione.

La preclusione «*debole*», dunque, operando *rebus sic stantibus*, può essere superata da eventuali *nova*, intendendosi per tali – puntualizza la Corte – non solo elementi «*cronologicamente sopravvenuti*» alla decisione, ma anche elementi «*pregressi o coevi*» alla stessa e tuttavia non considerati dal giudice.

Le Sezioni Unite precisano, però, che tale «*carenza di considerazione*» deve risultare assoluta, nel senso che il dato non deve aver costituito neppure oggetto di «*valutazione implicita*».

Con specifico riguardo alla materia in esame, pertanto, si osserva che, qualora «*la causa ostativa alla concessione del beneficio risulti documentata in atti e sia, quindi, oggettivamente compresa nel perimetro dell'oggetto dello scrutinio del giudice della cognizione, il dato (esistente ex actis) del quale sia stata indebitamente omessa la doverosa valutazione, non è suscettibile di essere ricondotto nell'ambito dei nova*».

La linea di confine tra la necessità di impugnare la sentenza in fase di cognizione e la possibilità di operare la revoca del beneficio in fase di esecuzione viene, dunque, individuata dalla Corte nella «*conoscenza documentale*», data dalla presenza, negli atti del giudizio di cognizione, dell'elemento ostativo alla concessione del beneficio: se quest'ultimo risulta *ex actis*, ma il pubblico ministero non impugna la sentenza che ha erroneamente concesso la sospensione condizionale, la parte presta «*acquiescenza*» alla decisione, con la conseguente «*preclusione*» sul punto, che impedisce l'intervento del giudice dell'esecuzione.

Alla luce di tali argomentazioni, le Sezioni Unite delineano l'iter procedimentale che deve essere seguito dal giudice dell'esecuzione investito della richiesta del pubblico ministero di revoca, ai sensi degli artt. 674, comma 1-*bis*, cod. proc. pen. e 168, terzo comma, cod. pen., della sospensione condizionale dell'esecuzione della pena: lo stesso dovrà «*preliminarmente accertare se i precedenti penali ostativi risultassero documentalmente al giudice della cognizione all'atto della concessione del beneficio*».

«*A tal fine il giudice della esecuzione, esercitando, anche d'ufficio, i poteri istruttori previsti dall'art. 666, comma 5, cod. proc. pen., provvede ad acquisire in originale o in copia, il fascicolo processuale del giudizio deciso con la sentenza di concessione del beneficio*».

In conclusione, le Sezioni Unite affermano il seguente principio di diritto: «*Il giudice della esecuzione deve revocare la sospensione condizionale della esecuzione della pena concessa in violazione dell'art. 164, quarto comma, cod. pen. in presenza di causa ostative, salvo che tali cause risultassero documentalmente al giudice della cognizione. A tal fine il giudice della esecuzione acquisisce, per la doverosa verifica al riguardo, il fascicolo del giudizio*».

Le Sezioni Unite, dunque, hanno adottato una soluzione non corrispondente a nessuno dei due orientamenti giurisprudenziali contrapposti in quel momento in ordine ai limiti del potere del giudice dell'esecuzione di revocare la sospensione condizionale della pena illegittimamente concessa.

Tra i due indirizzi interpretativi, che individuavano rispettivamente nella «*preesistenza*» e nella «*conoscibilità*» della causa ostativa da parte del giudice della cognizione, il perimetro definitorio dei poteri del giudice dell'esecuzione in materia di revoca del beneficio, la Corte, in composizione allargata, finisce per accogliere una posizione «*terza*», secondo la quale a precludere l'intervento *in executivis*, da un lato, non è sufficiente la «*preesistenza*»

della causa ostativa rispetto alla conclusione del giudizio di cognizione, dall'altro, non basta la «*conoscibilità*», ma è necessaria la «*effettiva conoscenza*» dell'elemento ostativo al riconoscimento del beneficio da parte del giudice della cognizione.

2. La questione controversa.

Nel corso del 2024, le Sezioni Unte della Suprema Corte sono state nuovamente chiamate a pronunciarsi su una questione attinente al medesimo tema della revoca della sospensione condizionale in sede esecutiva.

Il quesito sottoposto all'esame della Corte in composizione allargata è stato articolato nell'ordinanza di rimessione nei seguenti termini: «*Se sia legittima la revoca in executivis della sospensione condizionale della pena riconosciuta in violazione dell'art. 164, quarto comma, cod. pen. in presenza di una causa ostativa ignota al giudice di primo grado e nota a quello d'appello, che non sia stato investito dell'impugnazione del pubblico ministero né, comunque, di formale sollecitazione di questi in ordine all'illegittimità del beneficio*» (**Sez. 1, Ord. n. 10390 del 22/02/2024, Zangari, n.m.**).

L'elemento rispetto al quale si registra diversità di soluzioni tra i due distinti orientamenti giurisprudenziali che si contrappongono è, dunque, costituito dalla «conoscenza documentale» della causa ostativa da parte del giudice d'appello: per il primo indirizzo la predetta conoscenza non neutralizza il potere di revoca del beneficio da parte del giudice dell'esecuzione; secondo la contrapposta opzione esegetica, invece, la conoscenza dell'elemento impeditivo da parte del giudice della cognizione non consente la revoca del beneficio in fase esecutiva.

3. Il primo indirizzo interpretativo.

Secondo quanto statuito da Sez. 1, n. 30710 del 10/05/2019, Dinar, Rv. 276408-01 (negli stessi termini si esprime Sez. 1, n. 30709 del 10/05/2019, Coccia, Rv. 276504-01), «*è legittimo il provvedimento con cui il giudice dell'esecuzione revochi la sospensione condizionale della pena concessa in violazione dell'art. 164, comma quarto, cod. pen. in presenza di cause ostative documentalmente ignote al giudice di primo grado che ha concesso il beneficio, ma note al giudice di appello che, non investito della impugnazione del pubblico ministero o, comunque, di formale sollecitazione di quest'ultimo organo, non abbia esercitato il potere di revoca di ufficio del beneficio di cui è titolare, atteso che la preclusione che impedisce al giudice dell'esecuzione di rilevare la causa ostativa non opera qualora la revoca non abbia costituito oggetto di valutazione neppure implicita da parte del giudice della cognizione*».

In motivazione si afferma che il giudice d'appello, pur adito dal solo imputato, può revocare d'ufficio ai sensi dell'art. 168, comma terzo, cod. pen., la sospensione condizionale erroneamente concessa con la sentenza impugnata, stigmatizzando la presenza della causa ostativa indicata dall'art. 164, quarto comma, cod. pen., trattandosi di «*effetti di diritto sostanziale che si producono ope legis e possono essere rilevati in ogni momento sia dal giudice della cognizione sia, in applicazione del comma primo bis dell'art. 674 cod. proc. pen., dal giudice dell'esecuzione, e dunque anche dal giudice di appello in mancanza di impugnazione del pubblico ministero*».

In tale particolare ipotesi tuttavia – prosegue la Corte – la statuizione della sentenza d'appello di revoca del beneficio della sospensione condizionale della pena non è assimilabile alla analoga statuizione adottata a seguito di impugnazione del pubblico ministero o di richiesta del pubblico ministero non impugnante; essa, infatti, costituisce il risultato dell'esercizio di un potere che, per quanto azionabile dal giudice *ex officio*, ha pur sempre carattere «*facoltativo*» e «*surrogatorio*» rispetto a quello del giudice dell'esecuzione, la cui concorrente competenza

a disporre la revoca, in alternativa ed in autonomia rispetto al giudice della cognizione anche di appello, è prevista in via generale dall'art. 674, comma 1-*bis*, cod. proc. pen.

Si tratta, in altri termini, di una statuizione del tutto eventuale, non correlata ma anzi svincolata dall'effetto devolutivo tipico del giudizio di appello e la cui omissione non è censurabile con uno specifico mezzo di impugnazione ma rimediabile dalla competenza autonoma del giudice dell'esecuzione.

Per converso, il mancato esercizio del potere di revoca d'ufficio, esercitabile dal giudice d'appello secondo le previsioni degli artt. 168, terzo comma, in relazione all'art. 164, quarto comma, cod. pen. e 674, comma 1-*bis*, cod. proc. pen., non comporta una preclusione processuale, sia pure «*debole*», idonea ad impedire la revoca in fase esecutiva, alla luce di quanto affermato dalle Sezioni Unite Longo.

In tal caso – secondo la Corte – il giudice d'appello, sempre alla luce della predetta sentenza a composizione allargata, non compie alcuna valutazione, neppure implicita, sull'illegittimità del beneficio concesso, lasciando aperta la strada della revoca *in executivis*.

Né può dirsi – si aggiunge – che, in assenza di impugnazione del pubblico ministero, l'omessa valutazione della causa ostativa del riconoscimento del beneficio pur esistente *ex actis* costituisca una forma di acquiescenza idonea ad escludere, «*la possibilità di far valere, per vincere la preclusione, quanto doveva essere dedotto colla impugnazione la cui mancata proposizione ha comportato l'effetto della preclusione stessa*» (richiamando sul punto la motivazione delle Sezioni Unite Longo).

In conclusione, la Corte afferma che il giudice dell'esecuzione del tutto correttamente revoca il beneficio della sospensione condizionale della pena concesso in violazione dell'art. 164, comma quarto, cod. pen. in presenza di cause ostative documentalmente ignote al giudice della cognizione che lo ha concesso nel primo grado del giudizio ma note al giudice di appello che, non investito della impugnazione del pubblico ministero o, comunque, di formale sollecitazione di quest'ultimo organo, non abbia esercitato il potere di revoca d'ufficio del beneficio di cui è titolare.

La sopra richiamata sentenza Coccia viene citata espressamente da Sez. 1, n. 24103 del 08/04/2021, Fosco, Rv. 281432-01, che ribadisce il medesimo principio di diritto, condividendone le argomentazioni.

In particolare, si afferma che il giudice d'appello, in assenza di impugnazione del pubblico ministero in ordine all'illegittima concessione della sospensione condizionale e in mancanza anche di una sollecitazione formale rivolta al giudice dell'impugnazione tesa ad eliminare l'erroneo riconoscimento del beneficio, «*può*» revocare quest'ultimo, ma il suo potere in merito è meramente «*facoltativo*» e «*surrogatorio*», rispetto a quello in linea generale riconosciuto al giudice dell'esecuzione dall'art. 674, comma 1-*bis*, cod. proc. pen.

Conseguentemente, qualora il giudice d'appello non eserciti tale potere, anche qualora la causa ostativa al riconoscimento del beneficio risulti dall'incartamento processuale, non esprime, in punto di legittimità della concessione della sospensione condizionale, alcuna valutazione, neppure «*implicita*», lasciando aperto il campo all'intervento del giudice dell'esecuzione in chiave riparatoria.

L'omessa revoca da parte del giudice d'appello, pertanto, trattandosi di un potere il cui esercizio è meramente «*eventuale*» non integra una statuizione che può essere rimossa con un mezzo di impugnazione, essendo rimediabile con l'intervento del giudice dell'esecuzione.

Si tratta, in sostanza, di una determinazione non legata, anzi del tutto svincolata dall'effetto devolutivo tipico del giudizio d'appello.

L'omessa revoca del giudice dell'impugnazione, pertanto, non dà luogo ad alcuna preclusione ostativa alla revoca *in executivis*.

Anche nella pronuncia in commento, la Corte riprende le argomentazioni della sentenza a Sezioni Unite Longo del 2015, asserendo che il passaggio di maggior rilievo di tale arresto giurisprudenziale risiede nell'affermazione per cui, per autorizzare la revoca in sede esecutiva, l'elemento di novità deve essere stato oggetto di mancata considerazione espressa o valutazione implicita da parte del giudice dell'esecuzione, in quanto se «*la causa ostativa alla concessione del beneficio risulti documentata in atti e sia, quindi, oggettivamente compresa nel perimetro dell'oggetto dello scrutinio del giudice della cognizione, il dato (esistente ex actis) del quale sia stata indebitamente omessa la doverosa valutazione, non è suscettibile di essere ricondotto nell'ambito dei nova. Gli è che la previsione di uno specifico mezzo di impugnazione (col rigoroso regime della perentorietà dei termini e delle forme relative) consente – in virtù del postulato della intrinseca coerenza e logicità dell'ordinamento – di stabilire con nettezza la linea di confine dei nova nel senso che, laddove si configura la acquiescenza, resta simmetricamente esclusa la possibilità di far valere, per vincere la preclusione, quanto doveva essere dedotto colla impugnazione, la cui mancata proposizione ha comportato l'effetto della preclusione stessa*».

Correlativamente l'inciso più significativo della sentenza Fosco attiene proprio alle argomentazioni spese per dimostrare che, in assenza di appello del pubblico ministero o di sollecitazione formale di quest'ultimo in relazione all'illegittimità della concessione della sospensione condizionale, non può dirsi operata alcuna «*valutazione implicita*» sul punto, da parte del giudice dell'impugnazione, non chiamato dalle parti ad occuparsi specificamente della statuizione del giudice di prime cure attinente al riconoscimento della sospensione condizionale della pena.

Invero, si afferma che «*non è agevole comprendere come, in difetto di impugnazione da parte del pubblico ministero o di sollecitazione ad esercitare d'ufficio il potere di revoca, possa dirsi che la relativa questione sia oggetto di una valutazione 'implicita' quando il giudice di appello nella sua sentenza non vi provveda e non faccia nemmeno cenno in alcun modo alla sospensione condizionale o ai suoi presupposti applicativi, né a precedenti ostativi alla sua concessione. L'estraneità del tema al dibattito processuale, sviluppatosi in concreto tra le parti, e l'assenza di riferimenti ad esso nella sentenza, così come l'astratta possibilità della revoca per la sussistenza delle relative condizioni, di cui però il giudice di secondo grado non offra indicazioni del loro effettivo apprezzamento, non consentono di ravvisare un diniego, che, se non impugnato, consenta la formazione del giudicato sul punto con conseguente preclusione della revoca in un momento ad esso successivo. Tale conclusione è del resto coerente con quanto affermato dalle Sezioni Unite nella sentenza Longo in merito alla natura 'debole' della preclusione alla riproposizione in sede esecutiva di questioni già trattate e risolte nel corso del processo di cognizione, che, come tale, riguarda soltanto il 'dedotto' e non il 'deducibile'. Se il punto della decisione, riguardante la concessione della sospensione condizionale pur in contrasto con i limiti di legge, non sia stato sollevato e deciso, non opera nemmeno la preclusione per il giudice dell'esecuzione ad esercitare il potere attribuitogli dall'art. 674 cod. proc. pen.*».

Ancor più recentemente, Sez. 1, n. 39190 del 09/07/2021, Stambazzi, Rv. 282076-01 ha statuito che «*è legittima la revoca in executivis della sospensione condizionale della pena riconosciuta in violazione dell'art. 164, comma quarto, cod. pen. in presenza di una causa ostativa ignota al giudice di primo grado e nota a quello d'appello, che non sia stato investito dell'impugnazione del pubblico ministero né, comunque, di formale sollecitazione di questi in ordine all'illegittimità del beneficio, atteso che il potere di revoca che, in tal caso, il giudice d'appello può esercitare anche d'ufficio, ha natura meramente facoltativa e surrogatoria rispetto a quello del giudice dell'esecuzione*».

Anche in questo caso, la motivazione del suindicato provvedimento prende le mosse dalla sentenza delle Sezioni Unite Longo, ricordando che, secondo tale arresto giurispru-

denziale, è consentito al giudice dell'esecuzione revocare il beneficio della sospensione condizionale della pena concesso in violazione dell'art. 164, comma quarto, cod. pen. in presenza di cause ostative, fatta eccezione per il solo caso in cui tali cause fossero documentalmente note al giudice della cognizione.

Nella fattispecie sottoposta all'esame della Corte, era stato accertato che il giudice della cognizione non aveva la disponibilità di un certificato del casellario giudiziale aggiornato, dunque, non aveva contezza della causa ostativa alla concessione del beneficio.

La Corte ha escluso che, in detta ipotesi, fosse necessario un atto di impugnazione del pubblico ministero, sussistendo il potere del giudice dell'esecuzione di revocare il beneficio illegittimamente concesso.

Secondo i giudici di legittimità, il principio del divieto di *reformatio in peius* – di cui è espressione il disposto dell'art. 597, comma 3, cod. proc. pen. nella parte in cui preclude al giudice d'appello, adito solo con impugnazione dell'imputato, di «*revocare benefici*», impedisce al giudice d'appello di disporre, d'ufficio, la revoca facoltativa della sospensione condizionale della pena concessa dal primo giudice, ma non anche la revoca obbligatoria, sia essa a norma del comma primo come del comma terzo dell'art. 168 cod. pen.

In tali casi – prosegue la Corte – si tratta di un provvedimento dovuto, che dichiara quanto previsto dalla legge, e che dunque può essere pronunciato dal giudice della cognizione e, in mancanza, deve essere disposto dal giudice dell'esecuzione.

Dunque, nel caso in cui al giudice d'appello non sia posta – né con impugnazione né con richiesta del pubblico ministero – la questione della revoca del beneficio illegittimamente concesso dal Tribunale, né si sia pronunciato d'ufficio su tale questione – e quindi sulla illegittima concessione del benefico – non si forma giudicato preclusivo del potere di revoca *in executivis*, espressamente riconosciuto dall'art. 674 cod. proc. pen.

La sentenza aggiunge che il potere di revoca d'ufficio del giudice di appello è solo «*facoltativo*», e quindi il suo mancato esercizio non costituisce statuizione suscettibile di acquisire forza di giudicato, diversamente dal caso in cui esso sia stato sollecitato, anche solo con richiesta della parte interessata, e diversamente dal caso del giudice di primo grado che aveva, illegittimamente, concesso il beneficio.

In definitiva, l'indirizzo interpretativo qui esaminato sostiene la legittimità dell'intervento revocatorio del giudice dell'esecuzione anche nell'ipotesi in cui la causa ostativa alla concessione della sospensione condizionale fosse nota al giudice della cognizione, specificamente al giudice d'appello, ritenendo il potere di revoca di detto giudice in relazione alla sospensione condizionale erroneamente concessa meramente «*facoltativo*» e «*surrogatorio*», rispetto a quello autonomo, in linea generale attribuito dal legislatore al giudice dell'esecuzione (aderiscono a tale indirizzo, da ritenersi ampiamente maggioritario, sulla base delle medesime argomentazioni suindicate, anche le seguenti sentenze non massimate: Sez. 1, n. 31998 del 30/10/2020, Cattafi, n.m.; Sez. 1, n. 917 del 17/10/2019, dep. 2020, Karmeshtna, n.m.; Sez. 5, n. 84 del 01/12/2020, dep. 2021, Consulo, n.m.; Sez. 1, n. 36518 del 15/09/2021, Strambelli, n.m.; Sez. 1, n. 6270 del 14/10/2022, Di Bono, n.m.; Sez. 7, n. 7157 del 15/02/2022, Oanca, n.m.; Sez. 1, n. 9498 del 16/03/2022, P.M. c/ Morsello, n.m.; Sez. 1, n. 9560 del 16/03/2022, Asaro, n.m.; Sez. 1, n. 13192 del 03/02/2022, P.M. c/ Lombardo, n.m.; Sez. 1 n. 25198 del 05/05/2022, P.M. c/ Redditzi, n.m.; Sez. 1 n. 25199 del 05/05/2022, P.M. c/ Lussu, n.m.; Sez. 1, n. 36362 del 17/05/2022, Reale, n.m.; Sez. 1, n. 46910 del 14/09/2022, Biondi, n.m.; Sez. 5, n. 8159 del 24/01/2023, Strambelli, n.m.; Sez. 1, n. 18245 del 24/03/2023, Cosimo, n.m.; Sez. 1, n. 29876 del 24/03/2023, Taormina, n.m.; Sez. 7, n. 49055 del 14/09/2023, Di Rino, n.m.).

4. Il secondo orientamento esegetico.

La prima sentenza massimata che si iscrive al secondo orientamento attinente alla questione trattata è rappresentata da Sez. 5, n. 23133 del 09/07/2020, Bordonaro, Rv. 279906-01, secondo cui: «*È illegittima la revoca in executivis della sospensione condizionale della pena riconosciuta in violazione dell'art. 164, quarto comma, cod. pen., in presenza di una causa ostativa nota al giudice d'appello, anche se non sia stato investito dell'impugnazione o da formale sollecitazione del pubblico ministero in ordine all'illegittimità del beneficio, non essendo precluso al giudice dell'impugnazione il potere di revoca, esercitabile anche d'ufficio*».

La pronuncia muove da un'analisi della sentenza Longo del 2015, affermando che, con quest'ultima, le Sezioni Unite non si limitavano ad affermare il principio per il quale al giudice dell'esecuzione non è consentita la revoca della sospensione condizionale della pena nel caso in cui le cause ostative al beneficio fossero documentalmente note al giudice della cognizione. Nella pronuncia in esame si precisava, altresì, che tale condizione negativa è integrata anche laddove il dato sia stato oggetto di una «*valutazione implicita*» in sede di cognizione; situazione, questa, ritenuta ravvisabile dalla Suprema Corte ove la causa ostativa sia documentata agli atti e risulti, pertanto, «*oggettivamente compresa nel perimetro di quel giudizio*».

La Corte conclude, pertanto, che «*la sussistenza, in capo al giudice di secondo grado, di un potere di revoca del beneficio sulla base degli elementi emergenti dagli atti allo stesso disponibili, pur se officioso, realizza senz'altro il presupposto dell'inclusione della questione della revocabilità del beneficio nel perimetro valutativo del giudice, secondo il principio affermato dalla pronuncia delle Sezioni Unite, anche tenuto conto della doverosità della verifica giudiziale sul punto, espressa nella stessa pronuncia (...) con riguardo alla possibilità di acquisire gli atti necessari per la decisione. Non senza considerare che in quella pronuncia l'aspetto della mancata impugnazione della decisione di primo grado da parte del pubblico ministero veniva affrontato attribuendo alla circostanza il significato non di una limitazione del potere di revoca del giudice di appello in misura tale da escludere la preclusione all'esercizio della stessa facoltà da parte del giudice dell'esecuzione, ma, al contrario, di un'acquiescenza dell'ordinamento alla concessione del beneficio, viceversa rafforzativa dell'effetto preclusivo*».

Già in precedenza Sez. 1, n. 19457 del 16/01/2018, Signoretto, Rv. 272832-01 aveva ribadito il principio di diritto statuito dalla sentenza a Sezioni Unite Longo, affermando che il giudice dell'esecuzione può revocare la sospensione condizionale della pena riconosciuta in violazione dell'art. 164, comma quarto, cod. pen. in presenza di cause ostative, a meno che tali cause non fossero documentalmente note al giudice della cognizione all'atto della concessione del beneficio.

Occorre osservare, tuttavia, come tale pronuncia riguardi un caso in cui, proprio come nella fattispecie sottoposta all'esame delle Sezioni Unite nel 2015, l'unico giudice della cognizione a venire in rilievo è quello di prime cure, senza la formulazione pertanto di alcun atto di appello.

Riguarda, invece, un'ipotesi che coinvolge anche il giudice d'appello la sentenza **Sez. 5, n. 2144 del 20/12/2023, dep. 2024, V., Rv. 285781-01**, che conferma, con articolata motivazione, quanto statuito nel caso Bordonaro.

La pronuncia in questione si schiera, quindi, con l'indirizzo interpretativo secondo il quale, nell'ipotesi in cui la causa ostativa alla concessione della sospensione condizionale fosse documentalmente nota al giudice d'appello del giudizio di cognizione, sebbene questi non fosse stato investito espressamente della questione con atto di appello del pubblico ministero o comunque sollecitato in tal senso, il giudice dell'impugnazione ha comunque il potere-dovere di disporre d'ufficio la revoca del beneficio, con conseguente «*neutralizzazione*» dell'esercizio della medesima potestà da parte del giudice dell'esecuzione.

Anche la sentenza in commento prende le mosse dalla pronuncia delle Sezioni Unite del 2015, con la quale, come si è detto, è stato affermato che il giudice dell'esecuzione può revocare il beneficio della sospensione condizionale della pena concesso in violazione dell'art. 164, quarto comma, cod. pen. in presenza di cause ostative, a meno che tali cause non fossero documentalmente note al giudice della cognizione; a tal fine il giudice dell'esecuzione acquisisce, per la doverosa verifica al riguardo, il fascicolo del giudizio.

Secondo tale indirizzo giurisprudenziale, quindi, laddove il giudice d'appello abbia avuto in atti un certificato penale aggiornato, con l'indicazione della circostanza ostativa alla concessione del beneficio, è da ritenersi che, pur in assenza di appello o sollecitazioni delle parti sul punto, il giudice dell'impugnazione abbia compiuto una «*valutazione implicita*» in tema di revocabilità della sospensione condizionale, «*oggettivamente ricompresa nel perimetro del giudizio d'appello*», proprio alla luce del documento in atti, con conseguente illegittimità di un nuovo intervento sul punto da parte del giudice dell'esecuzione.

Secondo la sentenza in esame, tale approccio interpretativo è quello che più di ogni altro assicura un ponderato punto di equilibrio tra intangibilità del giudicato e intervento postumo del giudice dell'esecuzione, anche alla luce dei principi costituzionali della funzione rieducativa della pena (art. 27, terzo comma, Cost.), del giusto processo (art. 111, primo comma, Cost.) e di ragionevole durata del procedimento (art. 111, secondo comma, Cost.), nonché del principio sovranazionale di rispetto del giudicato, più volte affermato dalla Corte EDU.

Opinando diversamente – secondo tale indirizzo interpretativo – si finirebbe col trasformare il potere di revoca riconosciuto al giudice dell'esecuzione in un mezzo ulteriore di impugnazione, non previsto dal legislatore.

La pronuncia si fa carico anche di controbattere agli argomenti utilizzati dal contrapposto orientamento, secondo cui il potere del giudice d'appello di disporre d'ufficio la revoca della sospensione condizionale della pena illegittimamente concessa sarebbe meramente «*facoltativo*» e «*surrogatorio*» rispetto a quello assegnato in linea generale al giudice dell'esecuzione dall'art. 674, comma 1-*bis*, cod. proc. pen., con la conseguenza che l'omesso esercizio di tale potere nel giudizio di impugnazione non determinerebbe alcuna preclusione per il giudice dell'esecuzione, anche nell'ipotesi in cui il giudice d'appello disponga di un certificato del casellario giudiziale aggiornato, con l'indicazione delle cause ostative al riconoscimento del beneficio.

Secondo la Corte, infatti, «*tale lettura, nel sopravvalutare i poteri del giudice dell'esecuzione, da un lato, finisce per rendere le attribuzioni del giudice della cognizione meramente facoltative – il che contrasta con il principio generale della natura doverosa dell'esercizio del potere giurisdizionale in presenza dei presupposti previsti dal legislatore (e ciò soprattutto nel caso di specie, in cui, va ribadito, si pone il problema del mancato rispetto da parte del giudice delle norme che impediscono ex lege la concessione del beneficio) – dall'altro, non affronta in termini rigorosi il nodo del significato dell'espressione 'valutazione implicita' che le Sezioni Unite Longo utilizzano per definire l'individuazione dei 'nova', in presenza dei quali soltanto si giustifica l'intervento del giudice dell'esecuzione*».

Si aggiunge che l'impostazione criticata non tiene in debita considerazione la rilevanza dell'acquiescenza – palesata attraverso l'inerzia tanto del giudice d'appello quanto del pubblico ministero – alla concessione del beneficio, rafforzativa dell'effetto preclusivo per il giudice dell'esecuzione.

I Giudici di legittimità sottolineano che, sebbene, mediante l'introduzione del comma 1-*bis* dell'art. 674 cod. proc. pen., siano state incrementate le attribuzioni del giudice dell'esecuzione, abilitandolo a rimuovere la statuizione illegale, contenuta nella sentenza irrevocabile, di applicazione della sospensione condizionale della pena in violazione dei limiti fissati dalla

legge, così perseguendo una «*chiara finalità riparatoria*», le Sezioni Unite Longo hanno posto in luce che detta finalità rimediale deve, tuttavia, essere sempre considerata nell'ambito del fondamentale principio della preclusione processuale e del correlato divieto di *bis in idem*, che permeano e informano il procedimento in ogni grado, stato e fase, compresa quella dell'esecuzione, anche ai sensi dell'art. 674, comma 1-*bis*, cod. proc. pen., con il conseguente divieto della rinnovazione dello scrutinio delle questioni esaminate e decise nella fase del giudizio.

Si evidenzia, inoltre, come la giurisprudenza della Corte EDU abbia spesso ribadito che, ove si ipotizzi la riapertura di una procedura a causa di errori commessi dall'ufficio del pubblico ministero, tali errori possono essere valorizzati solo a favore del destinatario della pretesa punitiva, non già *in malam partem*. In altre parole «*il rischio degli errori commessi dal pubblico ministero o dai giudici deve essere posto a carico dello Stato e non risolto in danno della persona interessata*».

Ribadendo la rilevanza del principio di intangibilità del giudicato e del divieto di *ne bis in idem*, spesso valorizzati anche dalla giurisprudenza costituzionale, la sentenza in esame afferma che «*giunge un tempo in cui, formatosi il giudicato, l'individuo è sottratto alla spirale di reiterate iniziative penali per il medesimo fatto*». «*In caso contrario*», si aggiunge, «*il contatto con l'apparato repressivo dello Stato, potenzialmente continuo, proietterebbe l'ombra della precarietà nel godimento delle libertà connesse allo sviluppo della personalità individuale, che si pone, invece, al centro dell'ordinamento costituzionale*».

Da ultimo, concludendo in ordine a quella che viene ritenuta la corretta lettura delle Sezioni Unite Longo, la Corte afferma che, quando la pronuncia in questione fa riferimento ai precedenti ostativi «*non noti al giudice che concesse la sospensione*», non intende riferirsi al giudice di primo grado che abbia in origine accordato il beneficio, anche quando sia intervenuta una pronuncia del giudice dell'impugnazione.

Secondo tale impostazione, «*sebbene, nel caso deciso da Sez. U Longo, non risulti l'intervento di una sentenza resa a seguito di appello, proprio la riflessione sui poteri del giudice dell'impugnazione nel processo di cognizione rivela che le Sezioni Unite intendono cristallizzare la valutazione con riferimento al momento nel quale viene emessa la decisione di merito, che diverrà irrevocabile al verificarsi dei presupposti di cui all'art. 648 cod. proc. pen.*».

Del resto – si osserva – nonostante il silenzio che il giudice di secondo grado può serbare in motivazione, la conferma della decisione di primo grado vale a rendere la pronuncia di appello il titolo della condanna e il provvedimento che concede il beneficio in esame (l'orientamento minoritario è condiviso da **Sez. 5, n. 11959 del 20/12/2023, dep. 2024, Mboup, n.m.**).

5. La diversa soluzione adottata dalle Sezioni Unite.

La premessa da cui parte il ragionamento delle Sezioni Unite è rappresentata dalla constatazione che entrambi gli orientamenti in contrapposizione si dichiarano ossequiosi della sentenza a Sezioni Unite n. 37345 del 23/04/2015, Longo, Rv. 264381-01, anch'essa intervenuta in tema di revoca della sospensione condizionale della pena in fase esecutiva, secondo la quale, come si è detto, «*il giudice dell'esecuzione può revocare il beneficio della sospensione condizionale della pena concesso in violazione dell'art. 164, comma quarto, cod. pen. in presenza di cause ostative, a meno che tali cause non fossero documentalmente note al giudice della cognizione. A tal fine il giudice dell'esecuzione acquisisce, per la doverosa verifica al riguardo, il fascicolo del giudizio*».

La fondamentale divergenza sul punto tra i due orientamenti è rappresentata dalla differente interpretazione attribuita alla locuzione «*giudice della cognizione*»: per il primo indirizzo esegetico, si tratta del solo giudice di primo grado, che ha concesso la sospensione condizionale della pena, con la conseguenza che sarebbe del tutto irrilevante la documen-

tale conoscenza della causa ostativa al beneficio da parte del giudice dell'impugnazione; per l'orientamento minoritario, invece, l'espressione «*giudice della cognizione*» ingloba sia il giudice di primo grado sia quello dell'impugnazione, ricavandosene che anche la conoscenza documentale della causa ostativa da parte del giudice d'appello impedirebbe il successivo intervento revocatorio *in executivis*.

Nell'argomentazione della Corte, assume assoluto rilievo il richiamo ad un'ulteriore precedente pronuncia delle Sezioni Unite.

Si fa riferimento a Sez. U, n. 7551 del 08/04/1998, Cerroni, Rv. 210798-01, che si occupa della natura del provvedimento di revoca della sospensione condizionale della pena nelle diverse ipotesi in cui lo stesso può intervenire, con correlative ricadute in ordine al principio devolutivo e al divieto di *reformatio in peius*.

In particolare, nella predetta sentenza, si afferma che «*il provvedimento di revoca della sospensione condizionale della pena previsto dall'art. 168, comma primo, cod. pen. ha natura dichiarativa. Conseguentemente gli effetti di diritto sostanziale risalgono de jure al momento in cui si è verificata la condizione, anche prima della pronuncia giudiziale e indipendentemente da essa. Sicché il provvedimento di revoca non è che un atto ricognitivo della caducazione del beneficio già avvenuta ope legis al momento del passaggio in giudicato della sentenza attinente al secondo reato. Ne consegue che il giudice di appello – svolgendo un'attività puramente ricognitiva e non discrezionale o valutativa e senza, pertanto, contravvenire al divieto di reformatio in peius – ha il potere, anche se l'impugnazione sia stata proposta dal solo imputato, di revocare la sospensione condizionale concessa con altra sentenza irrevocabile in altro giudizio, negli stessi termini in cui tale potere è attribuito al giudice dell'esecuzione. Al contrario, nell'ipotesi prevista dal secondo comma dello stesso art. 168 cod. pen., il provvedimento di revoca non è dichiarativo, ma costitutivo, e implica una valutazione che resta preclusa perciò al giudice di appello, così come al giudice dell'esecuzione; sicché, in assenza di impugnazione sul punto del pubblico ministero, al giudice di appello è inibito un provvedimento che lederebbe a un tempo il principio del favor rei e quello devolutivo*».

Per quanto rileva ai fini della questione più recentemente oggetto dell'esame delle Sezioni Unite, va rilevato che, in motivazione, la Corte, con la sentenza Cerroni, ha precisato che, anche nel caso di beneficio erroneamente concesso, non ne è consentita la revoca in assenza di impugnazione sul punto del pubblico ministero.

Si tratta di uno snodo dirimente nel ragionamento dei Giudice di legittimità.

Invero, il Supremo Consesso rileva come, dopo la pronuncia a Sezioni Unite Cerroni del 1998, le Sezioni semplici abbiano ritenuto di poter superare quest'ultimo insegnamento della Corte in composizione allargata: mentre la sentenza Cerroni statuisce che l'eventuale revoca della sospensione condizionale della pena da parte del giudice d'appello, in assenza di impugnazione della pubblica accusa sul punto, viola il disposto dell'art. 597, comma 3, cod. proc. pen. in ordine al divieto di *reformatio in peius*, con conseguente lesione del principio del *favor rei* e del principio devolutivo, la successiva giurisprudenza delle Sezioni semplici ritiene insussistente la predetta violazione.

La sentenza delle Sezioni Unite rileva come quest'ultima giurisprudenza, a fronte del chiaro tenore letterale del disposto di cui all'art. 597, comma 3, cod. proc. pen. e dell'insegnamento della sentenza Cerroni, non abbia sufficientemente chiarito sulla base di quali elementi sopravvenuti e di quali argomenti possa dirsi ormai superata la precedente impostazione.

Secondo la Corte, nessuna novità sul punto è stata introdotta o può ricavarsi in via interpretativa dalla sopravvenuta l. 26 marzo 2001, n. 128, il cui art. 1 ha aggiunto, sul piano sostanziale, il terzo comma dell'art. 168 cod. pen. (che prevede l'obbligatorietà della revoca

della sospensione condizionale concessa in presenza di cause ostative) e, sul piano processuale, il comma 1-*bis* all'art. 674 cod. proc. pen. (che impone al giudice dell'esecuzione la revoca del beneficio qualora rilevi l'esistenza di cause ostative alla sua concessione), senza tuttavia prevedere in alcun modo la facoltà o l'obbligo, da parte del giudice d'appello, di revocare il beneficio della sospensione condizionale illegittimamente concesso in assenza di impugnazione del pubblico ministero sul punto e, dunque, in deroga al principio devolutivo.

Né è possibile – secondo le Sezioni Unite – ricavare la possibilità di superare quest'ultimo muovendo dalla natura obbligatoria della revoca per originaria illegittimità e dall'assenza di un potere di valutazione discrezionale del giudice sul punto.

Netta è l'affermazione della Corte: «*È bene precisare subito (...) che dalla natura obbligatoria della revoca consegue soltanto che il giudice, sia di cognizione che di esecuzione, deve pronunciarla senza poter svolgere alcuna valutazione discrezionale; non anche che essa – ed è qui l'equivoco che inficia l'impostazione del tema ad opera di entrambi gli orientamenti in esame – debba essere disposta non avendo riguardo alle ordinarie scansioni processuali che definiscono l'ambito di cognizione e di decisione dei giudici nei vari gradi del giudizio*».

Le Sezioni Unite rilevano, poi, come neppure la pronuncia Longo abbia in alcun modo validato l'idea che il vizio della sentenza che abbia concesso la sospensione condizionale in violazione dei limiti di cui all'art 164, ultimo comma, cod. pen. sia conoscibile in sede di impugnazione oltre i limiti della devoluzione.

Sul punto, la Corte osserva che, quando, nel predetto arresto, si afferma che al giudice dell'esecuzione richiesto di revocare la sospensione condizionale illegittimamente concessa compete preliminarmente accertare se i precedenti penali ostativi fossero documentalmente noti in cognizione, si precisa che il riferimento temporale non è all'intero giudizio di cognizione, fino al passaggio in giudicato della sentenza, ma «*all'atto della concessione del beneficio*». È, dunque, al solo momento della concessione del beneficio e non anche al tempo del giudizio di impugnazione, che rileva se fossero documentalmente noti i precedenti ostativi.

Ed è con questa precisazione, di indubbia importanza, che deve intendersi il senso della successiva statuizione, per la quale il giudice dell'esecuzione, anche di ufficio, deve acquisire «*il fascicolo processuale del giudizio deciso con la sentenza di concessione del beneficio*».

Non v'è, quindi, il riconoscimento di un potere esercitabile *extra devolutum* ma, in linea con quanto affermato da Sez. U Cerroni, si ribadisce che il giudice di appello (come anche la Corte di cassazione) può sì rimediare all'errore commesso dal giudice che ha concesso il beneficio, ma solo a condizione che gli sia stata devoluta la cognizione sul tema.

Si aggiunge inoltre che, affinché possa affermarsi l'avvenuta espressione di una valutazione in tema di revocabilità della sospensione condizionale della pena, è irrilevante la semplice «*possibilità di conoscenza*», scaturente dalla mera presenza in atti di un certificato del casellario giudiziale aggiornato, ma è necessaria la «*effettiva conoscenza*» della causa ostativa.

La Corte, infatti, richiama la differenza esistente tra «*errore valutativo*» ed «*errore meramente percettivo*»: al primo non può che porsi rimedio con gli ordinari mezzi di impugnazione, mentre la correzione del secondo può essere operata sia nell'ambito del medesimo giudizio di cognizione, nel rispetto del principio devolutivo, sia in sede esecutiva.

Precisando ulteriormente, si afferma che, anche qualora il giudice della cognizione abbia il potere di decidere, la mancanza nella sentenza di qualunque valutazione su una determinata questione fa ritenere che egli non sia incorso in un errore valutativo, ossia che non abbia espresso neppure implicitamente il proprio convincimento e che il silenzio serbato sul punto sia rivelatore di un mero errore percettivo che legittima l'intervento del giudice dell'esecuzione.

È la presenza di una effettiva, sebbene implicita, valutazione del giudice della cognizione e di una statuizione che ne dia in qualche modo contezza che sbarra la strada all'intervento del giudice dell'esecuzione, nei casi in cui la legge gli conferisca una potestà decisoria, come si desume dalla regola dettata in tema di riconoscimento del concorso formale di reato o della continuazione in sede esecutiva (art. 671 cod. proc. pen.), ma che ha una valenza generale, per tutti i casi di sovrapposizione di attribuzioni tra giudice della cognizione e giudice dell'esecuzione.

La Cassazione, pertanto, esclude che, nella fattispecie in esame, sia prevista alcuna deroga al principio devolutivo.

Sotto tale profilo, la sentenza censura entrambi gli indirizzi interpretativi in contrapposizione: «*Entrambi gli orientamenti in contrasto ritengono, incorrendo nel medesimo errore, che non operino in materia i limiti della devoluzione e si differenziano perché l'uno, quello maggioritario, risolve il potere di decisione in termini di mera facoltà e l'altro, quello minoritario, lo traduce in termini di obbligo.*

Non va invece trascurato quel che le decisioni delle Sezioni semplici mettono da canto, ossia che il giudice di appello si pronuncia ordinariamente nell'ambito della materia devoluta con l'atto di impugnazione e conosce fuori dei punti della decisione a cui si riferiscono i motivi proposti a condizione che la legge estenda specificamente il suo ambito cognitivo oltre i confini segnati dalla parte impugnante».

A giudizio delle Sezioni Unite, pertanto, la deroga al generale principio devolutivo non può trarsi, contrariamente a quanto ritenuto dalle Sezioni semplici, né dalla natura obbligatoria e dichiarativa del provvedimento di revoca del beneficio per originaria illegittimità, né muovendo dall'assegnazione del relativo potere al giudice dell'esecuzione, come espressamente previsto dalla l. n. 128 del 2001, che ha integrato in tal senso l'art. 674 cod. proc. pen.

Sotto il primo profilo, la Corte osserva che «*la natura dichiarativa del provvedimento di revoca non è carattere così significativo, perché molti sono i casi in cui la violazione di legge rileva sulla base di una mera constatazione dell'assenza dei presupposti di legge o della presenza di condizioni impeditive, senza che si debbano operare valutazioni di particolare complessità. Per restare al tema della sospensione condizionale, un regime particolare delle impugnazioni dovrebbe essere riservato, seguendo l'impostazione che qui si critica, anche alle statuizioni di sentenza che applicano la sospensione condizionale in violazione dei limiti di pena irrogata, secondo le previsioni dell'art. 163 cod. pen.; e lo stesso regime in deroga dovrebbe estendersi, come detto, ai più vari provvedimenti soggetti alla ricorrenza di presupposti e condizioni passibili di immediata apprensione*».

In ordine al secondo profilo, invece, più strettamente processuale, si rileva che «*il fatto (...) che l'errore da violazione di legge sia rimediabile in sede esecutiva non implica il superamento dei limiti della devoluzione in appello*», posto che una ricostruzione in tal senso «*tende ad assegnare all'art. 168, terzo comma, cod. pen. una natura anche processuale, in funzione dell'affrancamento del giudice delle impugnazioni dai limiti della devoluzione, e non si avvede, da un lato, che nessuna disposizione di legge giustifica una tale manipolazione interpretativa e che, dall'altro, l'ampiezza della disposizione dell'art. 674, comma 1 -bis, cod. proc. pen. in tema di intervento del giudice dell'esecuzione orienta decisamente per l'insostenibilità di una restrizione del suo ambito applicativo in conseguenza di una rimodulazione dei poteri in cognizione*».

Il Supremo Consesso, dunque, attribuisce valenza decisiva e insuperabile alla lettera del terzo comma dell'art. 597 cod. proc. pen., che indica i poteri cognitivi e decisori del giudice dell'appello quando appellante è il solo imputato, così come del quinto comma del medesimo articolo, il quale, nell'elencare i poteri officiosi del giudice dell'impugnazione, esercitabili

anche in assenza di specifica impugnazione sul punto, annovera la concessione della sospensione condizionale della pena, ma non la sua revoca, a prescindere dai motivi di quest'ultima.

In merito, la Corte rileva che, se il legislatore avesse voluto sottrarre la revoca *ex* art. 168, comma terzo, cod. pen. al rispetto del principio devolutivo, sarebbe intervenuto, oltre che sull'art. 674 cod. proc. pen., anche sull'art. 597 del codice di rito, proprio in tema di poteri d'ufficio del giudice d'appello: «*Ove avesse inteso tradurre la doverosità dell'intervento di revoca in un potere officioso extra devolutum, il legislatore della novella del 2001 non si sarebbe limitato a interpolare l'art. 674 del codice di rito in tema di attribuzioni del giudice dell'esecuzione e avrebbe esteso la predisposizione dei raccordi della nuova disposizione di natura sostanziale alla disciplina dei poteri del giudice delle impugnazioni*».

Né potrebbe farsi ricorso ad un'interpretazione estensiva o analogica dell'art. 597, comma 5, cod. proc. pen. in tema di individuazione dei poteri d'ufficio del giudice d'appello, posto che «*la disposizione (...) è di stretta interpretazione nella misura in cui comporta una eccezione alla regola generale dell'effetto devolutivo e, come tale, non può essere applicata oltre i casi in essa considerati, come compiutamente argomentato da ultimo da Sez. U, n. 12872 del 19/01/2017, Punzo, Rv. 269125-01. Non può, dunque, farsi leva su questa disposizione per argomentare che, come il giudice di appello può concedere la sospensione, pur quando la cognizione sul punto non gli sia stata devoluta, così può revocarla oltre il devoluto quando sia stata illegittimamente applicata*».

La Corte conclude, pertanto, affermando che, nel caso di specie, la regola generale che verrebbe violata, ove si consentisse al giudice d'appello di revocare d'ufficio la sospensione condizionale concessa dal giudice di primo grado in presenza di cause ostative, è il principio devolutivo, mentre non viene in rilievo il divieto di *reformatio in peius*, poiché «*esso è limite al potere decisorio del giudice di appello che presuppone logicamente l'attribuzione del potere di cognizione per mezzo della devoluzione*».

Invero, se impugnante, in punto di revoca del beneficio, è il pubblico ministero, non vi è spazio per l'operatività del divieto di *reformatio in peius*, mentre, ove si volesse ipotizzare una devoluzione per iniziativa dell'imputato, l'esplicita domanda di revoca da parte di quest'ultimo, porrebbe nel nulla il predetto divieto.

La sentenza giunge, in tal modo, ad affermare il principio di diritto così massimato: «*È legittima la revoca, in sede esecutiva, della sospensione condizionale della pena disposta in violazione dell'art. 164, comma quarto, cod. pen. in presenza di una causa ostativa ignota al giudice di primo grado pur se nota a quello d'appello, non investito dell'impugnazione sul punto, essendo a quest'ultimo precluso il potere di revoca d'ufficio in ossequio al principio devolutivo e non avendo conseguentemente espresso alcuna valutazione in merito, neppure implicita*» (**Sez. U, n. 36460 del 30/05/2024, Zangari, Rv. 287004-01**).

Nessuna importanza può, dunque, essere attribuita – secondo la decisione adottata dalle Sezioni Unite – alla mera sussistenza negli atti del giudizio di appello della «*prova documentale*» della presenza di cause ostative alla concessione della sospensione condizionale, né alla semplice «*sollecitazione*» rivolta dal pubblico ministero al giudice dell'impugnazione in punto di revoca.

Affinché si attivi il potere cognitivo e revocatorio del giudice di appello in ordine alla sospensione condizionale illegittimamente concessa, è necessaria, infatti, l'impugnazione, sul punto, da parte del pubblico ministero (o dell'imputato, qualora se ne possa ravvisare l'interesse). Solo un'impugnazione ritualmente formulata e tematicamente orientata consente (e impone) al giudice d'appello di pronunciarsi sul punto, dovendosi escludere qualunque valutazione, esplicita o implicita, sulla revoca del beneficio, in assenza di tale necessaria precondizione.

Indice delle sentenze citate

Ordinanze della Corte costituzionale

Corte cost., ord. n. 363 del 2007.

Sentenze della Corte di cassazione:

Sez. U, Sentenza n. 7551 del 08/04/1998, Cerroni, Rv. 210798-01;
Sez. 1, Sentenza n. 42661 del 28/10/2009, P.M. in proc. Shera, Rv. 245575-01;
Sez. 3, Sentenza n. 42167 del 09/07/2013, Di Meo, Rv. 257055-01;
Sez. U, Sentenza n. 37345 del 23/04/2015, P.M. in proc. Longo, Rv. 264381-01;
Sez. U, Sentenza n. 12872 del 19/01/2017, Punzo, Rv. 269125-01;
Sez. 1, Sentenza n. 19457 del 16/01/2018, Signoretto, Rv. 272832-01;
Sez. 1, Sentenza n. 30709 del 10/05/2019, Coccia, Rv. 276504-01;
Sez. 1, Sentenza n. 30710 del 10/05/2019, Dinar, Rv. 276408-01;
Sez. 1, Sentenza n. 917 del 17/10/2019, dep. 2020, Karmeshtna, n.m.;
Sez. 5, Sentenza n. 23133 del 09/07/2020, Bordonaro, Rv. 279906-01;
Sez. 1, Sentenza n. 31998 del 30/10/2020, Cattafi, n.m.;
Sez. 5, Sentenza n. 84 del 01/12/2020, dep. 2021, Consulo, n.m.;
Sez. 1, Sentenza n. 24103 del 08/04/2021, Fosco, Rv. 281432-01;
Sez. 1, Sentenza n. 39190 del 09/07/2021, Stambazzi, Rv. 282076-01;
Sez. 1, Sentenza n. 36518 del 15/09/2021, Strambelli, n.m.;
Sez. 1, Sentenza n. 6270 del 14/10/2022, Di Bono, n.m.;
Sez. 7, Sentenza n. 7157 del 15/02/2022, Oanca, n.m.;
Sez. 1, Sentenza n. 9498 del 16/03/2022, P.M. c/ Morsello, n.m.;
Sez. 1, Sentenza n. 9560 del 16/03/2022, Asaro, n.m.;
Sez. 1, Sentenza n. 13192 del 03/02/2022, P.M. c/ Lombardo, n.m.;
Sez. 1, Sentenza n. 25198 del 05/05/2022, P.M. c/ Redditzi, n.m.;
Sez. 1, Sentenza n. 25199 del 05/05/2022, P.M. c/ Lussu, n.m.;
Sez. 1, Sentenza n. 36362 del 17/05/2022, Reale, n.m.;
Sez. 1, Sentenza n. 46910 del 14/09/2022, Biondi, n.m.;
Sez. 5, Sentenza n. 8159 del 24/01/2023, Strambelli, n.m.;
Sez. 1, Sentenza n. 18245 del 24/03/2023, Cosimo, n.m.;
Sez. 1, Sentenza n. 29876 del 24/03/2023, Taormina, n.m.;
Sez. 7, Sentenza n. 49055 del 14/09/2023, Di Rino, n.m.;
Sez. 5, Sentenza n. 2144 del 20/12/2023, dep. 2024, V., Rv. 285781-01;
Sez. 5, Sentenza n. 11959 del 20/12/2023, dep. 2024, Mboup, n.m.;
Sez. 1, Ordinanza n. 10390 del 22/02/2024, Zangari, n.m.;
Sez. U, Sentenza n. 36460 del 30/05/2024, Zangari, Rv. 287004-01.

PARTE TERZA

QUESTIONI RECENTI IN TEMA DI VIOLENZA DI GENERE E DI VIOLENZA DOMESTICA

(di Valeria Bove e Francesca Zavaglia)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La giurisprudenza della Corte sui delitti introdotti dalle normative speciali più recenti. 2.1. – La violazione dei provvedimenti di allontanamento e del divieto di avvicinamento (art. 387-*bis* cod. pen.). – 2.1.1. La modifica dell'art. 388 cod. pen. – 2.2. La deformazione dell'aspetto a seguito di lesioni permanenti al viso (art. 583-*quinquies* cod. pen.). – 2.3. L'illecita diffusione di immagini e video sessualmente espliciti (art. 612-ter cod. pen.). – 3. La giurisprudenza sulle ultime modifiche legislative riguardanti i delitti di violenza di genere e domestica. – 3.1. Maltrattamenti contro familiari o conviventi e delitto di atti persecutori. – 3.2. Reati contro la libertà sessuale. – 4. La subordinazione della sospensione condizionale della pena ai percorsi di recupero. – 5. Le misure di protezione della vittima. – 5.1. L'obbligo di allontanamento dalla casa familiare. – 5.2. Il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa. – 5.3. Le misure precautelari. – 6. Le misure contro il rischio di vittimizzazione secondaria. – 6.1. L'audizione della persona offesa. – 6.2. La valutazione delle dichiarazioni rese. – 7. Il patrocinio a spese dello Stato.

1. Premessa.

Il contrasto alla violenza di genere e domestica è stato realizzato, negli ultimi anni, attraverso una serie di interventi normativi che hanno incrementato e reso quanto più possibile effettiva la prevenzione e il contrasto alla violenza nei confronti delle donne e alla violenza domestica, in attuazione delle Convenzione del Consiglio d'Europa sottoscritta l'11 maggio 2011 ad Istanbul, ratificata dall'Italia con la legge 27 giugno 2013, n. 77, ed entrata in vigore l'1 agosto 2014, a seguito del raggiungimento del prescritto numero di dieci ratifiche: solo negli ultimi anni, la legge 19 luglio 2019, n. 69, nota come "codice rosso", ha introdotto percorsi procedimentali preferenziali per reati ritenuti significativi della degenerazione delle relazioni familiari e delle relazioni più genericamente definite "strette", ma anche nuove fattispecie incriminatrici ed inasprimenti sanzionatori; ad essa si raccordano le disposizioni previste dall'art. 2, commi 11, 12, 13 e 15 della legge 30 settembre 2021, n. 134, seguite dalla recentissima legge 8 settembre 2023, n. 122, c.d. "codice rosso rafforzato", che ha implementato i poteri del procuratore della Repubblica nei casi di violazione dell'articolo 362, comma 1-*ter*, cod. proc. pen., in materia di assunzione di informazioni dalle vittime; in ultimo, la legge 24 novembre 2023, n. 168, recante "Disposizioni per il contrasto della violenza sulle donne e della violenza domestica", in vigore dal successivo 9 dicembre. Tutte normative, queste, espressione di un *trend* di tutele ad intensità crescente, messe in atto al fine di disinnescare una *escalation* criminale che sembra non avere fine (cfr. Relazione tematica sulle novità legislative n. 08/2024 dell'Ufficio del Ruolo e del Massimario avente ad oggetto la legge n. 168 del 2023).

Di seguito una riflessione sulle pronunce dell'anno in rassegna condotta, sotto il profilo sostanziale, in relazione ai delitti introdotti dalle normative speciali più recenti; quindi, con particolare riferimento alle ultime modifiche sui delitti di violenza di genere e di violenza domestica; infine, sul tema specifico della subordinazione della sospensione condizionale della pena ai percorsi di recupero per i reati individuati dall'art. 165, comma quinto, cod. pen., su cui si sono pronunciate le Sezioni Unite.

Quanto agli aspetti procedurali, l'analisi delle pronunce dell'anno riguarderà le misure di protezione della vittima e quelle contro il rischio di vittimizzazione secondaria ed infine il patrocinio a spese dello Stato.

2. La giurisprudenza della Corte sui delitti introdotti dalle normative speciali più recenti.

2.1. La violazione dei provvedimenti di allontanamento e del divieto di avvicinamento (art. 387-*bis* cod. pen.).

L'art. 387-*bis* cod. pen., inserito dall'art. 4 legge 19 luglio 2019, n. 69, nel disciplinare il delitto di violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare (art. 282-*bis* cod. proc. pen.), di violazione del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (art. 282-*ter* cod. proc. pen.) e di violazione dell'ordine di allontanamento d'urgenza dalla casa familiare, disposto dalla polizia giudiziaria, su autorizzazione del pubblico ministero (art. 384-*bis* cod. proc. pen.), è una delle disposizioni su cui ha inciso la recente legge 24 novembre 2023, n. 168, il cui art. 9 ne ha innalzato la pena della reclusione da sei mesi a tre anni, aumentando il massimo edittale a tre anni e sei mesi (così consentendo l'applicazione delle misure coercitive, anche a seguito di arresto, in quanto per lo stesso delitto, l'art. 380, comma 2, lettera l-*ter*, cod. proc. pen., come modificato dall'art. 2, comma 15, della legge 27 settembre 2021, n. 134, prevede l'arresto obbligatorio in flagranza) e ne ha esteso la disciplina penalistica alla violazione degli ordini di protezione emessi dal giudice in sede civile (contestualmente abrogando, come si vedrà, l'art. 388 cod. pen.).

Poche le decisioni assunte nell'anno dalle sezioni semplici in ordine al delitto di violazione del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, nella formulazione antecedente alla novellazione del 2023 (e nessuna di rilievo che riguardi l'attuale formulazione), sicché, allo stato, residuano i principi affermati da Sez. U, n. 39005 del 29/04/2021, G., Rv 281957-01, pronuncia che assume rilievo, sia pur indirettamente, ai fini del delitto in esame, con particolare riferimento agli elementi costitutivi della condotta, fornendo indicazioni che rendono non solo efficace la misura coercitiva, ma anche esigibili le relative prescrizioni, che, in quanto enunciate con chiarezza, sono conoscibili dalla parte interessata, con conseguente configurabilità, sia sotto il profilo oggettivo, che sotto il profilo soggettivo del dolo, del delitto di cui all'art. 387-*bis*, cod. pen..

Tra le pronunce delle sezioni semplici che hanno riguardato il delitto di cui all'art. 387-*bis* cod. pen. si segnala **Sez. 6, n. 30600 del 04/06/2024, massimata su altro**: nella fattispecie la Corte ha censurato – annullandola senza rinvio, con restituzione degli atti alla Autorità giudiziaria procedente per l'ulteriore corso – l'ordinanza con la quale il giudice, all'esito della convalida dell'arresto, obbligatorio, per il reato di cui all'art. 387-*bis* cod. pen. aveva, senza alcuna motivazione, disposto la restituzione degli atti al Pubblico ministero, perché procedesse nelle forme ordinarie, omettendo di dare corso al giudizio direttissimo e di adottare le richieste misure cautelari. Nell'indicata pronuncia si è affermato che «*la restituzione degli atti al pubblico ministero e il sostanziale immotivato diniego del rito direttissimo conseguente alla convalida dell'arresto si sono tradotti in un profilo di abnormità strutturale, correlato ad un provvedimento che non trova alcuna base giustificativa nell'ordinamento processuale e in relazione al quale la regressione prodotta non discende da un provvedimento astrattamente previsto e tuttavia utilizzato al di fuori dello schema normativo, oltre ogni ragionevole limite, bensì da una radicale violazione dell'ordinata sequenza degli atti contemplata dal codice di rito, tale da alterare dunque l'ordo processus e da costringere il P.m. a dare corso ad una procedura diversa, anche in violazione del principio di ragionevole durata (per l'affermazione dell'abnormità del provvedimento in un caso analogo, cfr. anche Sez. 6, n. 7933 del 08/02/2012, Gynaoe, Rv 252079)*».

La sentenza non si pronuncia, come visto, sugli elementi costitutivi del delitto in esame, ma precisa che, trattandosi di un delitto per il quale è previsto l'arresto obbligatorio, la

sequenza procedurale, in caso di convalida dell'arresto, impone di non restituire gli atti al pubblico ministero (pena l'abnormità del provvedimento che lo dispone) ma di procedere con il giudizio direttissimo.

2.1.1. La modifica dell'art. 388 cod. pen.

L'art. 387-*bis* cod. proc. pen. è stato interpolato dall'art. 9, comma 1, lett. a), legge 24 novembre 2023, n. 168, che, oltre a modificare la pena, innalzando il massimo edittale a tre anni e sei mesi, ha introdotto un ulteriore comma all'indicata disposizione, al fine di rendere applicabile la disciplina ivi contemplata ai casi di violazione degli ordini di protezione contro gli abusi familiari di cui all'art. 342-*ter*, primo comma, cod. civ. emessi dal giudice in sede civile ovvero alla violazione di un provvedimento di eguale contenuto assunto nel procedimento di separazione personale dei coniugi o nel procedimento di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio.

Contestualmente, il medesimo art. 9 cit., al comma 1, lett. b), è intervenuto sul secondo comma dell'articolo 388 cod. pen., sopprimendo la parte in cui prevedeva che la violazione degli ordini di protezione civilistici venisse sanzionata con la reclusione fino a tre anni o con la multa da euro 103 a euro 1.032.

Dunque, prima della novellazione ad opera del legislatore del 2023, nel più ampio ambito del reato di "mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice", previsto dall'art. 388 cod. pen., rientrava anche la violazione degli ordini di protezione civilistici, oggi confluita nell'unica fattispecie di cui all'art. 387-*bis* cod. pen.

Tanto chiarito non sono molte le pronunce adottate in tema di art. 388 cod. pen., con riferimento alla fattispecie della violazione degli ordini di protezione civilistici; la maggior parte delle (numerose) decisioni sull'art. 388, comma secondo, cod. pen. si riferisce infatti ai casi di affidamento dei figli minori (*ex multiis,* solo tra le più recenti, **Sez. 6, n. 24388 del 13/03/2024, A., Rv. 286648-01**; Sez. 6, n. 38126 del 11/07/2023, M., Rv. 285214-02; Sez. 6, n. 38126 del 11/07/2023, Rv. 285214-01; Sez. 6, n. 10905 del 31/01/2023, C., Rv. 284467-01; Sez. 6, n. 10905 del 31/01/2023, C., Rv. 284467-02; Sez. 6, n. 13439 del 28/01/2021, B., Rv. 280846-01; Sez. 6, n. 29672 del 14/09/2020, F., Rv. 279950- 01; Sez. 6, n. 14172 del 29/01/2020, M., Rv. 278845-01).

2.2. La deformazione dell'aspetto a seguito di lesioni permanenti al viso (art. 583-*quinquies* cod. pen.).

L'art. 12, comma 1, legge 19 luglio 2019, n. 69, ha introdotto l'art. 583-*quinquies* cod. pen. (*Deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso*), abrogando, contestualmente, l'art. 583, comma secondo, n. 4), cod. pen., che disciplinava la circostanza aggravante del reato di lesioni personali da cui deriva la deformazione ovvero lo sfregio del viso. A seguito della novellazione del 2019, il disposto di cui all'art. 583-*quiquies* cod. pen. stabilisce che chiunque cagioni ad alcuno lesione personale dalla quale derivano la deformazione o lo sfregio permanente del viso, è punito con la reclusione da otto a quattordici anni e che la condanna ovvero l'applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 cod. proc. pen. comporta l'interdizione perpetua da qualsiasi ufficio attinente alla tutela, alla curatela e all'amministrazione di sostegno.

Si segnala, tra le decisioni sul tema, **Sez. 5, n. 6401 del 23/01/2024, M., Rv. 286054-01** così massimata: «*In tema di lesioni personali, sussiste continuità normativa tra la circostanza aggravante della "deformazione" o dello "sfregio permanente al viso", abrogata dall'art. 12, legge 19 luglio 2019, n. 69, e il delitto di deformazione dell'aspetto della persona mediante*

lesioni permanenti al viso». Si evidenzia in motivazione che «*tra le due ipotesi vi è piena continuità normativa in quanto il fenomeno successorio che si è verificato risulta caratterizzato da un'evidente continuità tra l'ipotesi aggravata formalmente abrogata e l'analoga previsione introdotta all'interno del codice penale, che non comporta, ex art. 2 cod. pen., problemi di successione di leggi penali (abrogative o modificative) nel tempo, in quanto alla precedente circostanza aggravante, che costituisce oggi un elemento costitutivo della nuova ipotesi autonoma di reato, è riprodotta pedissequamente – in toto- nel testo della nuova disposizione in entrambi i suoi termini "deformazione" o "sfregio permanente del viso"; cosicché deve escludersi che dall'introduzione di tale nuova disposizione incriminatrice possa discendere la conseguenza della sopravvenuta espulsione dall'ordinamento del dato circostanziale dello sfregio permanente che non si sia risolto in una deformazione del volto*».

Come affermato dalla Corte nella citata sentenza «*Il legislatore introducendo il reato di deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni personali e al viso, pur muovendo dall'intento di predisporre una più ampia tutela per le vittime di violenza domestica o di genere, non ha inteso limitarla solo a tali soggetti, tant'è che la fattispecie criminosa introdotta si riferisce a chiunque ponga in essere la condotta descritta e a chiunque ne rimanga vittima, né tantomeno ha inteso circoscriverne la portata, avendo piuttosto la fattispecie incriminatrice preso il posto dell'aggravante per ragioni di rafforzamento della tutela; la creazione di una fattispecie di reato ad hoc è stata dettata anche dalla finalità di evitare ciò che avveniva in passato, ovvero che il regime sanzionatorio, previsto per le lesioni aggravate dall'aver cagionato una deformazione o uno sfregio permanente del viso, potesse essere contemperato dalla sussistenza di circostanze attenuanti*».

In ragione della continuità normativa tra la circostanza aggravante della "deformazione" o dello "sfregio permanente al viso", abrogata dall'art. 12, legge 19 luglio 2019, n. 69, e il delitto di deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso, previsto dall'art. 583-*quinquies* cod. pen. può essere richiamato il consolidato indirizzo interpretativo dei giudici di legittimità, secondo cui integra lo sfregio permanente del viso qualsiasi nocumento che, senza determinare la più grave conseguenza della deformazione, importi un turbamento irreversibile dell'armonia e dell'euritmia delle linee del viso, con effetto sgradevole o d'ilarità, anche se non di ripugnanza, secondo un osservatore comune, di gusto normale e di media sensibilità (in questi termini, **Sez. 2, n. 29960 del 19/06/2024, A., non massimata,** che cita sul punto Sez. 5, n. 26155 del 21/04/2010, Rv. 247892-01; Sez. 5 n. 32984 del 16/06/2014, Rv. 261653-01; Sez. 5 n. 27564 del 21/09/2020, Rv. 279471-01). Né, a tal fine, rileva la possibilità di eliminazione o di attenuazione del danno fisionomico mediante speciali trattamenti di chirurgia facciale (Sez. 5, n. 26155 del 21/04/2010, Rv. 247892; Sez. 5 n. 23692 del 07/05/2021, Rv. 281319-01).

2.3. L'illecita diffusione di immagini e video sessualmente espliciti (art. 612-*ter* cod. pen.).

Altra fattispecie di reato inserita dalla legge 19 luglio 2019, n. 69, è il delitto di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti, disciplinato dall'art. 612-*ter* cod. pen., in ordine al quale si registrano già alcune decisioni della Suprema Corte, fra le quali (*ex multis* Sez. 5, n. 38219 del 15/09/2022, D., Rv. 283800-01; Sez. 5, n. 14927 del 22/02/2023, T., Rv. 284576-01). Si segnala nell'anno di interesse, con riferimento all'elemento soggettivo del dolo **Sez. 5, n. 19201 del 23/02/2024, L, Rv. 286392-01**, così di seguito massimata: «*Ai fini della configurabilità del delitto di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti di cui al primo comma dell'art. 612-ter cod. pen. è sufficiente il dolo generico e, dunque, la consapevolezza e volontà di consegnare, cedere, pubblicare o diffondere imma-*

gini o video, realizzati con il consenso della vittima, ma destinati a rimanere privati; diversamente, ai fini della sussistenza del delitto di cui al secondo comma della norma citata, è necessario che il soggetto che ha ricevuto le immagini o i video da terzi, ponga in essere la medesima condotta con il dolo specifico di arrecare nocumento al soggetto rappresentato».

3. La giurisprudenza sulle ultime modifiche legislative riguardanti i delitti di violenza di genere e domestica.

3.1. Maltrattamenti contro familiari o conviventi e delitto di atti persecutori.

Il delitto di maltrattamenti, previsto dall'art. 572 cod. pen. – dopo la modifica inserita nel testo e nella rubrica dalla legge 1 ottobre 2012, n. 172, e l'abrogazione del comma secondo, nella sua vecchia formulazione, ad opera dell'art. 1, comma 1-*bis*, d.l. 14 agosto 2013, n. 93, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 ottobre 2013, n. 119, – è stato da ultimo interessato dalle modifiche introdotte dall'art. 9, comma 2, legge 19 luglio 2019, n. 69, che, con la lett. a), è intervenuto sulla cornice edittale (elevando la pena prevista al primo comma, da uno a cinque anni di reclusione, nella nuova pena da tre a sette anni di reclusione; aumentando altresì il massimo edittale, nei casi di lesione grave, da otto a nove anni di reclusione e, nei casi in cui derivi la morte, da venti a ventiquattro anni di reclusione) e con lett. b) e c) ha interpolato il testo della disposizione, inserendo, rispettivamente, il comma secondo («La pena è aumentata fino alla metà se il fatto è commesso in presenza o in danno di persona minore, di donna in stato di gravidanza o di persona con disabilità come definita ai sensi dell'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero se il fatto è commesso con armi») e il comma quarto («Il minore di anni diciotto che assiste ai maltrattamenti di cui al presente articolo si considera persona offesa dal reato»).

Copiosa e articolata la giurisprudenza di legittimità sull'art. 572 cod. pen.: di seguito si analizzeranno le pronunce intervenute nell'anno specificamente sulle modifiche introdotte dalla legge n. 69 del 2019, nonché, per completezza, alcune questioni nuove sulle quali la Corte, più di recente, ha espresso nuovi principi.

Sulla condotta maltrattante, **Sez. 6, n. 32042 del 08/07/2024, F., Rv. 286854-02** ha precisato che integra il reato di maltrattamenti la condotta dell'agente volta ad imporre, a fini asseritamente educativi, il proprio potere assoluto e sovraordinato, con l'obbligo per la vittima di svolgere, in quanto donna, compiti di cura e servizio secondo gli ordini impartiti dal partner. (In motivazione, la Corte ha precisato che una tale condotta viola il divieto di utilizzo di pregiudizi di genere sancito dall'art. 12.1 della Convenzione di Istanbul, ratificata con legge 27 giugno 2013, n. 77, nella parte in cui afferma la illeceità delle pratiche punitive fondate su una pretesa insubordinazione femminile agli obblighi familiari o coniugali).

Il reato è altresì integrato da comportamenti reiterati, ancorché non sistematici, che, valutati complessivamente, siano volti a ledere, con violenza fisica o psicologica, la dignità e identità della persona offesa, limitandone la sfera di autodeterminazione: è questo il principio espresso da Sez. 6, n. 37978 del 03/07/2023, B., Rv. 285273-01, in un procedimento in cui la Corte ha annullato agli effetti civili la sentenza che aveva ritenuto la condotta sopraffattrice unilateralmente tenuta dall'imputato ai danni della convivente *more uxorio* come espressiva di ordinaria "litigiosità di coppia", la quale presuppone invece che le parti della relazione si confrontino, anche veementemente, ma su un piano paritetico, di reciproca accettazione del diritto di ciascuno ad esprimere il proprio punto di vista.

Oltre che l'esercizio reiterato di minacce e restrizioni della libertà di movimento di una donna componente del gruppo familiare, anche la sostanziale privazione della sua fun-

zione genitoriale, realizzata mediante l'avocazione delle scelte economiche, organizzative e educative relative ai figli minori e lo svilimento, ai loro occhi, della sua figura morale integra la condotta maltrattante tipica del delitto di cui all'art. 572 cod. pen. (Sez. 5, n. 21133 del 25/03/2019, C., Rv. 275315-02).

Di recente, sempre in ordine all'elemento oggettivo della condotta maltrattante, si è affermato che il reato di maltrattamenti in famiglia è configurabile anche nel caso in cui le condotte violente e vessatorie siano poste in essere dai familiari in danno reciproco gli uni degli altri, poiché l'art. 572, cod. pen., non prevedendo spazi di impunità in relazione ad improprie forme di autotutela, non consente alcuna "compensazione" fra condotte penalmente rilevanti poste in essere vicendevolmente. (**Sez. 1, n. 19769 del 10/04/2024, P., Rv. 286399-01**, superando un orientamento, espresso da Sez. 6, n. 4935 del 23/01/2019, M., Rv. 274617-01, che escludeva la sussistenza di un regime di vita persecutorio e umiliante in caso di violenze ed offese reciproche, con un livello di intensità e gravità equivalenti).

Quanto alla configurabilità del reato, si registrano una serie di pronunce in ordine rispettivamente alla nozione di "conviventi", e dunque al requisito della convivenza, da un lato, e alla nozione di "familiari", e quindi al requisito del rapporto "familiare", dall'altro.

In tema di maltrattamenti, e con riferimento, appunto, ai "conviventi", **Sez. 6, n. 10621 del 20/02/2024, P., Rv. 286293-01** ha affermato che il requisito della convivenza è integrato soltanto dalla coabitazione tra individui legati da una relazione qualificata da comunanza materiale e spirituale di vita e da aspettative di reciproca solidarietà, non già la contingente condivisione di spazi abitativi, priva di connotati affettivi e solidali, dovuta a mera amicizia e si è anche aggiunto che, pur in presenza di un rapporto di convivenza di breve durata, instabile e anomalo, il reato è configurabile ove sia sorta una prospettiva di stabilità e un'attesa di reciproca solidarietà (cfr. Sez. 6, n. 17888 del 11/02/2021, O., Rv. 281092-01).

Quanto alla nozione di "familiari" **Sez. 6, n. 26263 del 30/05/2024, N., Rv. 286767-01** ha di recente affermato che, in assenza di matrimonio e di convivenza, la mera genitorialità condivisa, al di fuori di un rapporto di coniugio o di convivenza ed in assenza di contatti significativi fra l'autore delle condotte e la vittima, non può costituire, da sola, il presupposto per ritenere sussistente un rapporto "familiare" rilevante ai fini della configurabilità del reato. (In motivazione, la Corte ha precisato che gli obblighi di formazione e mantenimento dei figli previsti dall'art. 337-*ter*, cod. civ. a carico dei genitori non determinano un rapporto reciproco fra questi ultimi, essendo il loro comune figlio l'unico soggetto interessato). Il principio riprende quello espresso in una più risalente pronuncia che ha ritenuto configurabile il reato di maltrattamenti in situazione di condivisa genitorialità, anche in assenza di convivenza, a condizione che la filiazione non sia stata un evento meramente occasionale ma si sia quantomeno instaurata una relazione sentimentale, ancorché non più attuale, tale da ingenerare l'aspettativa di un vincolo di solidarietà personale, autonomo rispetto ai doveri connessi alla filiazione (Sez. 6, n. 37628 del 25/06/2019, C., Rv. 276697-01).

Sulla configurabilità, nello specifico, della aggravante della c.d. "violenza assistita", la Corte – che già ha affermato che la stessa è configurabile a prescindere dall'età del minorenne, purché il numero, la qualità e la ricorrenza degli episodi cui questi assiste siano tali da lasciare inferire il rischio della compromissione del suo normale sviluppo psico-fisico (Sez. 6, n. 47121 del 05/10/2023, M., Rv. 285479-01) e che il delitto è configurabile nei confronti di un infante che assista alle condotte maltrattanti poste in essere in danno di altri componenti della sua famiglia, a condizione che tali condotte siano idonee ad incidere sull'equilibrio psicofisico dello stesso (Sez. 6, n. 21087 del 10/05/2022, C., Rv. 283271-02) – ha, nell'anno, puntualizzato che non è sufficiente che il minore assista ad un singolo episodio in cui si concretizza la condotta maltrattante, ma è necessario che il numero,

la qualità e la ricorrenza degli episodi cui questi assiste siano tali da lasciare inferire il rischio della compromissione del suo normale sviluppo psico-fisico (**Sez. 6, n. 31929 del 25/06/2024, C., Rv. 286867-01**).

Con riferimento, invece, al regime sanzionatorio cui fare riferimento nei casi in cui la condotta illecita si sia protratta oltre la data di entrata in vigore della legge n. 69 del 2019, la Corte (**Sez. 6, n. 23204 del 12/03/2024, P., Rv. 286616-01**) ha di recente affermato che trova applicazione il regime sanzionatorio, più sfavorevole, previsto da quest'ultima normativa, a prescindere dal numero di episodi commessi durante la sua vigenza e anche senza la necessità che gli stessi integrino, di per sé soli, l'abitualità delle condotte vessatorie, la cui cessazione segna il momento di consumazione del delitto (per Sez. 6, n. 28218 del 24/01/2023, S., Rv. 284788-01, diversamente, la norma sopravvenuta sfavorevole al reo si applica ai soli casi in cui, dopo la sua entrata in vigore, si sia realizzato un segmento di condotta, sufficiente, di per sé, a integrare l'abitualità).

Come per il delitto di maltrattamenti, anche con riferimento al reato di atti persecutori si è posto, nell'anno in rassegna, un problema di successioni di leggi nel tempo, rispetto al quale la Corte ha ritenuto, trattandosi di reato abituale, che esso si consuma nel momento in cui ha luogo l'ultima condotta attuata dall'agente, sicché le modifiche *in peius* del regime sanzionatorio, introdotte dalla legge 19 luglio 2019, n. 69, trovano applicazione anche se intervenute dopo l'inizio della consumazione, ma prima della cessazione della abitualità (in questo senso, **Sez. 5, n. 3427 del 19/10/2023, dep. 2024, C., Rv. 285848-01**).

3.2. Reati contro la libertà sessuale.

La legge 19 luglio 2019, n. 69, ha inciso anche sui reati contro la liberà sessuale, aggravando, con l'art. 13, comma 1, la cornice edittale del delitto di violenza sessuale, previsto dall'art. 609-*bis* cod. pen. (sostituendo le parole «da cinque a dieci anni» con le attuali «da sei a dodici anni»); modificando con l'art. 13, comma 2, le circostanze aggravanti di cui all'art. 609-*ter*, comma primo, n. 1, cod. pen., e le pene previste dall'art. 609-*ter*, ultimo comma, cod. pen. (una ulteriore recente modifica è stata introdotta anche dall'art. 20, comma 1, lett. c), legge 23 dicembre 2021, n. 238, che ha aggiunto la lettera 5-*septies)*; modificando, con l'art. 13, comma 3, il disposto normativo di cui all'art. 609-*quater* cod. pen., con l'inserimento del comma quarto, n. 5, sul quale ha successivamente inciso la legge n. 238 del 2021 («se dal fatto deriva pericolo di vita per il minore»), che, a sua volta, è intervenuta anche sull'art. 609-*quinquies*, comma terzo, lett. c-*bis*; abrogando la procedibilità d'ufficio nel caso di cui all'art. 609-*septies*, comma quarto, n. 5, cod. pen.; aggravando, con l'art. 13, comma 5, la cornice edittale per il delitto di violenza di gruppo, previsto dall'art. 609-*octies*, cod. pen. (sostituendo le parole «da sei a dodici anni» con le parole «da otto a quattordici anni»).

Anche con riferimento ai delitti contro la libertà sessuale e, nello specifico, in relazione ai cd. reati sessuali, assumono rilievo, nell'anno in rassegna, le pronunce in tema di consenso e dissenso della persona offesa che subisce una violenza sessuale.

Riportando di seguito quanto affermato da **Sez. 3, n. 29356 del 18/04/2024, G., Rv. 286620-01**, in una fattispecie in cui la Corte di appello, riformando la sentenza di primo grado, aveva condannato l'imputato per il reato di violenza sessuale ai danni della propria *ex* compagna, gli approdi cui è giunta la Corte sul tema del dissenso/consenso possono così sintetizzarsi: *«…è manifestamente erronea la tesi difensiva secondo cui per escludere il reato di violenza sessuale, il dissenso della persona offesa deve essere manifestato per tutta la durata del rapporto. Ciò vale certamente per il consenso, il quale, in quanto elemento negativo della fattispecie la cui esistenza si pone come impeditiva ai fini della completa*

integrazione del reato, deve perdurare pacificamente nel corso dell'intero rapporto senza soluzione di continuità, con la conseguenza che integra il reato di cui all'articolo 609-bis cod. pen. la prosecuzione del rapporto nel caso in cui, successivamente ad un consenso originariamente prestato, intervenga in itinere una manifestazione di dissenso, anche non esplicita, ma per fatti concludenti chiaramente indicativi della contraria volontà (ex multis, Sez. 3, n. 15010 del 11/12/2018). Ma lo stesso non può dirsi in relazione al dissenso, il quale, non richiedendo, in linea generale, una necessaria manifestazione – avendo la giurisprudenza di legittimità più volte affermato l'insussistenza di un indice normativo dal quale possa effettivamente ricavarsi un onere, ancorché implicito, di espressione nel dissenso all'introduzione di soggetti terzi nella propria sfera di intimità sessuale, dovendosi piuttosto ritenere che tale dissenso sia da presumersi, laddove non sussistano indici chiari ed univoci volti a dimostrare l'esistenza di un, sia pur tacito ma in ogni caso inequivoco, consenso – a maggior ragione non deve essere espresso nell'arco dell'intera durata del rapporto sessuale, essendo sufficiente anche la sua manifestazione soltanto iniziale. La manifestazione esplicita del dissenso, in altri termini, non può mai ritenersi superata da comportamenti concludenti ed impliciti contrari, ovvero non può mai ritenersi consentito fare affidamento sulla mancata veridicità tardi un dissenso esplicito». Di qui il principio così massimato*: «In tema di violenza sessuale, l'esplicita e iniziale manifestazione di dissenso all'intrusione altrui nella propria sfera sessuale da parte della persona offesa non può ritenersi superata dai suoi successivi e impliciti comportamenti concludenti di segno contrario, sicché non è consentito all'agente confidare sulla mancata veridicità di un dissenso esplicito»*.

È dunque pacifica la giurisprudenza della Corte che, in tema di reati contro la libertà sessuale nei rapporti tra maggiorenni, ritiene necessario che il consenso agli atti sessuali perduri nel corso dell'intero rapporto senza soluzione di continuità, così come pacifica è la giurisprudenza della Corte sulla configurabilità del delitto di violenza sessuale anche nel caso in cui la condotta si manifestarsi come sopraffazione funzionale e limitata alla pretesa dell'atto sessuale e non in forma brutale o aggressiva (in questo senso, Sez. 5, n. 37460 del 22/09/2021, P., Rv. 282025-01).

Sul delitto di induzione a compiere o subire atti sessuali con abuso delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa, di cui all'art. 609-*bis*, comma secondo, n. 1, cod. pen., si registra, nell'anno in rassegna, **Sez. 3, n. 11168 del 15/12/2023, dep. 2024, L., Rv. 286044-01**, che ha affermato che tale reato si configura anche nel caso di approfittamento di una situazione di vulnerabilità preesistente o, comunque, indipendente rispetto alla condotta del soggetto agente, posto che la condizione di inferiorità della vittima dev'essere valutata sul piano oggettivo, indipendentemente dalle cause che l'hanno generata.

4. La subordinazione della sospensione condizionale della pena ai percorsi di recupero.

Sul tema della subordinazione della sospensione condizionale della pena ai percorsi riparatori assume preminente rilievo la pronuncia delle **Sez. U, n. 5352 del 28/09/2023, dep. 2024, P., Rv. 285851-01.**

Nella decisione il Collegio riunito si è soffermato sulla natura dell'istituto e sui suoi riflessi, così esprimendosi: «*Il progressivo ampliamento degli obblighi al cui adempimento la sospensione condizionale della pena può, o deve (come nei casi di cui all'art. 165, commi secondo, quarto e quinto, cod. pen.), essere subordinata, non muta, però, la natura e la funzione dell'istituto.*

La sospensione condizionale della pena si qualificò, sin dalla sua introduzione, come una misura, in senso lato, alternativa alla detenzione, rispondente alla ratio di sottrarre

alla privazione della libertà e alla restrizione in carcere chi non avesse ancora conosciuto l'esperienza detentiva, orientata a ridurre il fenomeno della detenzione breve (o brevissima).

Secondo la ricostruzione dottrinaria prevalente essa assolve a una duplice funzione: da un lato è negativamente volta a evitare l'esecuzione della pena, dall'altro, pur risultando uno strumento "alternativo" al carcere, conserva una positiva portata sanzionatoria, in quanto il condannato dovrà astenersi dal commettere ulteriori reati della stessa indole di quello per cui sia già intervenuta una affermazione di responsabilità e sarà anche obbligato ad adempiere alle eventuali prescrizioni cui il beneficio sia stato subordinato.[...]

Il ricordato arricchimento degli obblighi e delle prescrizioni cui il condannato può (o deve) essere assoggettato non muta la natura e il carattere della sospensione condizionale della pena; questa, infatti, conserva, pur in presenza della imposizione di detti obblighi, il suo carattere esterno alla pena, della quale, pur in presenza di detti obblighi, alcuni da imporre necessariamente per poter accordare il beneficio, continua a sospendere l'esecuzione, presupponendone la già avvenuta e completa determinazione con la sentenza di condanna.[...]

Ne deriva l'estraneità della sospensione condizionale della pena, pur se condizionata a obblighi o prescrizioni, alla nozione di pena, nell'interpretazione che ne è stata costantemente data dalla giurisprudenza di legittimità, alla luce della univoca e tassativa previsione dell'art. 17 cod. pen. e dei principi di legalità e tassatività applicabili al riguardo [...]».

Affermano, ancora, le Sezioni Unite che la preclusione alla proponibilità del ricorso per cassazione per questione relative alla sospensione condizionale della pena, in quanto riconosciuta recependo il concordato di pena, ma in violazione di legge, perché non subordinata agli obblighi, «*non contrasta neppure con gli obblighi internazionali derivanti dalla ratifica della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (c.d. Convenzione di Istanbul del 2011), che, all'art. 16, nel delineare i programmi di intervento di carattere preventivo e di trattamento, stabilisce che "le Parti adottano le misure legislative e di altro tipo necessarie per istituire o sostenere programmi rivolti agli autori di atti di violenza domestica, per incoraggiarli ad adottare comportamenti non violenti nelle relazioni interpersonali, al fine di prevenire nuove violenze e modificare i modelli comportamentali violenti. Le Parti adottano le misure legislative o di altro tipo necessarie per istituire o sostenere programmi di trattamento per prevenire la recidiva, in particolare per i reati di natura sessuale"*».

La decisione rileva sia con riferimento alla sospensione condizionale della pena che in relazione al tema, specificamente rimessole, della illegalità della pena patteggiata la cui sospensione non sia stata subordinata ai percorsi di recupero.

Sulla questione rimessa («*Se, con riguardo ad una sentenza di patteggiamento, sia ammissibile il ricorso per cassazione del pubblico ministero che censura la concessione della sospensione condizionale della pena concordata tra le parti, la quale non sia subordinata ad un obbligo previsto come condizione necessaria dalla legge per l'applicazione del beneficio, in particolare in relazione ai reati di cui all'art. 165, quinto comma, cod. pen.*») le Sezioni Unite hanno espresso il seguente principio di diritto: «*La sentenza di patteggiamento con cui sia stata concessa la sospensione condizionale della pena non subordinata, come concordato tra le parti, agli obblighi di cui all'art. 165, quinto comma, cod. pen., necessariamente previsti in relazione ai reati ivi contemplati, non è ricorribile per cassazione, non determinando tale omissione un'ipotesi di illegalità della pena*».

Sul tema del patteggiamento per i reati indicati nell'art. 165, comma quinto, cod. pen. va segnalata una recente pronuncia, **Sez. 6, n. 30720 del 23/05/2024, A., Rv. 286832-01**,

secondo cui non sussiste il vizio di mancanza di correlazione tra richiesta e sentenza nel caso in cui il giudice subordini d'ufficio la sospensione condizionale della pena, alla cui concessione le parti hanno condizionato l'efficacia della pattuizione, alla partecipazione dell'imputato agli specifici percorsi di recupero di cui alla citata norma, trattandosi di condizione obbligatoria per legge, la cui applicazione è da ritenersi implicitamente accettata al momento della presentazione della richiesta.

5. Le misure di protezione della vittima.

5.1. L'obbligo di allontanamento dalla casa familiare.

Ai fini dell'applicazione della misura cautelare prevista dall'art. 282-*bis* cod. proc. pen. (introdotto dall'art. 1, comma 2, legge 4 aprile 2001, n. 154 e, successivamente, più volte modificato), la giurisprudenza di legittimità si è soffermata, in più occasioni, sulla nozione di "casa familiare" di cui all'allontanamento coatto.

Se, da un canto, la stessa non coincide con una qualsiasi "abitazione", non potendo la misura operare, pena la violazione dei principi di stretta legalità e tassatività che governano la materia cautelare, al di fuori dei delitti commessi nell'ambito di una "relazione familiare" (Sez. 5, n. 27177 del 19/03/2014, V., Rv. 260565-01), dall'altro, la "casa familiare" neppure si identifica necessariamente con la dimora della famiglia di diritto, riferendosi invece al luogo ove insistono rapporti connotati da una consuetudine di vita generatrice di vincoli affettivi e aspettative di assistenza assimilabili a quelli tipici della famiglia o della convivenza abituale, a prescindere anche dal titolo della convivenza (**Sez. 5, n. 20742 del 02/04/2024, Rv. 286455-02**, in una fattispecie in cui la coabitazione degli indagati nella casa della persona offesa era stata finalizzata ad offrire a quest'ultima cura e assistenza, con condivisione di tempi e spazi tipici del legame familiare).

L'allontanamento dalla casa familiare può essere assistito, fra le altre, dalla prescrizione accessoria rappresentata dall'ingiunzione del pagamento periodico di un assegno a favore delle persone conviventi che, per effetto del predetto allontanamento, rimangono prive di mezzi adeguati (art. 282-*bis*, commi 3 e 4, cod. proc. pen.). La giurisprudenza di legittimità ha evidenziato che la prescrizione patrimoniale in oggetto, sebbene legata da un vincolo di accessorietà alla misura principale, sicché ne segue necessariamente le sorti (così il tenore testuale dell'art. 282-*bis*, comma 4, cod. proc. pen.) e mai potrà accedere ad una tipologia diversa di misura (sull'inapplicabilità della prescrizione patrimoniale a persona sottoposta alla misura della custodia cautelare in carcere, Sez. 6, n. 30736 del 12/05/2009, D.S. Rv. 244400-01), mantiene però un tratto di autonomia. Più nel dettaglio, nell'anno oggetto della rassegna, si è affermato che l'art. 282-*bis* cod. proc. pen. ha introdotto nel sistema «*due nuove forme di misure cautelari, una a carattere coercitivo e l'altra a contenuto patrimoniale*», quest'ultima volta a evitare che la coercizione adottata a protezione dell'incolumità fisica della vittima possa determinare effetti pregiudizievoli per le esigenze di mantenimento dei conviventi. Se ne è tratta quindi l'autonoma impugnabilità della misura patrimoniale e delle disposizioni che attengono alle sue modalità esecutive, ove incidano sulla sua effettività, frustrandone la finalità di assicurare un'adeguata protezione economica alle persone conviventi (**Sez. 6, n. 32351 del 04/07/2024, P., Rv. 286856-02**).

5.2. Il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa.

L'ordine di non avvicinarsi ai luoghi frequentati dalla persona offesa funge da strumento di intuitiva protezione, in particolare, delle vittime di violenza di genere e trova il suo riferi-

mento normativo, in ambito cautelare, nell'art. 282-*ter* cod. proc. pen., introdotto dall'art. 9, comma 1, lett. a), d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, e successivamente, più volte, modificato. Va poi precisato che ad oggi, a seguito della modifica introdotta dall'art. 12, comma 1, lett. d), nn. 1 e 2, legge 24 novembre 2023, n. 168 all'art. 282-*ter*, commi 1 e 2, cod. proc. pen., la distanza dai luoghi o dalla persona offesa ovvero dai suoi congiunti deve essere, in ogni caso, determinata dal giudice in misura non inferiore a cinquecento metri, con l'applicazione obbligatoria delle modalità di controllo di cui all'art. 275-*bis* cod. proc. pen.

Per completezza, si rammenta che la Corte costituzionale, con la recente sentenza n. 173 del 04/11/2024, ha dichiarato non fondate, nei sensi di cui in motivazione, le censure di illegittimità costituzionale, sollevate con riferimento agli artt. 3 e 13 Cost., di detta modifica normativa e ragionevole, invece, il bilanciamento attuato dalla novella fra i contrapposti valori della libertà di movimento della persona indagata, da un lato, e l'incolumità fisica e psicologica della persona minacciata dall'altro. Valga la pena rammentare in questa sede solamente che, quanto alla censura di incostituzionalità che interessava la riforma nella parte in cui pare imporre al giudice l'obbligo di aggravamento del regime cautelare, non solo in caso di mancato consenso dell'indagato all'adozione del c.d. braccialetto elettronico, ma anche qualora ricorrano problemi di fattibilità tecnica dello strumento, la Corte costituzionale ha fatto riferimento all'interpretazione già offerta dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione in relazione al controllo elettronico a distanza disposto in sede di applicazione degli arresti domiciliari, *ex* art. 275-*bis* cod. proc. pen. Il riferimento è al principio espresso da Sez. U, n. 20769 del 28/04/2016, Lovisi, Rv. 266650-01 così massimato: «*Il giudice investito da una richiesta di applicazione della misura cautelare degli arresti domiciliari con il c.d. braccialetto elettronico o di sostituzione della custodia cautelare in carcere con la predetta misura, deve, preliminarmente, accertare la disponibilità del congegno elettronico presso la polizia giudiziaria e, in caso di esito negativo, dato atto della impossibilità di adottare tale modalità di controllo, valutare la specifica idoneità, adeguatezza e proporzionalità di ciascuna delle misure, in relazione alle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto. (La Suprema Corte, in motivazione, ha precisato che, all'accertata indisponibilità del congegno elettronico non può conseguire alcuna automatica applicazione né della custodia cautelare in carcere, né degli arresti domiciliari tradizionali)*». Pertanto, l'interpretazione costituzionalmente adeguata della novella fornita dalla Consulta offre il modulo decisorio che dovrà analogamente orientare il giudice anche in relazione al controllo elettronico da remoto applicato alla misura del divieto di avvicinamento: verificata la non fattibilità tecnica dello strumento, il giudicante sarà tenuto a rivalutare le esigenze cautelari della fattispecie concreta secondo i canoni ordinari di adeguatezza e proporzionalità della coercizione cautelare, senza alcuna preclusione o automatismo.

Il precetto inibitorio sul quale è stato costruito lo strumento di cui all'art. 282-*ter* cod. proc. pen., contemperando le esigenze di protezione della persona offesa con il minor sacrificio delle libertà dell'indagato, rappresenta un modello-base di tutela della vittima, ripetuto anche in altri istituti.

Oltre che nel settore cautelare e della prevenzione (art. 8, comma 5, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159), il divieto si rinviene anche sul fronte sanzionatorio.

Infatti, l'art. 56-*ter*, comma 2, legge 24 novembre 1981, n. 689, introdotto dall'art. 71, comma 1, lett. d), d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, prevede, fra le prescrizioni comuni da impartire unitamente alle pene sostitutive della semilibertà, della detenzione domiciliare e dei lavori di pubblica utilità, anche il divieto di avvicinamento alla persona offesa, con espresso rinvio all'art. 282-*ter* cod. proc. pen. in quanto compatibile.

A quest'ultimo riguardo, **Sez. 6, n. 33860 del 13/06/2024, C., Rv. 286962-01** ha affermato che la prescrizione *de qua* non ha natura di "pena accessoria", costituendo invece contenuto necessario e predeterminato della pena sostitutiva, con la conseguente applicabilità in sede di patteggiamento a prescindere dalla sua indicazione in sede di accordo fra le parti. Questo, in particolare, il tenore della massima relativa: «*In tema di sanzioni sostitutive di pene detentive brevi, la prescrizione del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa di cui all'art. 56-ter, comma 2, legge 24 novembre 1981, n. 689 (introdotto dall'art. 71, d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150), da impartire unitamente alla semilibertà, alla detenzione domiciliare e al lavoro di pubblica utilità sostitutivi, costituisce contenuto necessario e predeterminato della pena, ove compatibile con il titolo di reato, da applicare obbligatoriamente anche in caso di patteggiamento. (In motivazione, la Corte ha precisato che alla discrezionalità del giudice è rimesso l'apprezzamento del pericolo di reiterazione della condotta, presupposto del divieto)*».

Recentemente la Cassazione si è occupata del delicato rapporto fra il divieto di avvicinamento in esame e il diritto all'esercizio della genitorialità da parte del destinatario del provvedimento cautelare, affermando che, nel bilanciamento fra diritto di visita del padre e coniuge maltrattante stabilito in sede civile e le esigenze di tutela del figlio minore, vittima di violenza domestica, anche solo assistita, prevalgono queste ultime. Pertanto, in ragione del principio immanente all'ordinamento del *best interest of the child*, è legittimo il divieto di avvicinamento dell'indagato al figlio minore nonostante il diritto di visita riconosciuto in sede civile (**Sez. 6, n. 20004 del 12/03/2024, S., Rv. 286478-01**).

5.3. Le misure precautelari.

L'intervento precautelare, funzionale alla massima anticipazione di tutela della vittima di reati commessi con violenza domestica o di genere, trova riferimento in plurimi istituti presenti nell'impianto codicistico, quali l'arresto obbligatorio in flagranza di reato ai sensi dell'art. 380, comma 2, lett. d-*bis*) e l-*ter*), cod. proc. pen, per i delitti di cui all'art. 609-*bis*, escluso il caso previsto dal terzo comma, 609-*octies*, 387-*bis*, 572, 612-*bis* cod. pen.; l'arresto in flagranza differita, previsto, per le ultime tre ipotesi di reato appena menzionate, dall'art. 382-*bis* cod. proc. pen., inserito dall'art. 10 legge n. 168 del 2023; l'allontanamento urgente dalla casa familiare di cui all'art. 384-*bis* cod. proc. pen., inserito dall'art. 2 d.l. 93 del 2013 convertito, con modificazioni, dalla legge n. 119 del 2013 e recentemente modificato, tramite l'aggiunta del comma 2-*bis*, dall'art. 11 della legge n. 168 del 2023.

Con riguardo all'arresto in flagranza disposto in relazione al delitto abituale di maltrattamenti in famiglia, è consolidato, nella giurisprudenza di legittimità, l'orientamento che ne afferma la legittimità tutte le volte in cui il fatto direttamente constatato dalla polizia giudiziaria, ancorché non integrante di per sé solo un'autonoma ipotesi di reato, si ponga in continuità con le condotte precedenti. Quel che rileva ai fini della flagranza – si afferma – è che quanto constatato dagli operanti non si risolva in un episodio isolato ma rappresenti «*l'ultimo anello della catena*» delle condotte maltrattanti (Sez. 6, n. 7139 del 16/01/2019, G., Rv. 275085-01; conf. **Sez. 6, n. 30316 del 11/06/2024, M., non massimata**). Analogamente in tema di atti persecutori, considerata, anche in questo caso, la natura abituale del reato (in tal senso, Sez. 5, n. 19759 del 16/04/2019, G., Rv. 277521-01).

Il principio non muta in relazione all'istituto, recentemente introdotto dall'art. 382-*bis* cod. proc. pen., secondo il quale, nei casi di cui agli artt. 387-*bis*, 572, e 612-*bis* cod. pen., si considera comunque in stato di flagranza colui che «sulla base di documentazione videofotografica o di altra documentazione legittimamente ottenuta da dispositivi di comunicazione informatica o telematica, dalla quale emerga inequivocabilmente il fatto, ne risulta autore» e sempre che siano rispettati i tempi indicati dallo stesso articolo.

Come posto in luce da **Sez. 6, n. 16668 del 20/03/2024, Z., non massimata,** trattasi di misura precautelare che, analogamente agli antecedenti previsti in relazione ai reati di violenze negli stadi o nel corso di manifestazioni pubbliche, è ancorata alla emersione di documentazione "autoevidente". Nei reati abituali, però, l'autoevidenza di detta documentazione non significa, necessariamente, anche autosufficienza. Infatti, l'arresto in flagranza differita diverge dall'arresto tradizionale solo per le modalità con cui la polizia giudiziaria viene in contatto con il fatto-reato: nel primo caso tramite la diretta osservazione mentre, nel secondo, attraverso la visione della documentazione videofotografica o informatica dello stesso dimostrativa. In entrambe le ipotesi, se si tratta di reati abituali, siffatte emergenze devono essere, però, valutate non isolatamente ma unitamente alle altre fonti di prova in grado di attestare – secondo il parametro della ragionevolezza che informa l'attività della polizia giudiziaria nell'esercizio del potere di arresto – se le stesse costituiscano l'ultimo anello della catena dei comportamenti lesivi dell'integrità psico-fisica della vittima.

In ordine allo strumento precautelare dell'allontanamento d'urgenza dalla casa familiare, previsto dall'art. 384-*bis*, comma 1, cod. proc. pen., la Suprema Corte ha chiarito che, in sede di convalida, il giudice, analogamente a quanto avviene per la convalida dell'arresto, è tenuto a valutare la sussistenza del *fumus commissi delicti* secondo una verifica *ex ante,* tenendo conto della situazione conosciuta dalla polizia giudiziaria al momento dell'esecuzione del provvedimento. Deve quindi trattarsi di un controllo di ragionevolezza in relazione allo stato di flagranza e all'ipotizzabilità di uno dei delitti di cui all'art. 282-*bis,* comma 6, cod. proc. pen., che legittimano la misura, senza riguardare né la gravita indiziaria e le esigenze cautelari, che interessano solo l'applicabilità delle misure cautelari, né tanto meno l'apprezzamento sulla responsabilità, riservato alla fase della cognizione di merito (Sez. 6, n. 17680 del 27/05/2020, P., Rv. 278965-01).

Si segnala, nell'anno in rassegna, **Sez. 5, n. 27718 del 08/05/2024, P., Rv. 286642-01**, che ha respinto letture formalistiche dello strumento in parola che ne osteggino l'applicazione. Così, in mancanza di una specifica previsione che imponga al pubblico ministero l'adozione di forme determinate per la conferma, scritta o telematica, dell'allontanamento disposto in via d'urgenza dalla polizia giudiziaria, ai sensi dell'art. 384-*bis*, comma 1, cod. proc. pen., le modalità e i tempi di tale conferma sono rimesse all'apprezzamento del pubblico ministero, essendo necessario solo che tale volontà dell'inquirente emerga con chiarezza. Ne consegue che deve ritenersi legittima la conferma dell'autorizzazione verbale resa dal pubblico ministero alla polizia giudiziaria operante formalizzata nella richiesta di convalida poi avanzata dallo stesso pubblico ministero al giudice per le indagini preliminari.

La giurisprudenza si è soffermata anche sui presupposti necessari per la prescrizione del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, prevista dallo stesso art. 384-*bis*, comma 1, cod. proc. pen. a rafforzare l'ordine di allontanamento urgente previsto dalla medesima disposizione.

In particolare, Sez. 5, n. 4572 del 13/01/2023, P., Rv. 284185-01 ha affermato che il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, previsto dall'art. 384-*bis*, comma 1, cod. proc. pen., può applicarsi anche nel caso in cui, all'atto dell'intervento della polizia giudiziaria, la coabitazione fra l'indagato e la persona offesa non sia più in atto. La sentenza prende le mosse dalla accreditata nozione di convivenza, intesa come stabile legame connotato da duratura e significativa comunanza di vita e di affetti senza essere necessariamente ancorato alla coabitazione continuativa; ciò vieppiù quando, nelle fasi di crisi non ancora irreversibili del rapporto, si assiste ad una perdurante frequentazione del domicilio domestico da parte dell'agente. Tale dato era evidente nel caso di specie, ove peraltro la frequentazione, da parte dell'indagato, del domicilio della vittima avveniva contro la volontà di quest'ultima e con modalità violente, proprio al fine di ripristinare la

pregressa situazione di condivisione abitativa. Si afferma così in sentenza che sarebbe irragionevole privare la vittima della protezione urgente apprestata con l'inibizione di avvicinamento in casi siffatti, nei quali l'esigenza di tutela è connotata da intensità massima.

La stessa problematica è stata affrontata dalla Corte anche con riguardo all'istituto, di recente introduzione attraverso l'aggiunta del comma 2-*bis* allo stesso art. 384-*bis* cod. proc. pen., che attribuisce analogo potere di disporre l'allontanamento urgente dell'indagato dalla casa familiare e il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla vittima direttamente al pubblico ministero, limitatamente a determinati reati enumerati dalla stessa disposizione, anche al di fuori della flagranza di reato.

Così, **Sez. 5, n. 31704 del 02/05/2024, P., Rv. 286782-01,** dopo avere ripercorso il contesto in cui il nuovo istituto è stato inserito, ne ha offerto una lettura tassativizzante, affermando che il divieto di avvicinamento ai luoghi abitualmente frequentati dalla persona offesa, analogamente a quanto avviene per la speculare misura cautelare di cui all'art. 282-*bis* cod. proc. pen., della quale lo strumento di cui all'art. 384-*bis* cod. proc. pen. ripete funzione e struttura, non può essere imposto autonomamente, ma solo congiuntamente all'ordine principale di allontanamento urgente dalla casa familiare. Si afferma che il legislatore, nell'esercizio della sua ragionevole discrezionalità, ha ritenuto che la misura precautelare di cui all'art. 384-*bis* cod. proc. pen. si giustifica solo nei casi di massimo allarme, quali quelli di commissione del delitto nell'ambito di un rapporto di convivenza, al fine di neutralizzare il maggior rischio per la persona offesa determinato da siffatta condizione. In queste sole situazioni, pertanto, può avere luogo l'intervento urgente, da parte della polizia giudiziaria in caso di flagranza o del pubblico ministero in sua assenza. Tale interpretazione non è contraddetta dalla circostanza che, fra i reati legittimanti la misura precautelare ad opera del pubblico ministero *ex* art. 384-*bis*, comma 2, cod. proc. pen, è compreso il delitto di atti persecutori senza alcun riferimento – a differenza di quanto previsto per gli analoghi poteri della polizia giudiziaria in caso di flagranza ai sensi del comma 1 della medesima disposizione – alla circostanza che tale reato sia commesso in danno dei prossimi congiunti o del convivente. Da questo dato non può infatti inferirsi che non occorra il presupposto della coabitazione ai fini dell'esercizio del potere precautelare da parte del pubblico ministero. La medesima sentenza afferma poi che siffatta esegesi non si pone in contrasto con Sez. 5, n. 4572 del 13/01/2023, appena sopra citata. Quest'ultima, infatti, è stata resa in una fattispecie di pregressa coabitazione fra vittima e indagato con frequentazione del domicilio da parte di quest'ultimo finalizzato, anche con modalità violente, al suo ripristino, condizione certamente legittimante l'ordine urgente di allontanamento dalla casa familiare, che, non a caso, contempla anche l'espresso divieto di farvi rientro. Pertanto, non solo la polizia giudiziaria, ma neppure il pubblico ministero che agisca in base al potere recentemente conferitogli dall'art. 384-*bis*, comma 2, cod. proc. pen., può disporre in via d'urgenza, in assenza di esigenze che impongano anche l'allontanamento o l'inibizione al rientro dell'indagato nel domicilio della vittima, il divieto di avvicinamento ai luoghi dalla stessa frequentati, misura che deve essere necessariamente richiesta al giudice nelle forme dell'art. 282-*ter* cod. proc. pen.

6. Le misure contro il rischio di vittimizzazione secondaria.

6.1. L'audizione della persona offesa.

Fra i molteplici presidi atti a scongiurare il rischio di vittimizzazione secondaria, assumono rilievo anche le norme che regolamentano i tempi e le modalità di escussione della

persona offesa nonché gli strumenti processuali volti a contenere al minimo le reiterazioni della sua deposizione, senz'altro idonei a generare una rinnovazione del trauma.

Centrale in materia è il disposto dell'art. 90-*quater* cod. proc. pen., inserito dall'art. 1, comma 1, lett. b), d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212, ad individuare la "condizione di particolare vulnerabilità" della persona offesa, qualifica, quest'ultima, che funge da presupposto per l'operatività di molteplici meccanismi processuali di tutela. Fra gli stessi, si menzionano le cautele previste dagli artt. 351, comma 1-*ter* e 362, comma 1-*bis*, cod. proc. pen., per l'assunzione di sommarie informazioni dalla persona in condizioni di vulnerabilità in fase investigativa; l'escussione anticipata della predetta tramite incidente probatorio *ex* art. 392, comma 1-*bis,* cod. proc. pen.; le modalità protette che ne connotano l'audizione previste, sia per l'incidente probatorio che per il dibattimento, rispettivamente, dagli artt. 398, commi 5-*quater* e 498, comma 4-*quater*, cod. proc. pen.; fino ai meccanismi volti ad arginare la ripetizione delle audizioni, come previsto dall'art. 190-*bis* cod. proc. pen., modificato anch'esso dal d.lgs. n. 212 del 2015 (e, successivamente, dalla legge 19 luglio 2019, n. 69).

Sez. 2, n. 27743 del 13/06/2024, N., Rv. 286907-01, dopo avere ribadito che le modalità protette di audizione della persona offesa che versi in condizione di particolare vulnerabilità comprendono, oltre agli accorgimenti minimi per evitare l'incontro fra autore e vittima, anche il contraddittorio "mediato" dall'intervento del giudice, ha posto in risalto la primaria esigenza di salvaguardare l'integrità fisica e psicologica del dichiarante vulnerabile e scongiurare i fenomeni riconducibili alla vittimizzazione secondaria, non senza rimarcare che le cautele in disamina sono altresì funzionali a garantire la genuinità del narrato. Di talché «*l'adozione delle "modalità protette" mai potrà essere letta come una violazione dei diritti delle parti processuali*» e, qualora l'esame di persona offesa che versi in condizione di particolare vulnerabilità sia stato eseguito con l'adozione di dette modalità nonostante l'assenza della previa richiesta della stessa persona offesa o del suo difensore e condotto dal giudice su domande e contestazioni formulate dalle parti, ha luogo una mera irregolarità procedurale e non invece un vizio incidente sulla nullità o sulla inutilizzabilità della prova.

Come sopra accennato, l'incidente probatorio è istituto processuale che si è presentato al legislatore, fin da subito, particolarmente idoneo a contemperare le molteplici esigenze che sorgono al cospetto della vittima di reato in condizioni di vulnerabilità: garantisce il metodo del contraddittorio (sia pure, se necessario, in forma attenuata, con conduzione dell'esame da parte del giudice su domande delle parti), preserva la persona offesa dall'incontro con l'autore, "blinda" la prova così da limitare rischi dell'usura della fonte e nel contempo favorisce l'attendibilità del narrato. Il legislatore del 2015 ha quindi espanso le maglie dell'istituto a beneficio della vittima in condizioni di particolare vulnerabilità: da un canto, estendendo l'incidente probatorio c.d. "speciale" (ossia svincolato dall'ordinario presupposto della non rinviabilità della prova al dibattimento) a tutti i casi in cui la persona offesa versi in dette condizioni concretamente accertate (art. 392, comma 1-*bis*, secondo periodo, cod. proc. pen.); dall'altro, limitando la rinnovazione della sua audizione in dibattimento alle sole circostanze diverse da quelle oggetto delle precedenti dichiarazioni ovvero al caso in cui il giudice o taluna delle parti lo ritengano necessario sulla base di specifiche esigenze (art. 190-*bis,* comma 1-*bis,* cod. proc. pen., così come modificato dall'art. 1, comma 1, lett. e), d.lgs. n. 212 del 2015).

Sul tema di incidente probatorio "speciale", la Sesta Sezione, con ordinanza n. 27104 del 23/05/2024, al fine di comporre un contrasto recentemente sviluppatosi nella giurisprudenza di legittimità, ha rimesso alle Sezioni Unite la seguente questione: «*Se, e a quali condizioni, può ritenersi abnorme, e pertanto impugnabile con ricorso per cassazione, il provvedimento di rigetto della richiesta di incidente probatorio avente ad oggetto la testimo-*

nianza della persona offesa del reato di maltrattamenti, o di altro dei reati compresi nell'elenco contenuto nel primo periodo del comma 1-bis dell'art. 392 cod. proc. pen.».

Le Sezioni Unite hanno deciso la questione all'udienza del 12 dicembre 2024 e dall'informazione provvisoria diffusa risulta che la decisione adottata è stata la seguente: «*È viziato da abnormità ed è, quindi, ricorribile per cassazione il provvedimento con il quale il giudice rigetti la richiesta di incidente probatorio, avente ad oggetto la testimonianza della persona offesa di uno dei reati compresi nell'elenco di cui all'art. 392, comma 1-bis, primo periodo, cod. proc. pen., motivato con riferimento alla non vulnerabilità della persona offesa e alla rinviabilità della prova, trattandosi di presupposti presunti per legge*».

Pertinente al tema, nell'anno oggetto di rassegna, anche **Sez. 6, n. 42942 del 17/09/2024, Rv. 287263-01**, la quale ha affermato che, in tema di appello del pubblico ministero avverso sentenza di assoluzione, anche a seguito della modifica apportata all'art. 603, comma 3-*bis*, cod. proc. pen. dall'art. 34, comma 1, lett. i), n. 1, d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, il giudice è tenuto alla rinnovazione dell'istruttoria nel caso in cui la diversa valutazione di una prova dichiarativa, ritenuta decisiva, riguardi una testimonianza acquisita in sede di incidente probatorio, non potendo inferirsi dall'omessa indicazione delle prove acquisite con tale modalità la volontà del legislatore di escluderle dall'ambito della rinnovazione.

6.2. La valutazione delle dichiarazioni rese.

La giurisprudenza della Corte Suprema da tempo si misura anche con le complesse problematiche attinenti alla valutazione della prova dichiarativa resa dalla vittima dei reati commessi con violenza domestica o di genere, anche queste, del resto, correlate ai pericoli di vittimizzazione secondaria: se la incongrua o inutile reiterazione dell'escussione della persona offesa conduce ragionevolmente all'amplificazione del trauma subito, analoga sofferenza ben può derivare alla stessa dalla consapevolezza di non essere creduta, con l'identico negativo effetto indiretto di scoraggiare le vittime a denunciare. Sul tema della attendibilità della persona offesa la giurisprudenza modula al presente ambito criminologico gli ordinari canoni di valutazione della prova dichiarativa, che tradizionalmente si individuano nella costanza, immediatezza, spontaneità, specificità e coerenza del racconto reso.

In particolare, Sez. 3, n. 6710 del 18/12/2020, dep. 2021, F., Rv. 281005-02 ha approfonditamente affrontato il fenomeno della c.d. progressione dichiarativa della persona offesa vulnerabile, evidenziando che lo stesso, in questi casi, rappresenta tutt'altro che un indice di inattendibilità: «*le dichiarazioni accusatorie provenienti da vittime traumatizzate difficilmente sono infatti immediatamente esaustive*», emergendo dai processi di rivisitazione e superamento del trauma patito, di talché appaino «*frammentarie, simboliche, non veritiere (per timore, vergogna, soggezione, induzione). È raro che la vittima conceda immediatamente ed in un'unica soluzione la intera rappresentazione dei fatti per cui si procede, dato che essa dovrà confrontarsi con gli effetti del trauma primario denunciato e con gli esiti del trauma (secondario) scaturente dal processo*». Sulla stessa linea, nell'anno in rassegna, con particolare riguardo al caso di persona offesa minorenne vittima di reati sessuali, **Sez. 3, n. 32764 del 11/07/2024, C., Rv. 286705-01**, così massimata: «*In tema di valutazione della prova testimoniale, la progressione dichiarativa caratterizzante le rivelazioni della persona offesa minorenne, vittima di reati sessuali, non è, di per sé, indicativa dell'inattendibilità della fonte, né la pluralità delle sue audizioni ne determina necessariamente l'usura*».

L'esperienza giudiziaria insegna che anche il parametro di attendibilità rappresentato dalla c.d. costanza dichiarativa merita di essere attentamente declinato in questa materia, sovente contraddistinta da riavvicinamenti, riappacificazioni fra le parti e ritrattazioni delle accuse in precedenza elevate.

Sez. 6, n. 7289 del 11/01/2024, F., non massimata ha evidenziato come, nei delitti di violenza domestica, le ritrattazioni e i ridimensionamenti da parte della persona offesa non possono essere letti di per sé quali espressioni di inattendibilità intrinseca della fonte, sovente essendo invece la conseguenza delle stesse modalità insidiose e manipolatorie in cui si sviluppa tale forma di violenza. Le violenze domestiche – si afferma – sono connotate da un andamento "ciclico" che ripercorre alcune fasi ricorrenti: «*ostilità espressa dall'autore inizialmente solo con violenza verbale e psicologica, con lo screditamento della vittima come donna attraverso l'utilizzo di epiteti sessisti; esplosione della violenza fisica a cui la persona offesa non sempre reagisce temendone l'incremento; il pentimento dell'agente che genera nella vittima il senso di colpa e la convinzione del cambiamento con ripresa della relazione; l'incremento della violenza*». Ebbene, all'interno di questo ciclo, è compito dell'autorità giudiziaria collocare correttamente le denunce, le remissioni e le eventuali ritrattazioni giudiziali, sì da comprendere quale fosse la condizione personale della vittima in quel determinato momento e la ragione stessa che l'ha mossa al fine.

7. Il patrocinio a spese dello Stato.

In ultimo, si deve rammentare l'interpretazione che la giurisprudenza legittimità ha offerto al disposto dell'art. l'art. 76, comma 4-*ter*, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, introdotto dall'art. 4, comma 1, d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, e successive modificazioni, nella parte in cui prevede che la persona offesa di determinati reati, fra i quali quelli di cui agli artt. 572, 583-*bis*, 609-*bis*, 609-*octies* e 612-*bis* cod. pen., può essere ammessa al patrocinio a spese dello Stato anche in deroga ai limiti di reddito previsti da detto decreto.

Già Sez. 4, n. 16272 del 05/04/2022, Rv. 283026-01 ha affermato il principio così massimato: «*La persona offesa di uno dei reati di cui all'art. 76, comma 4-ter, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, può essere ammessa al patrocinio a spese dello Stato anche in deroga ai limiti di reddito stabiliti dalla medesima disposizione, sicché la relativa istanza deve limitarsi ad indicare i requisiti di cui alle lett. a) e b) dell'art. 79, comma 1, del citato decreto, non richiedendosi l'allegazione prevista alla lett. c) della norma. (In motivazione, la Corte ha precisato che, anche alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2021, l'ammissione al beneficio della persona offesa a prescindere dalle sue condizioni reddituali è giustificata dalle finalità di incoraggiarla a sporgere denuncia e di offrirle un effettivo sostegno in ragione della natura del reato in suo danno)*». Pertanto, le persone offese di uno dei reati indicati dall'art. 76, comma 4-*ter*, d.P.R. n. 115 del 2002 non sono tenute a corredare la richiesta di ammissione al patrocinio a spese dello Stato con l'autocertificazione relativa alla propria situazione reddituale, essendo il loro reddito ininfluente per la fruizione del beneficio.

In ultimo, sullo stesso argomento, a conferma ed ulteriore precisazione del medesimo principio, nell'anno oggetto di interesse è intervenuta **Sez. 4, n. 13398 del 30/01/2024, L., Rv. 286289-01**, così massimata: «*La persona offesa di uno dei reati indicati dall'art. 76, comma 4-ter, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, può essere ammessa al patrocinio a spese dello Stato anche in deroga ai limiti di reddito stabiliti da tale disposizione, sicché la relativa istanza deve soddisfare i soli requisiti di cui all'art. 79, comma 1, lett. a) e b), del citato d.P.R., limitatamente all'indicazione del processo, se già pendente, cui l'istanza si riferisce e delle esatte generalità dell'interessato, non essendo necessario riportare i codici fiscali e le generalità dei componenti del suo nucleo familiare, né le allegazioni previste alle lett. c) e d) del medesimo comma*». Trattasi, infatti, di requisiti irrilevanti in quanto funzionali solo a monitorare l'ammontare del reddito che, nei casi in questione, come visto, non costituisce presupposto per l'ammissione al patrocinio.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte costituzionale:

Corte cost., n. 1 del 2021;
Corte cost., n. 173 del 2024.

Sentenze della Corte di cassazione:

Sez. 6, n. 30736 del 12/05/2009, D.S. Rv. 244400-01;
Sez. 5, n. 26155 del 21/04/2010, Rv. 247892-01;
Sez. 5 n. 32984 del 16/06/2014, Rv. 261653-01;
Sez. U, n. 20769 del 28/04/2016, Lovisi, Rv. 266650-01;
Sez. 6, n. 7139 del 16/01/2019, G., Rv. 275085-01;
Sez. 6, n. 4935 del 23/01/2019, M., Rv. 274617-01;
Sez. 5, n. 21133 del 25/03/2019, C., Rv. 275315-02;
Sez. 6, n. 37628 del 25/06/2019, C., Rv. 276697-01;
Sez. 6, n. 14172 del 29/01/2020, M., Rv. 278845-01;
Sez. 6, n. 29672 del 14/09/2020, F., Rv. 279950- 01;
Sez. 5 n. 27564 del 21/09/2020, Rv. 279471-01;
Sez. 3, n. 6710 del 18/12/2020, dep. 2021, F., Rv. 281005-02;
Sez. 6, n. 13439 del 28/01/2021, B., Rv. 280846-01;
. Sez. 6, n. 17888 del 11/02/2021, O., Rv. 281092-01;
Sez. 5, n. 37460 del 22/09/2021, P., Rv. 282025-01;
Sez. U, n. 39005 del 29/04/2021, G., Rv 281957-01;
Sez. 5 n. 23692 del 07/05/2021, Rv. 281319-01;
Sez. 4, n. 16272 del 05/04/2022, Rv. 283026-01;
Sez. 6, n. 21087 del 10/05/2022, C., Rv. 283271-02;
Sez. 5, n. 38219 del 15/09/2022, D., Rv. 283800-01;
Sez. 6, n. 28218 del 24/01/2023, S., Rv. 284788-01;
Sez. 6, n. 10905 del 31/01/2023, C., Rv. 284467-02;
Sez. 6, n. 10905 del 31/01/2023, C., Rv. 284467-01;
Sez. 5, n. 14927 del 22/02/2023, T., Rv. 284576-02;
Sez. 6, n. 37978 del 03/07/2023, B., Rv. 285273-01;
Sez. 6, n. 32351 del 04/07/2024, P., Rv. 286856-02;
Sez. 6, n. 38126 del 11/07/2023, Rv. 285214-01;
Sez. 6, n. 38126 del 11/07/2023, M., Rv. 285214-02;
Sez. U, n. 5352 del 28/09/2023, dep. 2024, P., Rv. 285851-01;
Sez. 6, n. 47121 del 05/10/2023, M., Rv. 285479-01;
Sez. 5, n. 3427 del 19/10/2023, dep. 2024, C., Rv. 285848-01;
Sez. 3, n. 11168 del 15/12/2023, dep. 2024, L., Rv. 286044-01;
Sez. 6, n. 7289 del 11/01/2024, F., non mass;
Sez. 5, n. 4572 del 13/01/2023, P. Rv. 284185-01;
Sez. 5, n. 6401 del 23/01/2024, M., Rv. 286054-01;

Sez. 4, n. 13398 del 30/01/2024, L., Rv. 286289-01;
Sez. 6, n. 10621 del 20/02/2024, P., Rv. 286293-01;
Sez. 5, n. 19201 del 23/02/2024, L., Rv. 286392-01;
Sez. 6, n. 20004 del 12/03/2024, S., Rv. 286478-01;
Sez. 6, n. 23204 del 12/03/2024, P., Rv. 286616-01;
Sez. 6, n. 24388 del 13/03/2024, A., Rv. 286648-01;
Sez. 5, n. 27177 del 19/03/2014, V., Rv. 260565-01;
Sez. 6, n. 16668 del 20/03/2024, Z., non massimata;
Sez. 5, n. 20742 del 02/04/2024, Rv. 286455-02;
Sez. 1, n. 19769 del 10/04/2024, P., Rv. 286399-01;
Sez. 5, n. 19759 del 16/04/2019, G., Rv. 277521-01;
Sez. 3, n. 29356 del 18/04/2024, G., Rv. 286620-01;
Sez. 5, n. 31704 del 02/05/2024, P., Rv. 286782-01;
Sez. 5, n. 27718 del 08/05/2024, P. Rv. 286642-01;
Sez. 6, n. 26263 del 30/05/2024, N., Rv. 286767-01;
Sez. 6, n. 30600 del 04/06/2024, P., 286827-01;
Sez. 6, n. 30316 del 11/06/2024, M., non mass;
Sez. 2, n. 27743 del 13/06/2024, N., Rv. 286907-01;
Sez. 6, n. 33860 del 13/06/2024, C., Rv. 286962-01;
Sez. 6, n. 30720 del 23/05/2024, A., Rv. 286832-01;
Sez. 2, n. 29960 del 19/06/2024, A., non massimata;
Sez. 6, n. 31929 del 25/06/2024, C., Rv. 286867-01;
Sez. 6, n. 32042 del 08/07/2024, F., Rv. 286854-02;
Sez. 3, n. 32764 del 11/07/2024, C., Rv. 286705-01;
Sez. 6, n. 42942 del 17/09/2024, Rv. 287263-01.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2025
a cura di

IPZS
ISTITUTO
POLIGRAFICO E ZECCA
DELLO STATO