

# SP

SISTEMA  
PENALE

**FASCICOLO**

**3/2022**

**DIRETTORE RESPONSABILE** Gian Luigi Gatta  
**VICE DIRETTORI** Guglielmo Leo, Luca Luparia

ISSN 2704-8098

**COMITATO EDITORIALE** Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Cerasa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

**COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI)** Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

**REDAZIONE** Francesco Lazzeri (coordinatore), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

*Sistema penale (SP)* è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salvo le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

**Peer review** I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

**Modalità di citazione** Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2022, p. 5 ss.

## INDICE DEI CONTRIBUTI

|  |     |
|--|-----|
| G. BONIOLO, G. GENNARI, <i>Ahi Popper! Ripensando criticamente al suo mito fra i giuristi</i> .....  | 5   |
| F. ALVINO, <i>Il controllo giudiziale dell'azione penale: appunti a margine della "riforma Cartabia"</i> .....   | 27  |
| A. MATTARELLA, <i>La futura convenzione Onu sul cybercrime e il contrasto alle nuove forme di criminalità informatica</i> .....  | 41  |
| S. DE FLAMMINEIS, <i>Reato associativo e concorso di persone tra teoria e prassi: il caso del concorso nel reato continuato</i> .....  | 77  |
| L. BONGIORNO, <i>Il divieto di avvicinamento alla persona offesa tra esigenze di protezione della vittima e tutela delle garanzie di libertà dell'accusato: il punto di equilibrio individuato dalle Sezioni Unite</i> ..... | 103 |
| F. CANANZI, <i>Dall'emergenza alla legge delega al Governo: verso un processo penale veramente telematico?</i> .....   | 117 |



## AHI POPPER! RIPENSANDO CRITICAMENTE AL SUO MITO FRA I GIURISTI

di Giovanni Boniolo e Giuseppe Gennari

*A partire dalla nota sentenza Daubert, pronunciata dalla Suprema Corte degli Stati Uniti nel 1993, la giurisprudenza e la dottrina italiana citano sovente la teoria falsificazionista di Karl Popper come punto di riferimento epistemologico per la selezione della “buona” scienza. Il contributo intende verificare se, effettivamente, ancora oggi le argomentazioni di Popper siano davvero attuali nel contesto della filosofia della scienza. Gli autori evidenziano come, effettivamente, il falsificazionismo sia stato sottoposto, da anni, ad approfondita critica. Gli autori concludono ritenendo che il riferimento a Popper sia errato dal punto di vista teorico e fuorviante ai fini del compito di selezione della scienza in corte.*

SOMMARIO: 1. Perché Popper? – 2. Rivalutiamo Popper alla luce degli errori e delle debolezze della sua proposta. – 2.1. Che cos’è la falsificazione popperiana? – 2.2. La falsificazione non funziona nel mondo reale quando ci sono enunciati statistici. – 2.3. La falsificazione non funziona nel. Mondo reale anche quando non ci sono enunciati statistici. – 3. Conclusione.

### 1. Perché Popper?

Perché mai una rivista di diritto si dovrebbe occupare di Karl Raimund Popper (1902-1994)? Vi è una prima risposta immediata, visto un recente contributo pubblicato su questa stessa *Rivista*. In questo lavoro<sup>1</sup>, per altri aspetti interessante, si legge che “quello che Karl Popper denomina tentativo di falsificazione” deve essere il nucleo essenziale del ragionamento del giudice. La giurisprudenza italiana, si dice, avrebbe davvero elaborato una illuminata “epistemologia della scienza forense” recata da principi:

*che trovano formidabile riscontro nel falsificazionismo popperiano, che, con la sua forza espansiva, rappresenta il senso stesso del processo penale. Con vera e propria nonchalance le Sezioni unite Pavan hanno considerato il metodo di Popper come un’acquisizione epistemologica ormai assodata. D’altronde, a livello di filosofia della scienza si è dinanzi a principi tanto consolidati da essere espressi in un volume per ragazzi, dal titolo ‘Errori*

---

<sup>1</sup> CONTI C., [La prova scientifica alle soglie dei vent’anni dalla sentenza Franzese: vette e vertigini in epoca di pandemia](#), in questa *Rivista*, 9 febbraio 2021.

*galattici. Errare è umano, perseverare è scientifico', redatto con finalità divulgative da un giovane astrofisico.*

Insomma, Popper dovrebbe essere una conquista definitiva della epistemologia e il giudice dovrebbe avvantaggiarsene. Ma da dove viene questa passione del giurista per Popper? Qui la risposta è un po' più articolata. A quanto ne sappiamo, la prima volta che un giurista cita, in modo apparentemente determinante, Popper (insieme a Carl Gustav Hempel) è nella sentenza *Daubert*<sup>2</sup>. Il giudice Blackmun, che l'ha redatta, scrive:

*Scientific methodology today is based on generating hypotheses and testing them to see if they can be falsified; indeed, this methodology is what distinguishes science from other fields of human inquiry." Green, 645. See also C. Hempel, Philosophy of Natural Science 49 (1966) ("[T]he statements constituting a scientific explanation must be capable of empirical test"); K. Popper, Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge 37 (5th ed. [509 U.S. 579, 13] 1989) ("[T]he criterion of the scientific status of a theory is its falsifiability, or refutability, or testability").*

Effettivamente, tra i commentatori americani si è subito detto che Blackmun (e ancor di più i suoi colleghi della Corte Suprema, che non avrebbero preventivamente condiviso il passaggio della *opinion* del giudice relatore) non intendesse consapevolmente evocare la nozione di falsificabilità. In realtà, le poche righe in cui viene richiamato Popper sono la testimonianza della gran confusione che molte volte si fa tra il concetto di falsificabilità e quello di falsificazione, tra teoria effettivamente controllata e quella per la quale sussiste la possibilità teorica di un controllo empirico. Probabilmente, la Corte Suprema intendeva solo dire che ipotesi non verificate dal punto di vista sperimentale sono meno accreditate di quelle verificate<sup>3</sup>. Ma tant'è. Comunque, è da sottolineare che la sentenza *Daubert* piacque da subito (e piace tuttora) in Italia, mentre le sue critiche sono rimaste confinate negli Stati Uniti<sup>4</sup>, forse anche per l'enorme influenza che Popper ha avuto qui da noi a differenza di ciò che è accaduto nei paesi anglo-sassoni.

In Italia, pochi anni dopo la sentenza *Daubert*, abbiamo la pronuncia della sentenza Franzese (Cass. SU, 30328/2002 Riv. 222138-01). È vero che la decisione non cita mai, in modo esplicito, Popper. Tuttavia, sicuramente le teorie del filosofo austriaco sono sul tavolo della corte. Si ricordi che, in quegli anni, lavora al massimario una valente donna magistrato, Teresa Massa, che preparò per le Sezioni Unite una relazione<sup>5</sup> "densa"

---

<sup>2</sup> *Daubert vs. Merrel Dow Pharmaceuticals Inc.*, 509 U.S. 579 (1993).

<sup>3</sup> Tutto ciò lo si può leggere in KAYE D.H., *On "Falsification" and "Falsifiability": The First Daubert Factor and the Philosophy of Sciences*, in *Jurimetrics*, vol. 45, 2005, 2, 473-481.

<sup>4</sup> GENNARI G., *I criteri di ammissione della prova scientifica nel contesto internazionale*, in Canzio G. – Luparia L. (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, CEDAM-Wolters Kluwer, Milano, 2018, 165.

<sup>5</sup> Come noto, l'ufficio del Massimario della Corte di Cassazione prepara relazioni informative, con dottrina e giurisprudenza, per le questioni rimesse alle Sezioni Unite.

di falsificazionismo. In realtà, Teresa Massa esplicherà il suo pensiero in un successivo commento alla sentenza in cui richiamerà in modo ampio la teoria di Popper<sup>6</sup>, sostenendo che il ragionamento probatorio dei giudici sarebbe una trasposizione del falsificazionismo in ambito giudiziario<sup>7</sup>.

Negli anni successivi il falsificazionismo percola da numerose decisioni. Ad esempio, la sentenza Cozzini (Cass. 43786/2010 Riv. 248944-10) non prende posizione in favore di Popper, ma – curiosamente –, poiché propone un metodo di verifica della scienza analogo alla sentenza Daubert, diverrà nella dottrina il cavallo di battaglia del popperismo (cfr. infra). La sentenza Knox-Sollecito (Cass., 36080/2015 Riv. 264863-01) pone la falsificazione come criterio essenziale di validazione del dato genetico, traendone la non corretta conclusione per cui l'analisi non ripetibile è, per ciò stessa, priva di pregio. La sentenza Pavan (Cass. SU, 14426/2019 Riv. 275112-01) dice che nelle aule di giustizia è stato introdotto, a proposito della valutazione della prova scientifica, il “principio della falsificabilità della prova (secondo il quale una tesi scientifica non può essere mai provata in modo certo, ma può essere solo falsificata)”.

Tuttavia è stata la dottrina, più della giurisprudenza, che si è innamorata di Popper. Questo, forse, è accaduto per la naturale tendenza di professori e accademici a cercare di collocare le regole di diritto all'interno di belle cornici teoriche. Tornando alla Cozzini, proprio a commento di questa sentenza uscì un autorevole articolo di Paolo Tonini<sup>8</sup> che ripropose il criterio della falsificabilità secondo la giurisprudenza americana, per trarne che anche la Corte di Cassazione aveva fatto proprio quel principio.

Esistono, poi, lavori che dichiarano piena adesione ai criteri elaborati nella sentenza *Daubert* –interpretata come dichiaratamente popperiana –, indicando che è vera scienza solo quella che resiste ai tentativi di falsificazione<sup>9</sup>. E ci sono lavori in cui il discorso di Popper viene inserito un panorama più ampio e articolato di critica al ragionamento induttivo.<sup>10</sup>

E poi ci sono interi volumi dedicati al falsificazionismo nel processo penale<sup>11</sup>.

Insomma, quello che interessa evidenziare è che Popper e la “sua” filosofia della scienza sono potentemente presenti nel mondo giuridico e giudiziario; per inciso, presenti anche con un certo grado di confusione. Falsificazione e falsificabilità sono due

<sup>6</sup> MASSA T., *Le Sezioni unite davanti a “nuvole ed orologi”: osservazioni sparse sul principio di causalità*, Cass. pen., 2002, 12, 3643.

<sup>7</sup> In particolare, nella parte in cui la motivazione chiede la verifica della eventuale “interferenza di fattori alternativi” nella verifica dell’evento (naturalmente stiamo parlando di nesso di causalità, come è a tutti noto), rispetto alla spiegazione che sembrerebbe sorretta dai dati scientifici.

<sup>8</sup> TONINI P., *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*, in *Dir. pen. proc.*, 11/2011, 2341.

<sup>9</sup> BRUSCO C., *La valutazione della prova scientifica*, in AA. VV., *La prova scientifica nel processo penale* (a cura di De Cataldo Neuburger L.), Cedam Padova, 2007, 40; CANZIO G., *La motivazione della sentenza e la prova scientifica: “reasoning by probabilities”*, in AA. VV., *Prova scientifica e processo penale*, cit., 13.

<sup>10</sup> DI GIOVINE O., *Il concetto scientifico e il concetto giuridico di probabilità: il grado di certezza da raggiungere nel giudizio sul fatto*, in AA. VV., *La prova scientifica nel processo penale*, cit., 161.

<sup>11</sup> NAIMOLI C., *Principio di falsificazione, tra prova indiziaria e prova scientifica*, Pacini Giuridica, Pisa, 2017.

cose diverse e se Popper deve essere usato per dire che la scienza è fallibile ed empiricamente controllabile, allora sembra anche piuttosto banale.

Ma questo interesse per Popper è veramente giustificato? La sua proposta epistemologica è ancora attuale e può essere utilizzato per separare buona e cattiva scienza? In quanto segue mostreremo che così forse non è e che una trivializzazione di un pensatore non è mai una cosa buona e giusta, soprattutto per amore di quel pensatore e per amore della società<sup>12</sup>.

## 2. Rivalutiamo Popper alla luce degli errori e delle debolezze della sua proposta.

K. R. Popper, come ogni pensatore che si rispetti, ha proposto un quadro teorico e questo, come ogni quadro teorico, è stato sottoposto al vaglio critico dei pari. Un procedimento del tutto normale. Quello che invece appare non essere del tutto normale è il fatto che le critiche che hanno mostrato la debolezza della proposta del filosofo austriaco risalgono agli anni 70 del ventesimo secolo, ma non sono mai giunte in Italia con la dovuta notorietà, trasformando così uno dei molti pensatori interessanti in un mito apparentemente esente da critiche.

In realtà, l'intero pensiero di Popper è punteggiato da vistosi errori e da debolezze che solo la sua celebrazione hanno impedito di considerare sotto la corretta luce filosofica. Rimandando a fra poco l'analisi critica delle debolezze del suo falsificazionismo, vale la pena ricordare fin da subito gli errori scientifici e logici in cui incorse fin dagli inizi della sua carriera e che non si è mancato di mettere in evidenza.

Cominciamo rammentando l'avversione popperiana per l'interpretazione cosiddetta ortodossa della meccanica quantistica. Questa avversione fu contraddistinta da una serie notevoli di errori interpretativi e formali. In particolare, Popper pubblicò nel 1934 su *Die Naturwissenschaften* un lavoro in cui proponeva un esperimento ideale atto, a suo giudizio, a sconfiggere l'interpretazione vincente della meccanica quantistica. Sfortunatamente, il saggio conteneva un errore, che peraltro Popper stesso più tardi ammise<sup>13</sup>, e che indusse il comitato editoriale della rivista a pubblicarlo solo seguito da un commento di K.F. von Weizsäcker che ne metteva in luce la non correttezza. Il secondo errore popperiano relativo ai fondamenti della meccanica quantistica ha a che fare con il dibattito Einstein-Bohr sulla validità delle relazioni di Heisenberg. In seguito alla lettura del saggio che N. Bohr scrisse per il volume della "Library of Living Philosophers" dedicato ad Einstein<sup>14</sup>, Popper cercò di mostrare come quest'ultimo avesse ragione con un argomento che ora si può trovare nell'Appendice \*XI della *Logica*

---

<sup>12</sup> Quanto segue è una ripresa modificata di quanto già esposto in BONIOLO G., VIDALI, P. *Filosofia della scienza*, Bruno Mondadori, Milano 1999 e poi formulato in modo più sintentico in BONIOLO G., VIDALI, P. *Introduzione alla filosofia della scienza*, Bruno Mondadori, Milano 2003.

<sup>13</sup> Cfr. successiva n. 15.

<sup>14</sup> Cfr. BOHR N., trad. it. *Discussione con Einstein sui problemi epistemologici della fisica atomica*, in SCHILPP P.A. (a cura di) (1949), *Albert Einstein: Philosopher-Scientist*, trad. it. Boringhieri, Torino, 1979.



della scoperta scientifica<sup>15</sup>. A ben leggere questa appendice, si scopre facilmente l'errore, anzi il duplice errore: interpretò scorrettamente la relatività speciale e la correlazione fra questa teoria, la relatività generale e la meccanica quantistica<sup>16</sup>. Il terzo punto critico dell'interpretazione popperiana della meccanica quantistica è legato a un altro importantissimo momento nella storia della scienza, ossia al famosissimo saggio del 1936 di G. Birkhoff e J. Von Neumann sulla logica quantistica. Vi è da dire che questo saggio, quando uscì, fu piuttosto trascurato e che solo più avanti, verso gli anni Sessanta, ebbe modo di essere apprezzato come meritava. Ed è proprio negli anni Sessanta che Popper lo lesse e che lo trovò contraddittorio e ambiguo. Decise allora di pubblicare un articolo fortemente critico, che fu accettato da *Nature*<sup>17</sup>. L'articolo di Popper sollevò un mare di critiche da parte di quei fisici e matematici che, come J.M. Jauch, A. Ramsay e J.C.T. Pool stavano lavorando sulle indicazioni contenute nel saggio di Birkhoff e von Neumann. L'aspetto curioso dell'intera faccenda è che le critiche al saggio di Popper e la sua replica avrebbero dovuto uscire su *Nature*, cosa che però non accadde mai. Tuttavia le errate obiezioni popperiane al lavoro di Birkhoff e von Neumann svanirono nel nulla<sup>18</sup>.

Non solo errori di fisica hanno contraddistinto il suo percorso intellettuale, ma anche errori di logica e questi han minato fin dai fondamenti la sua proposta epistemologica. In effetti per completare il quadro, vale la pena ricordare pure l'errore di logica che inficiò la sua teoria della verosimiglianza, che doveva essere il secondo cardine logico della sua concezione epistemologica (il primo è dato dal falsificazionismo che discuteremo a breve). Mentre la tesi falsificazionista ha il 1919 come data di nascita<sup>19</sup>, l'origine di quella sulla verosimiglianza può essere fissata intorno ai primi anni del 1960, come si evince dalla prima edizione, del 1963, di *Congetture e confutazioni*. Vi è subito da rilevare che la proposta popperiana fu considerata, al suo apparire, una buona soluzione al problema di quale fosse la teoria scientifica più vicina al vero. Tuttavia, nel 1974, comparvero tre articoli – uno di P. Tichý, uno di J. Harris e uno di D. Miller –, in cui si mostrava l'errore logico in essa contenuto. A questo proposito è interessante notare che anche in questo caso Popper riconobbe che aveva effettivamente sbagliato<sup>20</sup>.

---

<sup>15</sup> POPPER K.R. (1934-1959), *Logik der Forschung*, Springer Verlag, Wien, trad. ingl con nuove note e aggiunte *The Logic of Scientific Discovery*, Hutchinson, London 1959, trad. it. *Logica della scoperta scientifica*, Einaudi, Torino 1970., 507.

<sup>16</sup> Cfr. JAMMER M., *The Philosophy of Quantum Mechanics*, John Wiley and Sons, New York., 1974, p. 136-138.

<sup>17</sup> Cfr. POPPER, K.R., *Birkhoff and von Neumann's Interpretation of Quantum Mechanics*, in *Nature*, n. 219, 1968, p. 682-685.

<sup>18</sup> Cfr. JAMMER M., *op. cit.*, p. 351-354.

<sup>19</sup> Cfr. Popper K.R., *Unended Quest*, Fontana Collins, London, trad. it. *La ricerca non ha fine*, Armando, Roma 1978.

<sup>20</sup> È stato dimostrato che anche il contenuto di falsità aumenta con il contenuto; si vedano le quattro note della discussione di P. TICHÝ, J. HARRIS e D. MILLER in *BJPSD*, 25, 1974, p. 155-188.

### 2.1 Che cos'è la falsificazione popperiana?

Forse un po' troppo enfaticamente, nel capitolo 17 della sua autobiografia, intitolato "Chi ha ucciso il neopositivismo?", Popper si autoaccusa con un certo compiacimento:

*credo di dover ammettere la mia responsabilità. Ma non lo feci di proposito: la mia unica intenzione era di mettere in luce quelli che mi sembravano errori fondamentali (Popper, Unended Quest, cit., p. 91).*

Sicuramente non è stato Popper a uccidere il neopositivismo europeo. Più di Popper sono stati, da un lato, il nazismo e, dall'altro, il neopositivismo stesso con un criterio di significanza troppo rigido e restrittivo e con i tentativi un po' troppo acrobatici fatti per salvarlo.

Anche se Popper non fu mai un adepto del Circolo di Vienna (d'altronde – come lui stesso racconta – non fu mai invitato a farne parte), fra la fine degli anni '20 e gli inizi degli anni '30 entrò in contatto con alcuni dei circolisti, soprattutto con V. Kraft e H. Feigl, con i quali ebbe modo di intavolare lunghe discussioni. E fu proprio Feigl che lo stimolò a stendere in un libro le sue idee. Così vide la luce *Die beiden Grundprobleme der Erkenntnistheorie*, il cui manoscritto fu letto da R. Carnap, M. Schlick, Ph. Frank, H. Hahn e O. Neurath e che, nel 1933, Schlick e Frank accettarono nella collana del Circolo: *Schriften zur wissenschaftlichen Weltanschauung*. Ma si trattava di un lavoro troppo ampio e l'editore, Springer, decise di pubblicarne una parte, che nel 1934 apparve con il titolo di *Logik der Forshung*<sup>21</sup>. Tuttavia, al di là della immediata ricezione positiva, con l'avvento del nazismo il testo popperiano ebbe un periodo di oblio che terminò quando nel 1959 uscì l'edizione inglese ampliata e intitolata *The Logic of Scientific Discovery*<sup>22</sup>.

La tesi fondamentale della *Logik* era che non si dovesse chiedere che cosa fosse significativo né, tantomeno, che si dovesse tentare di rispondervi attraverso il criterio di verifica. In realtà, era centrale chiedersi che cosa fosse scientifico e tentare di rispondervi tramite il criterio di falsificabilità. Il problema principale di Popper non era quello di stabilire un criterio di significanza, quanto un criterio di demarcazione in grado di separare l'ambito degli enunciati scientifici dall'ambito degli enunciati non scientifici, senza però minimamente togliere valore conoscitivo (e meno che mai esistenziale) a quest'ultimi, specialmente se erano enunciati metafisici<sup>23</sup>:

---

<sup>21</sup> Il lavoro originale di Popper (*Die beiden Grundprobleme der Erkenntnistheorie*) apparirà solo nel 1979 (cfr. POPPER K.R. (1979), *Die beiden Grundprobleme der Erkenntnistheorie*, Mohr, Tubingen, trad. it. *I due problemi fondamentali della conoscenza*, Il Saggiatore, Milano 1987). L'anno ufficiale di pubblicazione della *Logik* è, in realtà, il 1935.

<sup>22</sup> Cfr. nota 15. Intanto Popper, durante la sua permanenza in Nuova Zelanda, aveva scritto altri due lavori di filosofia (segnatamente di filosofia della storia e di filosofia della politica), ossia *The Poverty of Historicism* e *The Open Society and its Enemies* che pubblicò con grande difficoltà, rispettivamente, nel 1944 e 1945.

<sup>23</sup> Si noti che, ovviamente, anche il criterio di significanza è un criterio di demarcazione, segnatamente fra l'ambito del significativo e quello del non significativo. Tuttavia, storicamente si usa contrapporre il criterio neopositivista di significanza al criterio popperiano di demarcazione (da intendersi nel senso visto). Per

*Non mi spingo [...] ad asserire che la metafisica non ha nessun valore per la scienza empirica. Infatti, non si può negare che, accanto alle idee metafisiche che hanno ostacolato il cammino della scienza, ce ne sono state altre – come l'atomismo speculativo – che ne hanno aiutato il progresso (Popper, Logik der Forschung<sup>24</sup>, p. 19).*

La proposta popperiana parte dalla constatazione di due difficoltà, o, meglio, di una difficoltà che presenta due lati, della concezione verificazionista:

- il criterio di verifica elimina dall'ambito del significativo le leggi di natura; queste sono enunciati universali e quindi parlano di infiniti casi, ne segue che una loro verifica conclusiva è impossibile e quindi dovrebbero essere considerati non significanti:

*i positivisti nella loro ansia di distruggere la metafisica, distruggono, con essa, la scienza della natura. Infatti le leggi scientifiche non possono, a loro volta, essere ridotte ad asserzioni empiriche elementari (ivi, p. 16);*

- il criterio di verifica è strettamente connesso all'esistenza di un'inferenza induttiva che permette di passare dalla verifica di un numero finito di enunciati singolari alla verifica di una legge che, come detto, governa infiniti casi e da cui possono essere dedotti infiniti enunciati; ma l'esistenza di un'inferenza induttiva è un mito:

*i positivisti moderni [...] intendono ammettere come scientifiche, o legittime, soltanto quelle asserzioni che siano riducibili ad asserzioni elementari, o "atomiche", di esperienza – a "giudizi di percezione" a "proposizioni atomiche", o "enunciati protocollari", o dio sa cosa. È chiaro che il criterio di verifica qui implicito è identico alla richiesta di una logica induttiva (ivi, p. 14-15).*

Da tutto ciò si conclude che

*Il criterio di demarcazione inerente alla logica induttiva – cioè il dogma positivista del significato – è equivalente alla richiesta che tutte le asserzioni della scienza empirica (ovvero tutte le asserzioni "significanti") debbano essere passibili di una decisione conclusiva riguardo la loro verità e falsità [...] Ora, secondo me, non esiste nulla di simile all'induzione. È pertanto logicamente inammissibile l'inferenza da asserzioni singolari "verificate dall'esperienza" (qualunque cosa ciò significhi) a teorie. Dunque, le teorie non sono mai verificabili empiricamente (ivi, p. 21-22).*

Il criterio di verifica non funziona, per cui si deve concludere che

---

avere un'idea del portato esistenziale degli enunciati non scientifici, o almeno di certi, si leggano le due opere più "politiche" di Popper, ossia *The Poverty of Historicism* e *The Open Society and its Enemies*.

<sup>24</sup> POPPER K.R. (1934-1959), *Logik der Forschung*, Springer Verlag, cit.

*tanto i sistemi metafisici quanto quelli scientifici sono costituiti da pseudo-asserzioni insignificanti. Dunque, invece di sradicare la metafisica dalla scienza, il positivista conduce all'irruzione della metafisica nel dominio della scienza" (ivi, p. 17).*

Per ovviare a questa *débâcle* bisogna cambiare indirizzo di ricerca e chiedersi come la scienza empirica possa essere caratterizzata e quindi come essa possa differenziarsi dalla metafisica. Ebbene, secondo Popper, una buona risposta si trova nell'idea di falsificabilità: dato un sistema T, questo è "empirico", o "scientifico" o "falsificabile" se da esso è possibile estrarre delle conseguenze C, le asserzioni-base, le quali possono essere confrontate con il mondo empirico tramite un esperimento e quindi da questo falsificate. Se l'esperimento porta a un risultato negativo allora, tramite il *modus tollens* della logica classica, la teoria è falsificata.

Cioè, sia C l'asserzione-base dedotta dalla teoria, e sia  $C' \equiv \text{non}C$ , l'asserzione-base contraddittoria, che Popper chiama falsificatore potenziale. Se l'esperimento dice che vale C', allora

$$((T \rightarrow C) \wedge \text{non}C) \rightarrow \text{non}T.$$

Non servirebbe nemmeno ricordarlo, ma ci si consenta di sottolineare che il *modus tollens* non è certo una scoperta logica di Popper, ma una legge di inferenza nota da moltissimi secoli se non millenni. Comunque sia, banalmente mentre un fatto unico basta a rendere falsa una teoria scientifica, nessuna teoria scientifica può essere resa vera, nemmeno da moltissimi fatti. A questo proposito, Popper parla di asimmetria fra verifica e falsificazione dovuta al fatto che per falsificare un enunciato basta un fatto che lo contraddice mentre per verificarlo ne servirebbero infiniti<sup>25</sup>. Anche questo, peraltro, noto da secoli a qualunque intellettuale con una formazione logica di base<sup>26</sup>.

Riassumendo, una teoria è scientifica se è falsificabile, ossia se ammette dei falsificatori potenziali che, se effettivamente trovati veri mediante l'esperimento, la falsificano via *modus tollens*. Una volta stabilito ciò, Popper distingue il contenuto logico

<sup>25</sup> "La mia proposta si basa su un'asimmetria tra verificabilità e falsificabilità, asimmetria che risulta dalla forza logica delle asserzioni universali. Queste, infatti, non possono mai essere derivate da asserzioni singolari, ma possono venir contraddette da asserzioni singolari. Di conseguenza è possibile, per mezzo di inferenze puramente deduttive (con l'aiuto del *modus tollens* della logica classica), concludere dalla verità di asserzioni singolari [i falsificatori potenziali] alla falsità di asserzioni universali" (POPPER K.R., *op. ult. cit.*, p. 23).

<sup>26</sup> Cosa, comunque, non del tutto nuova, come esemplifica questo passo di Kant: "Ora il *modus tollens* di concludere alla verità di una conoscenza dalla verità delle sue conseguenze, sarebbe permesso allora soltanto, quando fossero vere tutte le possibili conseguenze, perché allora per esse non è possibile se non un solo principio, il quale dunque, è anch'esso vero. Ma questo procedimento è impossibile, poiché eccede le nostre forze conoscere tutte le conseguenze possibili di una qualsiasi proposizione data [...] Perciò su questa via non può mai un'ipotesi trasformarsi in una verità dimostrata. Il *modus tollens* dei sillogismi, che concludono dalle conseguenze ai principi, non prova con tutto rigore, ma anche con perfetta facilità. Perché se da una proposizione può essere ricavata anche una sola conseguenza falsa, questo principio è falso" (KANT I., *Kritik der reinen Vernunft*, trad. it. *Critica della ragion pura*, Laterza, Roma-Bari 1985., p. 603).

di una teoria, ossia la classe degli enunciati non-tautologici che possono essere da essa derivati, dal contenuto empirico di una teoria, ossia la classe dei suoi falsificatori potenziali, ovvero la classe delle asserzioni-base che la contraddicono.

A questo punto, bisogna soffermarsi sulla nozione di asserto-base. Innanzi tutto, è un enunciato singolare controllabile intersoggettivamente mediante l'esperimento (ad esempio, "Sopra la tavola che hai davanti, c'è una penna", "Alle ore 17,30 del 14 aprile 1999, c'è un elettrone che sta passando in un campo magnetico" ecc.). Comunque, non tutti gli enunciati singolari sono asserzioni-base; lo sono solo quelli che si convenziona essere tali, ossia solo quelli sulla cui accettazione o rifiuto i ricercatori, tramite un esperimento, si possono mettere facilmente d'accordo<sup>27</sup>. In effetti, ogni enunciato singolare potrebbe essere l'origine di una nuova catena di deduzioni che portano ad altri enunciati singolari. Per ovviare a ciò, a un certo momento si convenziona che quel dato enunciato singolare a cui si è giunti sia un'asserzione-base, ossia un enunciato che permette di controllare la validità della teoria da cui è stato dedotto, ossia che eventualmente permette di falsificarla.

Si noti che una cosa è la falsificabilità e un'altra la falsificazione:

*Dobbiamo fare una netta distinzione tra falsificabilità e falsificazione. Abbiamo introdotto la falsificabilità soltanto come criterio per stabilire il carattere empirico di un sistema di asserzioni. Per quanto riguarda la falsificazione, dobbiamo introdurre regole speciali che determinano in quali condizioni un sistema si debba considerare falsificato (ivi, p. 76).*

Insomma, si parla di "falsificabilità" quando si parla del criterio per demarcare la scienza dalla non-scienza; si parla di "falsificazione" quando si parla del processo metodologico che porta a dire che la teoria è effettivamente falsificata dall'esperienza.

Per concludere, Popper, nel 1934, critica l'efficacia del criterio di verificaione, al quale sostituisce il criterio di falsificabilità, e rifiuta la coppia significanza-verificaione, alla quale sostituisce la coppia scientificità-falsificabilità. E queste sono posizioni con cui i neopositivisti dovettero fare i conti, come accadde. E a prova dell'interesse per la posizione di Popper vi è il fatto che il suo lavoro fu molto citato in quegli anni, come ci si avvede leggendo, per esempio, *Über Protokollsätze*<sup>28</sup> e *Testability and Meaning* di R. Carnap e *Language, Truth and Logic* di A. Ayer<sup>29</sup>.

Va notato che alcuni autori avevano tuttavia interpretato il criterio di falsificabilità come una variante sofisticata del criterio di significanza<sup>30</sup>. Interpretazione che, ovviamente, Popper osteggiò sia negli anni '30<sup>31</sup> sia successivamente, come documenta una nota stesa per l'edizione del 1959 de *The Logic of Scientific Discovery*:

<sup>27</sup> POPPER K.R., *op. ult. cit.*, 99-104.

<sup>28</sup> Si noti che questo è un lavoro del 1932, ma Carnap, come detto, aveva letto il manoscritto della *Logik* prima della pubblicazione.

<sup>29</sup> Sulle recensioni che la *Logik* ebbe da parte dei neopositivisti, cfr. POPPER K.R., *Unended Quest* p. 93

<sup>30</sup> Ad esempio, Ayer e Carnap lo interpretano così e anche Hempel lo fa, sebbene aggiunga che forse Popper non sarebbe d'accordo (cfr. HEMPEL C.G. (1966), *Philosophy of Natural Science*, trad. it. *Filosofia delle scienze naturali*, Il Mulino, Bologna 1968, p. 216 e n. 8 p. 235).

<sup>31</sup> In realtà, nella *Logik* del '34 la sua posizione era chiara, ed era una posizione che ricalcava quella descritta

*Si noti che io propongo la falsificabilità come criterio di demarcazione, ma non di significato [...] È pertanto un puro e semplice mito [...] che io abbia proposto la falsificabilità come criterio di significato. La falsificabilità separa due tipi di asserzioni perfettamente significanti: le falsificabili e le non falsificabili. Essa traccia una linea all'interno del linguaggio significante, non intorno ad esso (Popper, cit., n. \*3, p. 22).*

Solo dopo la pubblicazione dell'edizione inglese nel 1959, ossia de *The Logic of Scientific Discovery*, la proposta epistemologica popperiana comincia a riprendere vigore e a caratterizzarsi come possibile alternativa alla *standard view* che in quegli anni imperava: da un lato, l'anti-induttivismo popperiano, dall'altro, l'induttivismo di quasi tutti gli appartenenti alla *standard view*; da un lato, l'enfasi popperiana sulla falsificazione, dall'altro, l'enfasi sulla conferma. Tuttavia, almeno limitatamente al tema del controllo empirico delle teorie scientifiche, sebbene Popper criticasse l'approccio enfaticamente la conferma, ricorrendo più o meno ad argomentazioni che non si discostavano molto da quelle che aveva usato contro i verificazionisti negli anni '30, la sua posizione non fu per molti anni oggetto di nessuna critica particolarmente interessante e pregnante da parte di appartenenti alla tradizione avversa. Bisognerà aspettare fino al 1976: anno in cui A. Grünbaum pubblicò quattro saggi in cui il cuore logico della proposta popperiana veniva analizzato per mostrarne le debolezze<sup>32</sup>, in particolare si mostrava come essa incontrasse delle serie difficoltà relativamente alle questioni dell'olismo e delle ipotesi *ad hoc*<sup>33</sup>.

Tuttavia, prima di analizzarle, vorremmo dedicare un paragrafo al problema della falsificazione degli enunciati statistici o probabilistici. Molto spesso questo è un tema sorvolato quando si parla di approccio falsificazionista, eppure sono molti gli asserti statistici nella scienza contemporanea. Ebbene, sono falsificabili? E se non lo fossero, come potremmo considerarli scientifici? Popper affrontò questi problemi e ne propose una soluzione; ma, come vedremo, non fu affatto una soluzione soddisfacente.

## 2.2. La falsificazione non funziona nel mondo reale quando ci sono enunciati statistici.

L'idea di Popper in merito agli enunciati statistici o probabilistici è chiara:

---

in una lettera del 1933 spedita a "Erkenntnis" in cui discute del rapporto fra demarcazione e falsificazione ("Erkenntnis", n. III (1933), p. 426-427 e poi aggiunta come *Appendice \*1* a Popper, *The Logic*, ed. 1959, p. 344-349).

<sup>32</sup> Ci stiamo riferendo a GRÜNBAUM A., *Is Falsifiability the Touchstone of Scientific Rationality? Karl Popper versus Inductivism*, in Cohen, Feyerabend, Wartofsky (1976), p. 213-252; GRÜNBAUM A., *Can a Theory Answer More Questions than One of its Rivals?*, in *The British Journal for the Philosophy of Science*, n. 27, 1976, p. 1-23; GRÜNBAUM A., *Is the Method of Bold Conjectures and Attempted Refutations justifiably the Method of Science?*, in *The British Journal for the Philosophy of Science*, n. 27, 1976, p. 105-136; GRÜNBAUM A., *Ad hoc Auxiliary Hypotheses and Falsificationism*, in *The British Journal for the Philosophy of Science*, n. 27, 1976, p. 329-362.

<sup>33</sup> Per un superamento della concezione popperiana che tiene conto delle sue debolezze e del modo in cui Popper le tratta, cfr. BONIOLO G., VIDALI P. (1999), *Filosofia della scienza*, B. Mondadori, Milano 1999, Cap. I.



*Comunque si definisca il concetto di probabilità [...] le asserzioni probabilistiche non saranno verificabili. Le ipotesi probabilistiche non mettono fuori causa nulla che sia osservabile; le stime probabilistiche non possono contraddire una asserzione-base, né possono esserne contraddette; neppure possono essere contraddette dalla congiunzione di un qualsiasi numero finito di asserzioni-base né, di conseguenza, da un numero finito di osservazioni (Popper, *Logik der Forschung*, cit., p. 201).*

Quindi, un qualunque enunciato statistico o probabilistico del tipo S: “La probabilità che accada l’evento E è x” non può essere falsificato in quanto, anche se accade non-E, questo non comporta affatto una sua falsificazione. D’altronde, S non può essere falsificato nemmeno da una sequenza lunga quanto si voglia di eventi non-E: un enunciato statistico o probabilistico non nega che certi eventi possano accadere o non accadere, ma dice solo quanto probabile è che accadano o non accadano. Oltre tutto, ovviamente, un enunciato del tipo S non può nemmeno essere verificato in modo conclusivo.

Se tutto ciò è vero, ogni enunciato del tipo S, per il criterio di falsificabilità, dovrebbe essere considerato non-scientifico. Ma possiamo permetterci di eliminare come non scientifici tutti gli enunciati statistici o probabilistici della fisica, della chimica, della biologia? No di certo, e Popper ne è ben consapevole. Allora, che cosa fare? L’idea di Popper, che però era già presente in A.A. Cournot<sup>34</sup>, sta nel considerare gli enunciati statistici come “falsificabili in pratica” anche se non lo sono logicamente<sup>35</sup>.

Supponiamo, immagina Popper, che un fisico abbia trovato un risultato empirico relativo a una certa ipotesi statistica, ebbene

*di solito [...] è capacissimo di decidere se, per il momento, possa accettare una certa particolare ipotesi probabilistica come ‘confermata empiricamente’ o se, invece, debba rigettarla come ‘falsificata in pratica’ cioè come inutile per gli scopi della predizione. È abbastanza chiaro che questa ‘falsificazione in pratica’ si può ottenere soltanto attraverso una decisione metodologica consistente nel considerare messi fuori causa – proibiti – gli eventi altamente improbabili. Ma con quale diritto questi eventi possono essere considerati tali? Dove mai dovremo tracciare la linea di demarcazione? Dove cominciare questa ‘alta improbabilità’? (ivi, p. 202-203).*

Per rispondere a queste domande,

---

<sup>34</sup> COURNOT A.A., *Exposition de la théorie des chances et des probabilités*, Paris, 1843. Su Cournot come “precursor” di Popper, cfr., HOWSON C. e URBACH P., *Scientific Reasoning: the Bayesian Approach*, Open Court, La Salle (Ill.), 1989, p. 121-123.

<sup>35</sup> Si noti che proprio negli anni dell’uscita della *Logik der Forschung*, in ambito di fondamenti della probabilità, si discuteva esattamente intorno alla questione di come controllare un’ipotesi statistica in base all’evidenza empirica e tale discussione era fatta all’interno di un quadro chiaramente ipotetico-deduttivo. Su questi temi, cfr. HOWSON C. e URBACH P., *op. cit.*, p. 123-141 e 155-176. Vale sottolineare il fatto che la discussione sul controllo degli enunciati statistici è assai vasta. Noi, per evidenti motivi contestuali, ci limitiamo a considerare la posizione di Popper.

*propongo – dice Popper – di prendere la decisione metodologica consistente nel non spiegare mai gli effetti fisici, cioè le regolarità riproducibili, come accumulazioni di accidenti (ivi, p. 213).*

In questo modo, il valore fisso a cui tende per numero molto alto di lanci la frequenza relativa di una sequenza di risultati di eventi casuali (come il lancio di una moneta, o di un dado) non dovrà essere considerato come dovuto a una “accumulazione accidentale”, bensì come stabile e ritrovabile nelle ripetizioni successive. Ma che cos’è che può essere considerato come “accumulazione accidentale”? Sembrerebbe essere tale ciò che ha una piccola probabilità di accadere. Tuttavia, questa risposta è solo parzialmente corretta, in realtà, è “accumulazione accidentale” solo ciò che non è riproducibile.

*La regola secondo cui si devono trascurare le improbabilità estreme [...] coincide con l’esigenza dell’oggettività scientifica. Infatti è chiaro che l’ovvia obiezione alla nostra regola è che anche la più grande improbabilità è pur sempre una probabilità, per quanto piccola, e che di conseguenza anche i processi più improbabili – cioè quelli che ci proponiamo di trascurare – un giorno o l’altro avranno luogo. Ma di questa obiezione ci si può liberare richiamando l’idea di effetto riproducibile [...] Non nego la possibilità che eventi improbabili possano accadere. Per esempio, non asserisco che le molecole di un piccolo volume di un gas non possano, per un breve tempo e spontaneamente, concentrarsi tutte in una parte del volume, o che in un volume maggiore di gas non avrà mai luogo una variazione spontanea di pressione. Quello che asserisco è che tali accadimenti non sarebbero effetti fisici, perché, a causa della loro immensa improbabilità, non sono riproducibili. [...] Se troviamo deviazioni riproducibili da un macro effetto che è stato dedotto da una stima probabilistica, dobbiamo assumere che la stima probabilistica è falsificata (ivi, p. 216-217).*

Allora, data un’ipotesi statistica  $S$ , supponiamo che questa preveda l’evento  $E$  con una probabilità pari a  $p$ . Supponiamo che accada non- $E$ , avente probabilità  $(1 - p)$ . Supponiamo che  $(1 - p)$  sia piccolo. Dovremo forse supporre  $S$  falsificato? No di certo. L’evento non- $E$ , infatti, aveva una probabilità così bassa di verificarsi che è fisicamente pressoché impossibile riprodurlo. E proprio perché è non riproducibile possiamo considerarlo non significativo relativamente alla validità di  $S$ . Supponiamo invece che non- $E$ , avente probabilità  $(1 - p)$ , anche piccola, sia ripetibile. Ebbene in questo caso esso è significativo relativamente alla validità di  $S$  e, di conseguenza,  $S$  è da considerarsi falsificata.

Da quanto detto, un evento viene considerato come falsificante un’ipotesi statistica se essa lo nega e se esso è riproducibile, ossia se è considerabile come un “effetto fisico”. Invece non è da considerarsi come falsificante se il suo accadere è così improbabile che non è da considerarsi un “effetto fisico”, cioè se ha una probabilità talmente bassa di verificarsi che è pressoché impossibile che accada, oppure, se si è verificato, che è pressoché irripetibile il suo ripetersi.



Vi è un problema: quando la probabilità di un evento può essere considerata piccola abbastanza da considerare pressoché impossibile il suo realizzarsi? Per Popper, questa domanda non ha una risposta univoca. È il fisico, in genere lo scienziato, che, di caso in caso, deve decidere che cosa debba ritenersi avere una probabilità così bassa da dover essere considerato pressoché impossibile.

Quindi una soluzione pragmatica, legata a quello che – lo vedremo tra breve – Popper chiama “l’istinto dello scienziato” e che Duhem aveva chiamato “buon senso”. Ma è una risposta soddisfacente per tutti? Certamente no:

*Questa regola – sembra vaga e senza speranza [... Tutto] sembra inevitabilmente una questione di gusto e di stipulazione arbitrari (Howson e Urbach, Scientific Reasoning: the Bayesian Approach, cit., p. 125).*

Non è questo l’unico problema. Ve ne sono almeno altri due, come evidenziano Howson e Urbach:

*I fenomeni naturali (cicloni, tempeste, terremoti, eruzioni vulcaniche, ecc.) devono essere considerati fisicamente significativi anche se hanno una piccola probabilità di avvenire e anche se non sono ripetibili, nel senso di riproducibili artificialmente, come accade in un esperimento di fisica o di chimica (ivi, p. 122).*

*Consideriamo una moneta e facciamo 1000 lanci. Supponiamo che siano uscite 1000 teste. Secondo Popper, dovremmo considerare falsificata l’ipotesi statistica S: “La moneta non è truccata”. Consideriamo ora la probabilità che da 1000 lanci di una moneta non truccata esca una certa sequenza di teste e croci. Visto che ogni sequenza è equiprobabile, vi è la stessa probabilità, pari a 21000, che escano 1000 teste o 1000 croci o una qualunque combinazione di 1000 teste e croci. Se seguissimo Popper, in base alla loro probabilità estremamente bassa, dovremmo considerare ognuna di tali sequenze pressoché impossibile fisicamente. Eppure una ne è uscita (ivi, p. 123).*

Comunque sia, si noti che se accettassimo l’idea di Popper di eliminare dal fisicamente possibile ciò che gli scienziati considerano tale e quindi se considerassimo falsificato un enunciato statistico in funzione di ciò che gli scienziati decidono sia da considerarsi una sua falsificazione, la falsificazione non sarebbe più qualcosa di totalmente oggettivo e soprattutto non si potrebbe più parlare di falsificabilità di un enunciato in base alla pura osservazione della sua struttura logica. In questi casi, come ammette Popper, la falsificazione (ma anche la falsificabilità) sarebbe una questione meramente “pratica”, sarebbe oggetto di stipulazione; di conseguenza, sarebbe oggetto di stipulazione pure il criterio di scientificità degli enunciati statistici. E sicuramente questo non è un risultato di cui egli stesso possa ritenersi soddisfatto.

2.3. *La falsificazione non funziona nel mondo reale anche quando non ci sono enunciati statistici.*

Ritorniamo adesso ai problemi più classici che il popperismo presenta, segnatamente a quelli relati alla falsificabilità degli enunciati non statistici, ma che tuttavia inficiano pure l'eventuale falsificabilità degli enunciati statistici. Iniziamo con il problema connesso all'argomento olistico.

Mentre Popper (o almeno – come vedremo – un certo Popper) sostiene che una singola ipotesi scientifica possa essere falsificata dall'esperienza, i sostenitori della tesi olistica ritengono che ciò sia impossibile per il semplice fatto che nella scienza non si danno mai ipotesi isolate ma sempre e solo sistemi più o meno complessi di ipotesi fra loro interrelate.

Ciò che può apparire strano a uno sguardo storico è che quando si parla di olistismo si fa sempre riferimento a quel capolavoro della filosofia della scienza del '900 che è *La théorie physique: son objet et sa structure* di P. Duhem<sup>36</sup>, la cui prima edizione risale al 1906 e la seconda al 1914. Questo significa che essa fu disponibile alla riflessione dei filosofi europei fin dai primi anni del secolo ventesimo. Quindi, com'è possibile che essa possa costituire un problema per il cuore teorico di un lavoro che fu pubblicato quasi vent'anni dopo e poi ristampato con qualche aggiunta dopo altri vent'anni? Forse Popper non ha letto il capolavoro di Duhem o non si è accorto che conteneva un argomento così devastante per il suo falsificazionismo? La questione è un'altra: Popper lo lesse – come appare dalle note della *Logik* del 1934 – solo che lo interpretò a suo beneficio tanto da far sostenere al fisico-filosofo francese tesi che egli né sostenne né scrisse mai.

Tuttavia, ed è questo l'aspetto veramente sorprendente della faccenda, nessuno si avvide di questa interpretazione fuorviante – o almeno nessuno di quelli che se accorse ne fece oggetto di un lavoro influente – fino agli anni '70 quando cominciarono a comparire i lavori di I. Lakatos e quando, nel 1976, Grünbaum non accostò esplicitamente quanto scrisse Duhem e quanto Popper sosteneva che il fisico-filosofo francese avesse scritto.

Come primo punto del suo confronto, Grünbaum sottolineò che Duhem non cadde affatto nella fallacia dell'affermazione del conseguente, come implicitamente sembrerebbe suggerire Popper quando afferma che Duhem nega gli esperimenti cruciali perché li interpreta come verificazioni. D'altronde, è sufficiente leggere con attenzione quanto il fisico-filosofo francese scrisse per accorgersi che, oltre a non cadere in tale fallacia, mise soprattutto sull'avviso di non cadere nella fallacia della *non causa pro causa*. In effetti, Duhem sostenne – è il nucleo della tesi olistica – che non abbiamo mai da controllare un enunciato isolato P, ma sempre un insieme di n enunciati P1, P2, ..., Pn. Ed è eventualmente contro questo insieme, preso nella sua interezza, che si scaglia la freccia falsificante del *modus tollens*. Bisogna, allora, fare attenzione a non cadere nella fallacia della *non causa pro causa* e imputare il fallimento empirico a un certo enunciato

---

<sup>36</sup> DUHEM P., *La théorie physique: son objet et sa structure*, M. Rivière, Paris, 1906-1914, trad. it. *La teoria fisica: il suo oggetto, la sua struttura*, Il Mulino, Bologna 1978.

Pi quando invece può essere dovuto a un enunciato Pj diverso da Pi, o a una particolare combinazione di enunciati Pj, Pj+1, ... Pj+k<sup>37</sup>.

Come detto, Popper conobbe e addirittura citò il lavoro di Duhem, ma lo interpretò in modo “piuttosto personale”, come si può agevolmente controllare mettendo a confronto le pagine duhemiane de *La teoria fisica* con quelle della *Logica della scoperta scientifica*<sup>38</sup> o di *Congetture e confutazioni*<sup>39</sup> dove il pensatore francese viene direttamente o indirettamente menzionato.

Tuttavia, indubbiamente in seguito alle riflessioni duhemiane, talvolta sembra che Popper accetti la differenza metodologica fra il controllo di enunciati isolati e il controllo di sistemi di enunciati<sup>40</sup>, anche se sembra dimenticarsene subito dopo<sup>41</sup>. E quando Popper sembra dimenticarsene non lo fa certo perché era filosoficamente sprovveduto, quanto proprio perché è filosoficamente avveduto e non può accettarla, visto le letali ricadute che avrebbe per il suo falsificazionismo. Fatto di cui – è ipotizzabile – fosse perfettamente consapevole fin dal '34. Si noti, tuttavia, che la prima formulazione precisa della tesi olistica deve essere ascritta a P. Duhem. Va comunque detto che molti autori a lui coevi avevano intuito o lambito il problema. Valga ad esempio di tale consapevolezza un passo de *La science et l'hypothèse* di H.J. Poincaré<sup>42</sup> dove il fisico-matematico e filosofo francese formula senza ambiguità il problema:

*D'altra parte, sottolineiamo che importa non moltiplicare le ipotesi oltre misura e formularle una dopo l'altra. Se costruiamo una teoria basata su ipotesi multiple e, se l'esperienza la condanna, quale delle nostre premesse deve mutare? Sarà impossibile saperlo (Poincaré, *La science et l'hypothèse*, cit., p. 167).*

Qui, anche se Poincaré sta mettendo in guardia intorno alla possibile proliferazione delle ipotesi relativamente a una stessa teoria, in realtà sta sollevando proprio il problema dell'olismo: se vi sono una congiunzione di ipotesi e un esperimento negativo, la condanna dovuta a quest'ultimo è rivolta contro l'intera congiunzione di ipotesi, ma così non sapremmo affatto quale sia l'ipotesi o la sotto-congiunzione di ipotesi che deve essere imputata del fallimento empirico. Quindi – è il suggerimento metodologico di Poincaré – “non moltiplichiamo le ipotesi oltre misura”.

<sup>37</sup> Comunque, lo stesso Grünbaum non è esente dalle stesse colpe nei riguardi di Duhem di quelle che lui imputa a Popper. In particolare, Grünbaum (specialmente, GRÜNBAUM A., *The Duhemian Thesis*, in *Philosophy of Science*, n. 27, p. 75-87, 1960, rist. in HARDING (1976), p. 116-131.) sostiene una certa equivalenza fra l'olismo di Duhem e quello di Quine.

<sup>38</sup> POPPER K.R., op cit., 62-65.

<sup>39</sup> POPPER K.R. (1969), *Conjectures and Refutations*, Routledge and Kegan Paul, London, trad. it. *Congetture e confutazioni*, Il Mulino, Bologna 1972, cap. III, 194.

<sup>40</sup> Ad esempio, “Dunque, a prima vista non possiamo sapere a quale delle varie asserzioni del rimanente sotto-sistema t' [...] sia da imputarsi la falsità” (Popper, *Logik*, cit., p. 64, n. 2).

<sup>41</sup> Ad esempio, “La questione, se esista qualcosa come un'asserzione singolare falsificabile (o un'asserzione base”) sarà presa in esame più tardi. Qui assumerò che a questa questione venga data una risposta positiva” (POPPER, op. ult. cit., p. 66).

<sup>42</sup> POINCARÉ H.J. (1902), *La science et l'hypothèse*, E. Flammarion, Paris, trad. it. in POINCARÉ (1989), vol. I, p. 51-234.

Potrebbe sembrare che l'origine della tesi olistica debba essere fatta risalire a Poincaré in quanto il passo appena citato è del 1902 e perciò di quattro anni precedente alla prima edizione del testo di Duhem in cui, tra l'altro, Poincaré è menzionato<sup>43</sup>. In realtà, così non è perché la prima formulazione esplicita della tesi olistica sembra essere contenuta in due lavori duhemiani del 1894: *Quelque réflexions au sujet de la physique expérimentale* e *Les théories de l'optique*. Proprio nel secondo di tali saggi si trova un passo<sup>44</sup> che contiene inequivocabilmente la tesi olistica, visto che parla dell'impossibilità di "condannare" un'ipotesi isolata, cioè visto che parla – se usassimo una terminologia popperiana – dell'impossibilità di falsificarla. Ed è esattamente questa tesi che sarà ribadita nel lavoro del 1906 dove il titolo del § 2 del Cap. VI della Parte II recita: "Un esperimento di fisica non può mai condannare un'ipotesi isolata, ma soltanto tutto un insieme teorico" e dove nel successivo, che ha come titolo "In fisica è impossibile fare l'*experimentum crucis*", si nega la possibilità di poter dire quale fra due ipotesi isolate con conseguenze contraddittorie sia vera e quale sia falsa. E questo accade perché nelle scienze della natura non si danno mai ipotesi isolate, ma sempre insieme di ipotesi tra loro correlate.

Si noti, per completezza di informazione, che ben differente dalla tesi metodologica dell'olismo – la cui paternità abbiamo visto essere attribuibile a Duhem – è la tesi semantica dell'olismo – la cui paternità può essere attribuita a W.V.O. Quine. Quest'ultima, infatti, non tratta della possibilità di "condannare" (falsificare) o di confermare un'ipotesi teorica isolata tramite un esperimento (cruciale o meno), ma affronta la signficanza di termini linguistici isolati. Bisogna, quindi, fare molta attenzione e distinguere le due versioni di olismo, anche se talvolta, pericolosamente, si parla della "tesi Duhem-Quine" e anche se lo stesso Quine le considera fortemente interdipendenti, sostenendo non solo un olismo smenatico ma anche una forma di olismo metodologico<sup>45</sup>.

Abbiamo visto che l'olismo metodologico rende problematica la falsificazione di un'ipotesi e proprio per questo è stato considerato una specie di contraltare ai problemi della verificaione. Ovvero, se Popper ha parlato di asimmetria fra verificaione e falsificazione, in quanto per verificare un'ipotesi servono infinite istanze favorevoli mentre per falsificarla ne basta una contraria, di contro si è suggerito di parlare, tenendo conto della tesi olistica, di simmetria fra verificaione e falsificazione: come è impossibile verificare conclusivamente un'ipotesi, così è impossibile falsificarla tenendo conto che essa è sempre connessa a un insieme di altre ipotesi.

In effetti, bisogna andare un po' cauti e destreggiarsi con cura fra ipotesi isolate e teorie, fra impossibilità logica di falsificare e impossibilità pragmatica di falsificare.

---

<sup>43</sup> DUHEM P., *op. cit.*, p. 204.

<sup>44</sup> DUHEM P., *Les théories de l'optique*, in *Revue des Deux Mondes*, n. 123, 1894, p. 94-125.

<sup>45</sup> QUINE W.V.O., *Ontological Relativity and Other Essays*, Columbia University Press, New York, trad. it. *Relatività ontologica e altri saggi*, Armando, Roma, 1969; QUINE W.V.O., *Theories and Things*, The Belknap Press, Cambridge (Mass.), 1981; QUINN P.L., *What Duhem Really Meant*, in Cohen R.S. e Wartofsky M. (a cura di), *Methodological and Historical Essays in the Natural and Social Sciences*, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht., 1974, p. 33-56.

Consideriamo un altro aspetto: sappiamo che se  $I$  è un'ipotesi confutata dall'esperimento, è sempre possibile trovare una ipotesi  $A$ , tale che  $I \wedge A$  riesce a cooptare il risultato empirico prima sfavorevole. Qui non siamo in presenza, ripetiamo, della situazione in cui la freccia del *modus tollens* non colpisce mai un'ipotesi isolata, comportandone la falsificazione, in quanto un'ipotesi isolata non si dà, ma siamo nella situazione in cui un'ipotesi contraddetta da risultati sperimentali può sempre essere salvata tramite l'aggiunta di un'opportuna ipotesi ausiliaria. In tal modo, ossia grazie a ciò che Popper chiamerà nel 1934 "stratagemma convenzionalistico" e nel 1974, seguendo H. Albert, "immunizzazione contro la critica", si arriva a rendere impossibile la falsificazione di un'ipotesi. Che questo trucco metodologico sia possibile è innegabile, come pure è innegabile che abbia in un qualche modo a che fare con la tesi olistica. Tuttavia conviene per ora tralasciarne la discussione e procrastinarla a quando discuteremo la questione delle ipotesi ausiliarie e della loro relazione con la falsificazione.

Ritorniamo alla tesi di Duhem e chiediamoci: se non è mai un enunciato isolato che viene confrontato con l'esperienza, ma sempre e solo un insieme di enunciati e se l'esperimento risponde negativamente, qual è l'enunciato o insieme di enunciati che dobbiamo imputare dell'insuccesso empirico? La risposta di Duhem è precisa e per certi versi sorprendente: non è la logica che permette di indirizzare la freccia del *modus tollens* contro un particolare enunciato o contro una particolare combinazione di enunciati, ma "quei motivi che non discendono dalla logica e tuttavia indirizzano la nostra scelta, le 'ragioni ignote alla ragione' che parlano all'*esprit de finesse* e non invece all'*esprit géométrique*"<sup>46</sup>, ossia chi permette di dirimere la faccenda è il "buon senso" degli scienziati: 'Il buon senso giudica quali sono le ipotesi da scartare'.

Vale ora la pena ricordare che, sorprendentemente per chi abbia una visione logicista di Popper, anche il filosofo austriaco, quando è messo alle strette a proposito dell'estrema pericolosità dell'argomento olistico per il suo falsificazionismo, ricorre a un "buon senso" molto duhemiano:

*[È l']istinto scientifico del ricercatore [...] che gli fa indovinare quali asserzioni [...] debbano essere considerate innocue e quali debbano essere considerate bisognose di modificazione (Popper, Logik, cit., p. 64 n. 2).*

È il buon senso degli scienziati e non la logica, che in questo caso è del tutto impotente, a decidere quale sia l'enunciato che deve essere considerato falsificato e quale sia l'enunciato che deve essere tenuto perché si ha fiducia nella sua validità.

Abbiamo visto che la tesi  $E$  collegata con l'olismo parlava dell'impossibilità di falsificare un'ipotesi isolata in quanto è sempre possibile trovare un'altra ipotesi, la cosiddetta ipotesi ausiliaria, che aggiunta alla prima consente di cooptare il risultato empirico sfavorevole, e quindi di tramutare l'istanza falsificante in un'istanza confermate.

---

<sup>46</sup> DUHEM P., *La théorie physique*, cit., 244

Ebbene, contro una tale “stratagemma convenzionalistico”, come lo chiama Popper, si scagliarono non solo (e paradossalmente) proprio quegli autori che vengono chiamati convenzionalisti, come ad esempio Poincaré<sup>47</sup>, ma anche Popper in quanto la possibilità di salvare ogni teoria falsificata ha conseguenze disastrose per una concezione metodologica che, come la sua, ruota attorno all’idea che la scienza proceda per congetture, confutazioni, nuove congetture più potenti ecc.

E in effetti, fin dal 1934, Popper si impegna a disinnescare la mina costituita dalla possibile aggiunta di ipotesi ausiliarie, ma è costretto a riconoscere che nella storia della scienza ci sono stati casi in cui tali aggiunte ausiliarie hanno portato un progresso conoscitivo. Ecco allora che il suo problema si presenta come quello di trovare un criterio che permetta di distinguere le ipotesi ausiliarie “buone”, quelle che possono essere introdotte, dalle ipotesi ausiliarie “cattive” che non dovrebbero essere introdotte e che chiama “ipotesi ausiliarie *ad hoc*”.

Come detto, il primo tentativo popperiano di definire quale ipotesi ausiliaria debba essere considerata *ad hoc*, e quindi quale ipotesi ausiliaria non debba essa introdotta, risale alla *Logik*

*Per quanto riguarda le ipotesi ausiliarie, decidiamo di enunciare la regola secondo cui sono accettabili soltanto quelle la cui introduzione non diminuisce il grado di falsificabilità o di controllabilità del sistema in questione, ma, al contrario, l'accresce (Popper, Logik, cit., p. 72).*

Quindi, come peraltro ribadirà sempre, le ipotesi ausiliarie *ad hoc* sono quelle ipotesi ausiliarie che non aumentano il contenuto empirico di una teoria, cioè che non aumentano l’insieme dei suoi falsificatori potenziali, o, dicendola diversamente, che sono collegate con un insieme vuoto di falsificatori potenziali. E tali ipotesi non devono essere avanzate semplicemente perché minano alla base la sua idea che si debba aumentare e non diminuire la falsificabilità delle teorie, in modo da poterle falsificare al più presto per cercare teorie nuove, migliori e più vicine alla verità delle precedenti.

Anche se questo è il motivo principale per cui Popper prescrive di non fare ipotesi ausiliarie *ad hoc*, ve ne sono solo altri due in qualche modo collegati: un’ipotesi ausiliaria *ad hoc* molto spesso è circolare, come esemplifica Popper con il seguente dialogo: “Perché il mare è così impetuoso oggi? – Perché Nettuno è molto arrabbiato – Ma quale prova hai per sostenere che Nettuno è molto arrabbiato? – Oh, ma non vedi come è impetuoso il mare oggi? E non è così quando Nettuno è arrabbiato?”<sup>48</sup>; un’ipotesi ausiliaria *ad hoc* non può mai essere controllata indipendentemente, ossia oltre a

---

<sup>47</sup> Si ricordi quando scrive che “importa non moltiplicare le ipotesi oltre misura e formularle una dopo l’altra” (POINCARÉ H.J., *La science et l’hypothèse*, E. Flammarion, Paris, 1902, trad. it. in POINCARÉ (1989), vol. I, p. 51-234., 1902, p. 167).

<sup>48</sup> POPPER K.R., *Objective knowledge*, Clarendon Press, Oxford, 1972, trad. it. *Conoscenza oggettiva*, Armando, Roma 1975, p. 192. Non tutti ritengono che l’esempio discusso da Popper sia veramente pertinente.



rendere conto degli explicanda per cui è stata introdotta non comporta altre conseguenze controllabili<sup>49</sup>.

Abbiamo a questo punto un chiaro criterio demarcativo tra ipotesi ausiliarie non-*ad hoc* e ipotesi ausiliarie *ad hoc*? Popper non sembra esserne perfettamente convinto: “È chiaro che, come ogni cosa in metodologia, la distinzione tra un’ipotesi *ad hoc* e un’ipotesi ausiliaria conservativa è piuttosto vaga”<sup>50</sup>. Tuttavia, sembrerebbe il contrario, visto che un’ipotesi *ad hoc* comporta una classe vuota di falsificatori potenziali e quindi un criterio di distinzione piuttosto chiaro.

Comunque, il criterio popperiano di demarcazione della “ad hocneità” basato sul concetto di contenuto informativo è soltanto ambiguo, come lui stesso ammette, oppure è del tutto errato? Sfortunatamente per Popper, non solo è ambiguo ma è pure basato su un errore logico, come mostra Grünbaum in uno dei quattro saggi del 1976 citati. La critica di Grünbaum si basa su una considerazione popperiana relativa alle relazioni fra contenuto informativo, contenuto empirico e contenuto logico di una teoria:

*si può immediatamente vedere [...] che gli elementi di questo insieme [del contenuto informativo] e gli elementi del contenuto logico stanno in una corrispondenza uno-a-uno: per ogni elemento che si trova in uno dei gruppi c'è nell'altro gruppo un elemento corrispondente, cioè la sua negazione. Troviamo quindi che ogni volta che in una teoria cresce o decresce la forza logica, o la potenza, o la quantità dell'informazione, allo stesso modo deve crescere o decrescere sia il suo contenuto logico sia il suo contenuto informativo. Ciò dimostra che le due idee sono molto simili: c'è una corrispondenza uno-a-uno tra ciò che si può dire dell'uno e ciò che si può dire dell'altro (Popper, *Unended Quest*, cit., p. 28).*

Secondo Grünbaum<sup>51</sup>, tale passo dice che, date due teorie T e T' si ha che

$$[CI(T) \subset CI(T')] \leftrightarrow [CL(T) \subset CL(T')],$$

ossia il contenuto informativo di una teoria T, cioè CI(T), è un sottoinsieme del contenuto informativo della teoria T', cioè CI(T'), se e solo se lo stesso avviene per i rispettivi due contenuti logici. Ma questo, sostiene Grünbaum, è errato da un punto di vista logico. Infatti, supponiamo che da T si estragga la conseguenza c contraddetta dall'esperienza, per la quale invece si dovrebbe avere  $c' \equiv \neg c$ . In tal caso, per *modus tollens*, T sarebbe falsificata. Però possiamo aggiungere a T l'ipotesi ausiliaria non *ad hoc* I, in modo da cooptare il risultato sfavorevole, ossia in modo che  $(T \wedge I) \rightarrow c'$ . Sia  $T' \equiv T \wedge I$ . In tal caso T e T' sono incompatibili perché T, implicando c, implica la negazione di c', mentre T' implica proprio c' (è stata costruita apposta per farlo). Questo comporta che CL(T) non può mai essere incluso in CL(T'), cioè il contenuto logico della teoria non modificata

<sup>49</sup> “Chiamo ‘ad hoc’ un’ipotesi se è introdotta per spiegare una data difficoltà [...] ma non può essere controllata indipendentemente” (POPPER K.R., *Replies to my Critics*, cit., p. 986).

<sup>50</sup> POPPER K.R., *Replies to my Critics*, cit., p. 986.

<sup>51</sup> GRÜNBAUM A., *Is falsifiability*, cit.

non può essere incluso nel contenuto logico della teoria modificata. Ma dal momento che il contenuto logico e il contenuto informativo – e quindi, a fortiori, il contenuto empirico – sono collegati dalla relazione di cui sopra, CI(T') non può mai includere CI(T), cioè il contenuto informativo della teoria modificata non può mai includere il contenuto informativo della teoria non modificata. E questo va contro la tesi popperiana secondo cui il contenuto informativo di una teoria salvata tramite un'ipotesi ausiliaria non *ad hoc* dovrebbe contenere il contenuto informativo della teoria originaria. Ma visto che proprio su questo aspetto si basa la demarcazione fra ipotesi ausiliarie non *ad hoc* e ipotesi ausiliarie *ad hoc*, la demarcazione popperiana fallisce nel suo compito<sup>52</sup>.

A questo punto si apre un'altra questione non banale: anche se Popper non è riuscito a demarcare correttamente tra ipotesi *ad hoc* e non, è possibile farlo? Grünbaum è piuttosto scettico su questa possibilità e per enfatizzarla ricorda quando sancì Hempel una decina di anni prima:

*non esiste [...] alcun criterio preciso per riconoscere le ipotesi ad hoc* (Hempel, 1952, p. 52).

Risultato piuttosto scoraggiante, ma corretto. Comunque, anche se fosse possibile trovare un criterio di “*ad hoc*neità” e questo fosse quello di Popper, potremmo dirci soddisfatti? Non completamente. Infatti, come afferma la tesi E vista nel caso dell'olismo forte, potremmo aggiungere una dopo l'altra ipotesi ausiliarie non *ad hoc* (e quindi accettabili anche per il falsificazionismo popperiano) in modo da rendere de facto infalsificabile il sistema. Certo, per evitare tale pericolo, a un certo punto – direbbe Popper – dovremmo smettere di aggiungerne di nuove. Ma quando smettere? Popper forse demanderebbe tale decisione all'“*istinto del ricercatore*”, visto che in questo caso la logica potrebbe poco. Tuttavia, così facendo non si ritornerebbe a quanto avevano già detto Poincaré, per il quale non bisogna “*moltiplicare le ipotesi oltre misura*”, e Duhem, che con il suo “*buon senso*” riesce addirittura a dirimere la questione?

Una cosa è certa: nella scienza l'introduzione delle ipotesi ausiliarie è prassi del tutto usuale. E come sempre, è poi la storia a decidere se le ipotesi introdotte si sono rivelate utili o del tutto inutili. Inoltre, è sempre il giudizio storico a dirci che cosa era *ad hoc*, ovvero che cosa era stato introdotto “*appositamente per quello scopo*” senza nessun'altra conseguenza, empirica o teorica. Ragionare in questi termini significa, però, abbandonare la strada della definizione astratta, magari basata su un “*gioco logico*”. Come si è visto, i tentativi di definizione, come quello popperiano, basati su qualche “*gioco logico*” in realtà sono finiti proprio in seguito alle aporie che quel “*gioco logico*” portava con sé.

---

<sup>52</sup> Per una critica non logica alla concezione popperiana di *ad hoc*neità, cfr. BAMFORD G., *Popper's Explications of ad hocness: Circularity, Empirical Content and Scientific Practice*, in *The British Journal for the Philosophy of Science*, n. 44, 1993, p. 335-355.



### 3. Conclusione.

Anche se il percorso è stata un po' più complesso e articolato rispetto ai primi interrogativi che ci siamo posti, abbiamo visto che il falsificazionismo di Popper non funziona, al di là della banalità fissabile nel *modus tollens*, e non funziona ancora di più con enunciati statistici o probabilistici. E qui, forse, molti giuristi dimenticano che la stragrande maggioranza degli enunciati utilizzati dalle scienze forensi, appartengono proprio a questa categoria. Genetica forense, epidemiologia, psichiatria, neuroscienze – l'elenco potrebbe proseguire – utilizzano metodiche statistiche che consentono di esprimere la probabilità di osservare un certo evento data una certa ipotesi esplicativa (cioè l'ipotesi fattuale da verificare nel giudizio). Per non parlare degli algoritmi di intelligenza artificiale con cui si vorrebbe predire e/o prevenire un determinato comportamento futuro.

Come si è avuto modo di evidenziare in un precedente lavoro<sup>53</sup>, quando si usano nozioni e termini che appartengono ad un campo del sapere diverso dal diritto, questo va fatto con rigore metodologico e con la migliore conoscenza tecnica che li circonda.

Allora, quando, a ogni piè sospinto, troviamo citato e richiamato e invocato il falsificazionismo di Popper in articoli e sentenze possiamo ipotizzare due situazioni.

La prima è che questo accade perché si intende fare riferimento davvero alle teorie dell'epistemologo austriaco. Se così è abbiamo però capito che non ha più senso, che è un riferimento obsoleto e superato. È un po' come se il filosofo pretendesse, oggi, di spiegare il diritto civile sulla base della teoria del negozio giuridico di Emilio Betti<sup>54</sup>; teoria bellissima, ma datata. Insomma, il giurista dovrebbe fare attenzione a non cadere nella tentazione di esercitarsi nella "filosofia del week end". La filosofia è materia complessa esattamente come il diritto e come il diritto richiede studio costante e aggiornamento. Praticare il *cherry picking* con lavori, per quanto noti, risalenti a oltre mezzo secolo fa è irrispettoso di questa complessità, oltre che tecnicamente inadeguato.

La seconda è che questo accade semplicemente perché, usando il termine "falsificazionismo" o "falsificabile", si vuole evidenziare il carattere provvisorio e sempre soggetto a revisione della scienza. Ma se è così, come abbiamo già detto sopra, si tratta solo di un espediente retorico per affermare una banalità. Cioè che ogni risultato scientifico deve essere sempre e costantemente controllato e ogni teoria scientifica può essere smentita già il giorno dopo.

Si potrebbe pensare che, l'una o l'altra che sia, si tratta comunque di peccato veniale, magari di un uso poco attento del linguaggio.

Non è così. E non si tratta solo di precisione lessicale, che comunque dovrebbe essere sempre perseguita.

Si chiede al giudice del merito di sottoporre a rigorosa falsificazione ogni nuova teoria o tecnica scientifica che venga presentata in corte; per verificare se tale teoria o tecnica meriti ascolto. Ora, leggendo dotte considerazioni su questo o quell'approccio

<sup>53</sup> BONIOLO G. – GENNARI G., [Note su giurisprudenza e probabilità: fra leggi di natura e casualità](#), in questa *Rivista*, 10/2021.

<sup>54</sup> BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Esi, Napoli, 2002 (rist.).

epistemologico e, appunto, su Popper, viene da dire che la giurisprudenza (di legittimità) e, a seguire, la dottrina davvero abbiano raggiunto un invidiabile livello di elaborazione multidisciplinare. E forniscano al manovale (in senso bonario) del diritto, che quotidianamente si misura con i “fatti” da giudicare, eccellenti strumenti di conoscenza. Ma – tralasciando tutto quello che abbiamo detto fino ad ora sui difetti del falsificazionismo – si può veramente credere che il giudice “medio” (ma anche il “massimo”) sarebbe in grado di esercitarsi nella ricerca di falsificatori potenziali che, se trovati, falsificherebbero via *modus tollens* la teoria o tecnica scientifica presentata dal consulente o dal perito? Questo interrogativo è posto come domanda retorica perché è veramente l’unico modo con cui può essere posto!

Dunque, anche se il riferimento a Popper fosse inteso in senso letterale e fosse corretto (e non lo è), esso avrebbe un valore concreto ancora di espediente retorico perché nessun giurista sarebbe in grado di amministrare quel principio. Quindi, se si dice che il giudice deve accettare solo teorie falsificabili, si dice qualcosa che forse rende più apparentemente acculturata la decisione, ma si dice qualcosa che è comunque irrealistico e inutile per migliorare la qualità della decisione giudiziaria.

E il danno maggiore è che, in questo modo, si tralasciano verifiche ben più semplici e basilari sulla qualità della scienza forense. Ad esempio, chiedere a laboratori ed esperti se sono accreditati, mettere il naso nei *proficiency test* per quei settori in cui vengono praticati, seguire le istruzioni che organismi accreditati forniscono per la redazione e valutazione di una buona perizia<sup>55</sup>, fare qualche domanda sulla preparazione ed esperienza specifica dell’esperto e magari qualche altra domanda sulle sue dotazioni strumentali (sono aggiornate?), chiedere all’esperto di dare conto della letteratura a sostegno e contraria alla sua tesi, verificare se le società scientifiche forniscono linee guida, chiedere conto di eventuali tassi di errore se conosciuti e misurati... ecco l’auspicio è che, alla prossima occasione, la suprema corte imponga al giudice del merito dei controlli di questo tipo. Molto meno intellettualisticamente appaganti, ma molto più efficaci e praticabili.

---

<sup>55</sup> Le *Enfsi Guideline for evaluative reporting in forensic science* e altri manuali sono consultabili all’indirizzo <https://enfsi.eu/documents/forensic-guidelines/>.

## IL CONTROLLO GIUDIZIALE DELL'AZIONE PENALE: APPUNTI A MARGINE DELLA "RIFORMA CARTABIA"

di Francesco Alvino

*Il contributo si confronta con la riformulazione della regola di giudizio dell'udienza preliminare e dell'inedita udienza filtro predibattimentale ad opera della legge delega di riforma del processo penale, proponendone una interpretazione "forte", evidenziandone, da un lato, la compatibilità con il formante costituzionale, dall'altro, la rilevanza dell'innovazione quale momento di deflazione dei carichi dibattimentali, in grado di stemperare gli aspetti di maggiore problematicità recati dalla legge delega, quale, fra tutti, l'improcedibilità dell'azione in sede di impugnazione.*

SOMMARIO: 1. I parametri decisori sottostanti al rinvio a giudizio: attualità e prospettive di riforma. – 2. I sospetti di costituzionalità della riforma: obbligatorietà dell'azione penale, rinuncia al contraddittorio, presunzione di non colpevolezza. – 3. Riflessi extravaganti: l'inutilizzabilità relativa e il rapporto con gli incidenti *de libertate*. – 4. La reale efficacia selettiva del filtro.

### 1. I parametri decisori sottostanti al rinvio a giudizio: attualità e prospettive di riforma.

Sull'impianto della "riforma Bonafede", profondamente rivista, nel mutato scenario politico, all'esito dei lavori della c.d. Commissione Lattanzi<sup>1</sup>, sia pur nel comune impegno alla riforma della giustizia penale, il Parlamento ha infine approvato, con L. 27 settembre 2021, n. 134, la "*Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*"<sup>2</sup>.

Nella complessa gestazione politica della delega, il profilo relativo alla rimodulazione della *regula iuris* sottesa al rinvio a giudizio non ha interessato il dibattito pubblico – a differenza di altri temi, quali, fra tutti, l'improcedibilità dell'azione conseguente al superamento di inediti termini di fase computati sulla durata dei giudizi

<sup>1</sup> Un utile schema di raffronto tra i due progetti di riforma si rinviene in questa *Rivista*, [Riforma della giustizia penale: il testo a fronte del d.d.l. A.C. 2435 e delle proposte di emendamento della Commissione Lattanzi](#), 27 maggio 2021. Sui lavori della Commissione Lattanzi, cfr. il [Forum sulla proposta di riforma della giustizia penale](#), consultabile su *Leg. pen. on line*, 2021; G. FIANDACA, [Più efficienza, più garanzie. La riforma della giustizia penale secondo la Commissione Lattanzi](#), in questa *Rivista*, 21 giugno 2021.

<sup>2</sup> In *Gazz. Uff.* 4 ottobre 2021, Serie generale, n. 237

di impugnazione –, a testimonianza della generale insoddisfazione verso l’assetto codicistico, cui si addebita, non senza ragioni, una scarsa selettività nella regolazione degli accessi al giudizio e, evidentemente, la vana moltiplicazione di giudizi non assistiti dalla ragionevole aspettativa dell’accoglimento della prospettazione d’accusa, con grave dispendio di risorse e inevitabili dilatazioni dei tempi processuali.

A dispetto di indicazioni dottrinali che propugnavano l’abolizione *tout court* dell’udienza preliminare<sup>3</sup>, il legislatore ne ha, all’opposto – e di necessità<sup>4</sup> –, ribadito la centralità nella transizione tra il momento investigativo e il giudizio propriamente detto, da un lato aggiornando ed “inspessendo” la relativa regola di giudizio, dall’altro – a compensare la prossima ripermimetrazione, in senso limitativo, dei reati da udienza preliminare<sup>5</sup> – estendendone il modulo prognostico anche ai procedimenti relativi ai reati a citazione diretta, attraverso la previsione di una inedita udienza predibattimentale nel corso della quale il giudice del dibattimento è chiamato a valutare la consistenza della provvista indiziaria acquisita nel corso delle indagini preliminari da parte del pubblico ministero – se del caso alimentata da quella proveniente dalle investigazioni difensive –, per fondarvi, o meno, il giudizio di ragionevole plausibilità quanto all’accoglimento – all’esito del futuribile giudizio dibattimentale – della prospettazione accusatoria.

L’illustrazione da parte del legislatore delegante della regola di giudizio sottesa al rinvio a giudizio appare peraltro sufficientemente precisa da potervi dedicare una riflessione, attenta a cogliere anche le più ampie implicazioni di sistema che la ridefinizione di quelle regole, condizionando l’accesso al giudizio, necessariamente prospetta nella più ampia trama della giustizia penale.

Nel laboratorio parlamentare, la scarsa selettività dell’udienza preliminare è attribuita diagnosticamente alla *regula iuris* che ne governa gli esiti decisori, e, in specie, a quella attualmente posta dall’art. 425, comma III, c.p.p., a mente della quale, come noto, il giudice, per quanto qui interessa, «*pronuncia sentenza di non luogo a procedere quando gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l’accusa in giudizio*». La disposizione, interpolata nel tessuto codicistico ad opera della L. 16 dicembre 1999, n. 403, nell’ambito di un più ampio disegno di riforma della fase preliminare perseguito da un legislatore che acquisiva progressiva consapevolezza della

---

<sup>3</sup> Cfr. DANIELE, [L’abolizione dell’udienza preliminare per rilanciare il sistema accusatorio](#), in questa *Rivista*, 27 gennaio 2020, 1.

<sup>4</sup> Invero, in un disegno di riforma teso, sulle orme della bozza Bonafede, ad ampliare gli spazi di sindacabilità, da parte del giudice per le indagini preliminari, delle scelte dell’organo inquirente, con riferimento a quegli aspetti della fase investigativa che attengono allo *status* dell’indagato, quali, in specie, la retrodatabilità delle iscrizioni tardivamente curate dal pubblico ministero e la sollecitazione alla definizione del procedimento, in ipotesi di stasi successiva alla infruttuosa scadenza del termine delle indagini, sarebbe apparso fortemente distonico un arretramento del vaglio giurisdizionale in merito ad un atto qualificante, come la deliberazione in merito al rinvio a giudizio dell’imputato.

<sup>5</sup> A norma dell’art. 1, comma IX, lett. 1), L. 27 settembre 2021, cit., il legislatore delegato è invero chiamato a «*estendere il catalogo dei reati di competenza del tribunale in composizione monocratica per i quali l’azione penale è esercitata nelle forme di cui all’articolo 552 del codice di procedura penale a delitti da individuare tra quelli puniti con la pena della reclusione non superiore nel massimo a sei anni, anche se congiunta alla pena della multa, che non presentino rilevanti difficoltà di accertamento*».

“insostenibile leggerezza” del modello di udienza preliminare licenziato dai codificatori, se da un lato ampliava l’orizzonte cognitivo e i parametri valutativi fruibili dal giudice dell’udienza, dall’altro, teneva ferma la natura interlocutoria del provvedimento conclusivo dell’udienza stessa: invero, l’obiettivo arricchimento, qualitativo e quantitativo, dell’orizzonte informativo del giudice, rispetto all’epilogo decisionale, non lo investiva del giudizio relativo all’innocenza ovvero alla colpevolezza dell’imputato, poiché «*la valutazione critica di sufficienza, non contraddittorietà e comunque di idoneità degli elementi probatori, secondo il dato letterale del novellato terzo comma dell’art. 425 c.p.p., [era] sempre e comunque diretta a determinare, all’esito di una delibazione di tipo prognostico, divenuta più stabile per la tendenziale completezza delle indagini, la sostenibilità dell’accusa in giudizio e, con essa, l’effettiva, potenziale, utilità del dibattimento in ordine alla regiudicanda*»<sup>6</sup>. In controtuce si scorgeva del resto la – tendenzialmente – integrale omologazione, anche formale, del metro di giudizio che presiedeva alla decisione demandata al giudice dell’udienza preliminare rispetto a quello – *ex art. 125 disp. att. c.p.p.* – di cui era titolare il giudice investito della richiesta di archiviazione<sup>7</sup>, l’uno e l’altro – quali custodi e garanti ultimi della legalità del procedimento, nel vaglio, rispettivamente, dell’inazione del pubblico ministero ovvero della legittimità del rinvio a giudizio – chiamati a sindacare prognosticamente la sostenibilità dell’accusa in giudizio. L’oggetto del giudizio prognostico allora demandato al giudice dell’udienza preliminare giustificava conseguentemente il consolidarsi di un orientamento giurisprudenziale che ratificava la legittimità del rinvio a giudizio «*in tutti i casi in cui le fonti di prova si [prestassero] a soluzioni alternative e aperte*»<sup>8</sup>, anche se implicanti questioni di carattere tecnico-scientifico<sup>9</sup>. L’interpretazione offerta dalla giurisprudenza di legittimità, del resto, si

---

<sup>6</sup> Cass., sez. un., 30 ottobre 2002, n. 39915, non massimata sul punto; in termini, successivamente, per l’espressa ratifica della natura della sentenza di non luogo a procedere quale statuizione di natura processuale «*destinata a null’altro che a paralizzare la domanda di giudizio formulata dal pubblico ministero*» e connotata da un «*mero effetto preclusivo* e, conseguentemente, sottratta al regime del *ne bis in idem* e suscettibile di revoca, cfr. Cass., sez. un., 27 gennaio 2011, n. 21039, non massimata sul punto. Cfr., altresì, quanto all’affermazione per cui l’udienza preliminare, nella fisionomia attuale, sia in ogni caso finalizzata non al «*giudizio sul merito dell’imputazione*» bensì alla «*verifica dell’utilità o meno del dibattimento, alla stregua di una prognosi sulla sostenibilità dell’accusa in giudizio*», Corte cost. sent. 242 del 2009.

<sup>7</sup> Cfr. sul punto, Corte cost. n. 121/2009, che, nel giudicare la regola di giudizio che «*legittima l’esercizio dell’azione penale*», espressamente evocava il disposto dell’art. 125 disp. att. c.p.p., in tema di archiviazione, inferendone la conclusione che il rinvio a giudizio si fondasse su un parametro speculare – e opposto – a quello posto dall’art. 125 disp. att. cit., identificato nella valutazione dell’utilità del passaggio alla successiva fase processuale, alla luce di quanto possa «*ritenersi ragionevolmente acquisibile nella fase dibattimentale, quale sede istituzionalmente preordinata alla formazione della prova nel contraddittorio tra le parti*».

<sup>8</sup> Cass. 18 febbraio 2016, n. 19179, Rv. 267250; Id. 7 aprile 2016, n. 15942, Rv. 26644; Id. 17 maggio 2017, n. 27593, non massimata; Id. 30 gennaio 2017, n. 23138, non massimata.

<sup>9</sup> Cfr. Cass. 12 luglio 2016, n. 32574, Rv. 267457, ad avviso della quale «*ai fini della pronuncia della sentenza di non luogo a procedere, il criterio di valutazione per il giudice dell’udienza preliminare non è l’innocenza dell’imputato, ma l’inutilità del dibattimento, anche in presenza di elementi probatori contraddittori od insufficienti; ne consegue che, nell’ipotesi di diverse ed opposte valutazioni tecniche, non spetta al Gup decidere quale perizia sia maggiormente attendibile*», in quanto il sindacato esercitabile in sede di rinvio a giudizio è limitato alla verifica della consistenza degli elementi d’accusa, inidonei a giustificare la *translatio iudicii* solo in presenza di «*manifeste incongruenze del contributo dell’esperto posto a sostegno dell’accusa o dell’errata piattaforma fattuale assunta ovvero*

accordava all'insegnamento della Corte costituzionale, che anche successivamente alla riforma della disciplina dell'udienza preliminare ad opera della c.d. legge Carotti, ebbe modo di ribadire il proprio tradizionale orientamento, per cui la funzione dell'udienza preliminare «era e resta quella di verificare – sia pure alla luce di una valutazione 'contenutistica' più penetrante rispetto al passato – l'esistenza dei presupposti per l'accoglimento della domanda di giudizio formulata dal pubblico ministero», discendendone che «a una richiesta in rito non può non corrispondere, in capo al giudice, una decisione di eguale natura, proprio perché anch'essa calibrata sulla prognosi di non superfluità del sollecitato passaggio alla fase dibattimentale»<sup>10</sup>.

L'insufficiente selettività del filtro apprestato dall'udienza preliminare, a dispetto dell'intervento riformatore del 1999, ha indotto il legislatore delegante a intervenire nuovamente sul parametro epistemologico soggiacente al rinvio a giudizio, in linea del resto con il consolidarsi del principio della completezza delle indagini<sup>11</sup> e con la constatata ipertrofia delle inchieste preliminari, evoluzioni rispetto alle quali rischiava di apparire obiettivamente eccentrico e limitativo un sindacato in merito all'azione – e, correlativamente, all'inazione – rivolto alla sola prospettiva dell'utilità del vaglio dibattimentale dell'ipotesi d'accusa.

Nella elaborazione del nuovo canone di giudizio sotteso al rinvio a giudizio, la formula infine licenziata dal legislatore delegante, nel riproporre sostanzialmente quella già impiegata nella proposta Bonafede, prevede che il giudice dell'udienza preliminare pronunci «sentenza di non luogo a procedere quando gli elementi acquisiti non consentono una ragionevole previsione di condanna» (art. 1, comma IX, lett. m), L. 27 settembre 2021, cit.); analogo giudizio, come ricordato, è demandato al giudice del (pre)dibattimento con riguardo ai procedimenti a citazione diretta (art. 1, comma XII, lett. d), L. 27 settembre 2021, cit.). Il parametro evocato dal legislatore delegante riecheggia peraltro quello posto dall'originaria formulazione dell'art. 125 disp. att. c.p.p. (*rectius*, dell'art. 115 del progetto preliminare), che disponeva che il pubblico ministero presentasse richiesta di archiviazione quando «gli elementi acquisiti nel corso delle indagini preliminari non sarebbero [stati] sufficienti al fine della condanna dell'imputato», disposizione che aveva suscitato le aspre critiche del CSM – all'origine dell'attuale versione della norma<sup>12</sup> – per la commistione di piani valutativi eterogenei, in distonia rispetto ai criteri della legge-delega, e, in specie, per l'impropria prefigurazione di un giudizio orientato al merito

---

della palese insipienza tecnica del metodo o dell'elaborazione».

<sup>10</sup> Corte cost. sent. 185 del 2001.

<sup>11</sup> Il principio di completezza delle investigazioni rappresenta l'uno dei corollari dell'obbligatorietà dell'azione penale e deve la propria elaborazione concettuale, nella riflessione giurisprudenziale, alla nota decisione della Consulta n. 88 del 1991: v., tra gli altri, SCACCIANOCE, *La completezza delle indagini nel procedimento di archiviazione e nell'udienza preliminare: omogeneità di finalità?*, in *Ind. pen.*, 2008, 511; CASSIBBA, *La "completezza" e la "concludenza" delle indagini preliminari alla luce della rinnovata udienza preliminare*, in *Cass. pen.*, 2006, 1230; MARZADURI, [Qualche considerazione sui rapporti tra principio di obbligatorietà dell'azione penale e completezza delle indagini](#), in questa *Rivista*, 2020, 5, 199.

<sup>12</sup> Cfr. Corte cost. sent. 88 del 1991. In tema, da ultimo, DI VIZIO, [L'obbligatorietà dell'azione penale efficiente ai tempi del PNRR. La procura tra prospettive organizzative, temi istituzionali e scelte comportamentali](#), in *Quest. giust.*, 2021.



della regiudicanda e, quindi, alla colpevolezza dell'imputato sulla scorta di una provvista probatoria non acquisita nel dibattimento, in contraddizione rispetto alla vocazione accusatoria dell'emanando codice.

Il canone di rinvio a giudizio prefigurato dalla riforma Cartabia, destinato a operare, specularmente, anche in sede di archiviazione<sup>13</sup>, sovverte l'attuale regola di giudizio, impegnando il giudice dell'udienza preliminare – al pari del giudice dell'udienza predibattimentale – ad un esercizio di merito proteso alla verifica della colpevolezza dell'imputato, meritevole di essere rinviato a giudizio quando l'ipotesi d'accusa si fondi su elementi probatori di tale consistenza da giustificare una ragionevole previsione di condanna all'esito del dibattimento. La decodificazione della formula, in apparenza, non sembra lasciare adito a dubbi interpretativi: l'oggetto del giudizio attiene alla prognosi di colpevolezza dell'imputato, lo *standard* probatorio è affidato alla ragionevolezza di quel giudizio. La ragionevolezza, indubbiamente, evoca un canone quanto mai vago<sup>14</sup>, la cui esatta interpretazione, in sede applicativa, si rivelerà determinante ai fini di quella deflazione dei ruoli dibattimentali cui il riformatore aspira; nell'esegesi della formula, ad avviso di chi scrive, si rivela di fondamentale ausilio l'oggetto del giudizio: se il giudice richiesto del rinvio a giudizio è chiamato a verificare la conducenza degli elementi acquisiti, in modo da poterne vagliare l'idoneità a tradursi in un complesso probatorio di tale ascrivibilità che il giudice dibattimentale possa erigervi un'affermazione di responsabilità «*oltre ogni ragionevole dubbio*» ex art. 533, comma I, c.p.p., il rigore di quei parametri non può non riflettersi sul giudizio prognostico cui è chiamato il giudice dell'udienza preliminare, il quale dovrà necessariamente disporre di un quadro probatorio che abbia compiutamente affrontato – in linea tendenziale – tutti i temi rilevanti ai fini del giudizio di colpevolezza in modo da poterne prevedere la convergenza verso un epilogo dibattimentale favorevole alla ipotesi d'accusa; solo nel rispetto di tale condizione, il giudice dell'udienza preliminare potrà affidabilmente e compiutamente – in una parola, ragionevolmente – esercitare il preliminare vaglio dell'accusa, conseguendone che il rinvio a giudizio possa disporsi nelle sole ipotesi in cui il materiale probatorio sia di non equivoca conducenza o, se minato da contraddittorietà – o da insufficienze –, queste appaiano in realtà superabili alla luce della complessiva valutazione del compendio probatorio o, in ogni caso, razionalmente destinate – alla luce degli atti disponibili – ad essere superate in senso favorevole alla prospettazione dell'accusa nel successivo giudizio dibattimentale.

In tale prospettiva la componente previsionale del giudizio che, stando alla *littera legis*, continua a essere demandato al giudice dell'udienza preliminare, non sembra destinata a esercitarsi, se non marginalmente, sul c.d. potenziale espansivo del

---

<sup>13</sup> Invero, l'art. 1, comma IX, lett. a), L. 27 settembre 2021, cit, impegna il legislatore delegato a modificare la “regola di giudizio per la presentazione della richiesta di archiviazione, prevedendo che il pubblico ministero chieda l'archiviazione quando gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non consentono una ragionevole previsione di condanna”.

<sup>14</sup> Cfr. con riguardo alla analoga formula ricorrente nella bozza Bonafede, LA ROCCA, [La prima delega del decennio per la riforma del processo penale: una corsa folle contro il tempo che ora scorre senza contrappesi](#), in *Arch. pen.* on line, 2020, 9.

dibattimento, quanto, più limitatamente, sulla verifica della tenuta della prospettazione accusatoria all'esito della futuribile conferma, in sede dibattimentale, degli apporti probatori acquisiti nella fase delle indagini. Nei termini riferiti, il parametro di giudizio evocato dal legislatore non sembra differire, nella sostanza, rispetto a quello, apparentemente più rigoroso, licenziato dalla Commissione Lattanzi, per cui il giudice dell'udienza preliminare – o dell'udienza predibattimentale – avrebbe dovuto pronunciare sentenza di non luogo a procedere quando gli «*elementi acquisiti non [fossero] tali da determinare la condanna*» (artt. 3, comma I, lett. i-bis), e 6, comma I, lett. a-ter), della Proposta), parametro del quale, significativamente, la stessa Commissione, nella relazione illustrativa, annotava la natura ibrida diagnostico-prognostica, a testimonianza di un vaglio prospettivamente orientato all'esito del giudizio.

In accordo alla proposta linea interpretativa, la *regula iuris* nel disegno prefigurato dalla legge delega sembra quindi rispondere al principio *in dubio contra actionem*. Non convince, di contro, l'opzione interpretativa, pur autorevolmente suggerita, per cui il canone di giudizio che la riforma rimette al giudice dell'udienza preliminare continui a orientare verso il rinvio a giudizio nelle ipotesi dubbie<sup>15</sup>: il testuale rimando alla ragionevole previsione di condanna che la formula impiegata dal legislatore delegante attua non può invero non implicare l'operatività anche nella sede pre-giudiziale – attesa la quasi identità dell'oggetto dei rispettivi giudizi – dell'assetto cognitivo delineato dagli artt. 530 e 533 c.p.p., che, come noto, risolvono a favore dell'imputato le incertezze ricostruttive non dissolte dall'istruzione dibattimentale. Del resto, le ipotesi dubbie, per definizione, preludono a scenari dibattimentali dall'esito incerto, aperti a soluzioni reciprocamente incompatibili, che non possono, per il principio di non contraddizione, definirsi entrambe ragionevoli.

Il giudice dell'udienza preliminare – così come il giudice dell'udienza predibattimentale – nell'esercizio prognostico di cui si è detto saranno chiamati a far applicazione delle comuni regole dibattimentali, nella valutazione della prova – e, segnatamente, dell'attendibilità della prova – in specie con riguardo alle prove dichiarative assunte nel corso delle indagini preliminari, in modo da assicurare, anche sotto questo profilo, quella omologia tra le due fasi che sola appare in grado di assicurare la formulazione di un giudizio, quanto all'epilogo dibattimentale, realmente affidabile.

La formula di giudizio licenziata dal legislatore, nel riferirsi alla idoneità dimostrativa degli elementi acquisiti, sembra bandire dall'orizzonte delle soluzioni terminative dell'udienza preliminare la possibilità che si neghi l'ingresso al giudizio in ragione del verosimile decorrere del termine prescrizione nel corso del giudizio di primo grado.

---

<sup>15</sup> In tal senso, FERRUA, [Brevi appunti in tema di udienza preliminare, appello e improcedibilità](#), in *disCrimen*, 9 dicembre 2021, 2.



## 2. I sospetti di costituzionalità: obbligatorietà dell'azione penale, rinuncia al contraddittorio, presunzione di non colpevolezza.

Evidente, nel portato della riforma, la rimodulazione dei canoni dell'obbligatorietà dell'azione penale, il cui corollario, per la giurisprudenza costituzionale, si esprime tradizionalmente, nell'attuale assetto regolamentare, nel c.d. *favor actionis*, per cui nei casi dubbi l'azione deve essere esercitata e non omessa<sup>16</sup>; l'immediata rifrazione costituzionale del punto attinto dalla legge delega suscita, doverosamente, l'interrogativo in merito alla compatibilità costituzionale dell'intervento legiferativo rispetto al principio della obbligatorietà dell'azione. La risposta al quesito, nei limiti del presente contributo, non può che prendere le mosse dalla ricognizione delle componenti funzionali e ordinamentali che quel principio racchiude e preserva e che, di conseguenza, ne delimitano il perimetro e la concreta "modulabilità" da parte del legislatore ordinario: sul punto, la riflessione della giurisprudenza costituzionale e l'elaborazione dottrinale convergono nel rintracciarne, quali nuclei assiologici inattingibili dal legislatore ordinario – e financo costituzionale – due direttrici complementari, concorrendo – l'obbligatorietà dell'azione – da un lato a garantire l'indipendenza del pubblico ministero, dall'altro, a preservare l'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge; ne consegue la praticabilità costituzionale di quegli interventi legislativi che, pur nel subordinare l'esercizio dell'azione penale a specifiche condizioni, non si risolvano, neppure indirettamente, nell'introduzione di vincoli esterni che minino l'indipendenza del pubblico ministero né in fattori di discriminazione che attentino all'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale<sup>17</sup>; la legge-delega, sul punto, sembra mantenersi saldamente all'interno del perimetro presidiato dall'obbligatorietà, limitandosi a prefigurare un filtro di accesso al giudizio che valorizza l'attitudine dimostrativa del materiale probatorio raccolto dal pubblico ministero e, quindi, un criterio di razionalizzazione, nell'esercizio dell'azione, che, seppur intaccando, in termini riduttivi, l'attuale fisionomia del principio di obbligatorietà dell'azione, non sembra interessare né l'indipendenza del pubblico ministero – anzi responsabilizzandone le scelte e le strategie investigative e processuali – né l'eguale soggezione dei cittadini rispetto alla legge penale, realizzando un equilibrio non irragionevole tra l'interesse all'accertamento e alla effettiva repressione dei reati e i concorrenti beni, pure di rilievo costituzionale, soggiacenti da un lato alla ragionevole durata del processo e, dall'altro, alla "minimizzazione del rischio giudiziario" e dei riflessi reputazionali nei confronti dei soggetti imputati conseguente alla constatazione dei valori percentuali delle assoluzioni pronunciate, nel merito, all'esito del giudizio di primo grado<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Corte cost. sent. 88 del 1991 e 478 del 1993.

<sup>17</sup> Cfr. in tema Corte cost. sent. 121 del 2009. In dottrina, da ultimo, PALAZZO, [Sul pubblico ministero: riformare sì, ma con giudizio](#), in *Quest. giust.*, 2/2021, 62; PALMA, [L'obbligo di esercizio dell'azione penale, carico giudiziario ed efficientamento di sistema: una prospettiva rispettosa del vincolo costituzionale](#), in *Arch. pen.*, 2021, 3.

<sup>18</sup> In tema, per i dovuti approfondimenti statistici, cfr. VALENTINI, [Riforme, statistiche e altri demoni](#), in *Arch. pen.*, 2021, 20.

Piuttosto, sembrano profilarsi sospetti di attrito costituzionale, rispetto al canone dell'obbligatorietà dell'azione, con riguardo alla disciplina dell'udienza filtro pre-dibattimentale: si rivela invero discutibile per la vanificazione dei controlli al corretto, e non apparente, esercizio dell'azione penale la mancata previsione, da parte del legislatore delegante, di prerogative istruttorie, in capo al giudice, che possano porre riparo ad un insufficiente sforzo investigativo del pubblico ministero, scorgendosi, peraltro, anche per questa via, una inaccettabile distonia rispetto al procedimento archiviativo, cui, negli esiti, il filtro in esame appare assimilabile, e il cui *iter* contempla di contro efficaci strumenti di reazione – disponibili anche d'ufficio – rispetto ad una richiesta di inazione, formulata dalla parte pubblica, che sia giudicata inaccoglibile per la insufficiente provvista informativa raccolta nel corso delle investigazioni.

La riforma sconta, tuttavia, un'evidente esternalità, in quanto, nel rinunciare, nelle ipotesi dubbie, alla "maieutica dibattimentale", rinuncia alle potenzialità gnoseologiche di approfondimento dell'ipotesi imputativa implicite nel contraddittorio tra le parti; appare, quindi, evidente, nelle impostazioni di fondo della riforma, la – definitiva – consacrazione del contraddittorio quale garanzia soggettiva eminentemente posta a tutela dell'imputato<sup>19</sup> – in ragione dell'attendibilità conoscitiva dei risultati informativi che produce – in linea del resto con la lettera dell'art. 111 Cost. che disciplina il contraddittorio quale strumento a disposizione dell'imputato, volto a sanzionarne il diritto di «interrogare o far interrogare le persone che rendano dichiarazioni a suo carico» e a prevenire che ne sia affermata «la colpevolezza sulla base di dichiarazioni rilasciate da chi per libera scelta si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore». Né, del resto, quel contraddittorio sembra proficuamente anticipabile e sostituibile dalle iniziative istruttorie del giudice dell'udienza preliminare ex art. 422 c.p.p., che, come noto, rispondono a modalità di assunzione della prova eccentriche rispetto a quelle tipiche del dibattimento e che in ogni caso scontano una minore completezza dei temi istruttori, conseguente alla strategia della parte privata che abbia deciso di riservare al giudizio dibattimentale l'illustrazione dei propri temi di prova, il cui efficace contrasto – o il cui efficace approfondimento –, nella sede dibattimentale, potrebbe rivelarsi decisivo ai fini del definitivo consolidamento dell'ipotesi accusatoria.

Il bilanciamento che la riforma realizza sembra quindi riconoscere alla speditezza ed all'efficienza del sistema un valore assiologico apparentemente superiore rispetto all'obiettivo arretramento, nell'obbligatorietà della persecuzione penale, che la rinuncia al dibattimento, nelle ipotesi dubbie, inevitabilmente comporta, e il cui "recupero" appare affidato all'accidentalità delle condizioni in presenza delle quali è consentita la revoca della sentenza di non luogo a procedere.

---

<sup>19</sup> Cfr. Corte cost. 26 giugno 2009, n. 184, quanto alla enucleazione di un contraddittorio in senso oggettivo e di un contraddittorio in senso soggettivo; in tema, cfr. altresì, su posizioni contrapposte, AMODIO, *Garanzie oggettive per la pubblica accusa? A proposito di indagini difensive e giudizio abbreviato nel quadro costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2010, 17; GREVI, *Basta il solo 'consenso dell'imputato' per utilizzare come prova le investigazioni difensive nel giudizio abbreviato?*, in *Cass. pen.*, 2009, 3671; BARROCU, *Giudizio abbreviato: prove e strategie difensive*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1238.

Non sembra, infine, profilarsi un reale contrasto tra le disposizioni in commento e la presunzione di non colpevolezza, intesa quale regola di giudizio, in quanto il vaglio demandato al giudice predibattimentale non altera in alcun modo la fisiologica distribuzione dell'onere probatorio tra le parti né, del resto, sembra introdurre nel giudizio elementi probatori precostituiti a favore della parte pubblica; non appare invero insuperabile l'obiezione per cui un sistema che configurasse, quale condizione di celebrazione del giudizio, un pre-giudizio di colpevolezza nei confronti dell'imputato, si rivelerebbe radicalmente incompatibile con l'art. 27, co. 2, Cost., in quanto il dibattito «*da luogo in cui l'accusa è tenuta a dimostrare la colpevolezza dell'imputato, diverrebbe la sede in cui quest'ultimo deve dimostrare la propria innocenza*»<sup>20</sup>: invero, i caratteri costitutivi del giudizio dibattimentale, quale luogo originario di formazione della prova, tendenzialmente impermeabile all'ingresso degli elementi raccolti nelle precedenti fasi, assicurano che l'istruzione dibattimentale, innanzi a un giudice ignaro delle acquisizioni pregresse, non sia derubricata a fase di incubazione della condanna, non essendo in alcun modo pregiudicata dalle valutazioni conclusive dell'udienza preliminare e conservando intatta la propria centralità gnoseologica.

### **3. Riflessi extravaganti: l'inutilizzabilità relativa e il rapporto con gli incidenti *de libertate*.**

In tale cornice di sistema, sembra destinata ad essere ripensata anche la categoria della inutilizzabilità c.d. relativa, fenomenologia procedurale che, come noto, interessa gli atti la cui in-utilizzazione è espressamente circoscritta alla sola fase dibattimentale (cfr. gli artt. 350, comma VII, e 360, comma V, c.p.p., con riguardo, rispettivamente, alle dichiarazioni spontanee rese dall'indagato ed agli accertamenti tecnici non ripetibili – ma non indifferibili – cui il pubblico ministero abbia proceduto nonostante la riserva di incidente probatorio formulata dalla persona sottoposta alle indagini); l'inutilizzabilità in parola, alla luce della riforma, dovrà necessariamente interessare anche lo stadio dell'udienza preliminare e predibattimentale: attesa la prefigurazione, da parte del legislatore, di un giudizio prognostico in merito alle effettive prospettive di accoglimento dell'accusa, apparirebbe invero poco ragionevole che il giudizio demandato al giudice dell'udienza preliminare o predibattimentale sia alimentato da esiti conoscitivi il cui impiego non sia consentito nella sede dibattimentale.

Nella legge delega, l'oggetto ed i criteri decisori della valutazione demandata al giudice dell'udienza preliminare riconoscono al decreto che dispone il giudizio un fondamento accertativo, quanto alla colpevolezza dell'imputato, affine rispetto alle situazioni indizianti implicate dai provvedimenti applicativi di misure cautelari personali, che come noto si fondano – in disparte i temi legati alle esigenze cautelari – su una grave provvista indiziaria, di spessore tale da restituire una qualificata probabilità

---

<sup>20</sup> DI BITONTO, *Gravi indizi di colpevolezza ex art. 273 comma I c.p.p. e decreto che dispone il giudizio: torna in auge la giurisprudenza meno garantista*, in *Cass. pen.*, 2001, 3491; in termini analoghi, v. PRESUTTI, *Presunzione di innocenza e regole di giudizio in sede di archiviazione e di udienza preliminare*, in *Cass. pen.*, 1992, 1367.

di colpevolezza<sup>21</sup>. La coincidenza dei rispettivi standard indiziari, peraltro, sembra riproporre il tema della insindacabilità, da parte del giudice *de libertate* e del giudice dell'impugnazione cautelare, successivamente al decreto che abbia disposto il giudizio, della gravità indiziaria della piattaforma probatoria posta a fondamento della richiesta di misura; il tema come noto aveva alimentato, all'indomani della riformulazione dell'art. 425, comma III, c.p.p. ad opera della L. 8 aprile 1993, n. 105, un severo dissidio interpretativo tra il Giudice costituzionale e la Corte di legittimità, con riguardo alla natura delle valutazioni rimesse al giudice dell'udienza preliminare e, conseguentemente, all'attitudine del decreto che dispone il giudizio a ratificare e stabilizzare la gravità indiziaria – in ipotesi non più contestabile in sede cautelare successivamente all'emissione di quel decreto, se non a fronte di elementi sopravvenuti –. Il contrasto fu infine risolto dalla Corte costituzionale che, nel ribadire l'utilità del principio dell'assorbimento ove correttamente applicato – quale criterio di regolazione dei rapporti fra la sede cognitiva e la sede cautelare – ebbe a dichiarare l'illegittimità costituzionale degli artt. 309 e 310 c.p.p., laddove, nell'interpretazione del diritto vivente, non prevedevano la possibilità, per il giudice investito dell'impugnazione *de libertate*, di rivalutare la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza nell'ipotesi in cui fosse stato emesso il decreto di rinvio a giudizio ex art. 429 c.p.p., alla luce della ontologica inconciliabilità tra la *regula iuris* implicata dagli epiloghi dell'udienza preliminare e lo statuto probatorio sotteso alla gravità indiziaria<sup>22</sup>; appare di immediata evidenza che la nuova regola di giudizio sottesa agli epiloghi dell'udienza preliminare e, segnatamente, la sovrapposibilità di quella regola alla regola indiziaria che governa la cognizione cautelare, sia destinata a destabilizzare il diritto vivente e, in applicazione del ricordato principio di assorbimento, a riproporre l'incontestabilità, in sede cautelare, se non a fronte di elementi sopravvenuti, della gravità indiziaria riconosciuta nel vaglio positivo dell'esperibilità dell'azione da parte del giudice dell'udienza preliminare o dell'udienza predibattimentale.

Lungo il crinale della gravità indiziaria nel sub procedimento *de libertate* può, peraltro, scorgersi un ulteriore riflesso della nuova regola di giudizio demandata al giudice dell'udienza preliminare, con riguardo, in specie, alla tormentata questione dell'applicabilità in sede cautelare del disposto di cui all'art. 192 c.p.p, norma che disciplina lo statuto della prova *stricto sensu* indiziaria. Come noto, l'art. 273, comma I bis, c.p.p., nel richiamare, quanto ai paradigmi probatori non derogabili in sede cautelare, l'art. 192 c.p.p., fa espresso riferimento ai soli commi dedicati alla chiamata in correità e non anche al comma secondo, che detta le condizioni di utilizzabilità della prova indiziaria propriamente intesa, per cui «*l'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti*». Il parziale richiamo dell'art. 192 c.p.p. ha legittimato la conclusione che i parametri in tema di prova indiziaria posti

---

<sup>21</sup> Lo standard indiziario tipico della coercizione *ante iudicatum*, invero, nel diritto vivente, è funzionale ad una delibazione cautelare, preordinata a un giudizio prognostico in termini di qualificata probabilità di colpevolezza: da ultimo, Cass., Sez. IV, 8 aprile 2021 n. 16158, Rv. 281019; *id.*, Sez. III, 11 gennaio 2019 n. 17527, Rv. 275699.

<sup>22</sup> Corte cost., n. 71 del 1996, in *Giur. cost.*, 1996, 669.

dall'art. 192, comma II, c.p.p. non siano applicabili in sede cautelare: si è invero reiteratamente affermato, anche successivamente alle modifiche introdotte dalla legge n. 63 del 2001, che, in materia cautelare, è sufficiente il requisito della sola gravità degli indizi, «*posto che l'art. 273, comma I bis, c.p.p. richiama espressamente il terzo e il quarto comma dell'art. 192 c.p.p., ma non il secondo comma che prescrive la valutazione della precisione e della concordanza, accanto alla gravità, degli indizi: ne consegue che essi, in sede di giudizio di libertate, non vanno valutati secondo gli stessi criteri richiesti nel giudizio di merito*»<sup>23</sup>; tale indirizzo è stato, tuttavia, posto in discussione, da altro – e allo stato minoritario –, orientamento, a giudizio del quale in materia *de libertate*, ai fini della valutazione in ordine alla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, in presenza di prove “indirette”, si applica integralmente il canone valutativo posto dall'art. 192, comma II, c.p.p. «*laddove prevede che gli indizi devono essere plurimi, precisi e concordanti*», conseguendone che «*in assenza della pluralità e concordanza degli indizi, la discrezionalità valutativa del giudice non può esercitarsi in quanto difetta della certezza del fatto da cui trarre il convincimento*»<sup>24</sup>. La nuova regola di accesso al giudizio dovrebbe ratificare il secondo e più rigoroso orientamento interpretativo in materia: apparirebbe, invero, di discutibile coerenza un ordinamento processuale che ai fini della coercizione *ante iudicium* si appagasse di una conducenza indiziaria inferiore rispetto a quella pretesa per l'accesso al dibattimento, e, quindi, legittimasse esperimenti cautelari fisiologicamente destinati – per l'eterogeneità delle rispettive regole di giudizio in materia strettamente indiziaria – ad arenarsi alle soglie del dibattimento.

#### 4. La reale efficacia selettiva del filtro.

Il disegno riformatore corresponsabilizza il pubblico ministero e il giudice dell'udienza preliminare: l'organo inquirente perché si attenga doverosamente al canone di completezza delle indagini – nella prospettiva di non poter contare sul dibattimento, o di potervi contare marginalmente, quale sede di “riparazione” – il giudice perché dia doverosamente corso ai propri poteri di sollecitazione o di acquisizione istruttoria – in accordo al combinato disposto di cui agli artt. 421-*bis* e 422 c.p.p. – a fronte di un quadro investigativo non sufficientemente approfondito<sup>25</sup> e nei più ampi limiti in cui le integrazioni probatorie appaiano funzionali ad assicurare il corretto governo della nuova *regula iuris*<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Cass. 8 aprile 2021 n. 16158, Rv. 281019; Id. 23 maggio 2019 n. 27498, Rv. 276704; Id. 14 marzo 2019 n. 17247, Rv. 276364; Id. 8 marzo 2017 n. 22968, Rv. 270172.

<sup>24</sup> Cass. 26 novembre 2018 n. 55410, Rv. 274690; Id. 5 aprile 2016 n. 25239, Rv. 267424. A favore di tale orientamento, in dottrina, tra gli altri, SANNA, *Parametri di valutazione della prova e riesame delle decisioni cautelari*, in *Giur. it.*, 1992, 272; TONINI – CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2012, 116; MARZADURI, voce *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *Dig. pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, 66.

<sup>25</sup> Cfr., quanto al rapporto tra le due norme, DE CARO, *Poteri probatori del giudice e diritto alla prova*, Napoli, 2003, 157; GALANTINI, *La nuova udienza preliminare*, in *Giudice unico garanzie difensive*, a cura di Amodio e Galantini, Milano, 2000, 101.

<sup>26</sup> CAPRIOLI, *Insufficienza o contraddittorietà della prova e sentenza di non luogo a procedere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*,



Evidentemente, la valutazione che il giudice richiesto del rinvio a giudizio è chiamato a compiere, al pari di ogni giudizio prognostico<sup>27</sup>, sconta ineliminabili e insondabili profili di aleatorietà, gli uni legati alla capacità di resistenza delle fonti d'accusa al vaglio dell'escussione incrociata, gli altri alla resistenza dell'ipotesi d'accusa alle prospettazioni difensive che la difesa abbia ritenuto di non anticipare all'udienza preliminare, riservandone l'emersione al giudizio, strategia che peraltro sembra praticabile anche con riguardo all'udienza predibattimentale, atteso che, stando alla *littera legis*, nel caso, la parte privata, così come la parte pubblica, non è onerata del deposito della lista ex art. 468 c.p.p., che di norma prefigura, nell'illustrazione dei capitoli di prova dei testi a difesa, il nucleo controargomentativo delle prospettazioni atte a confutare l'ipotesi d'accusa.

In disparte tali aspetti, immanenti alla natura previsionale del giudizio di cui il giudice predibattimentale è investito, la reale selettività della prossima regola di giudizio rimane affidata alla prudenza applicativa dei giudici chiamati a darvi riscontro, che dovranno mostrare consapevolezza della profonda revisione di sistema che la riforma ha comportato<sup>28</sup>, e dell'ineliminabile ruolo che la deflazione dei ruoli cui essa mira<sup>29</sup> svolge – in una alla valorizzazione di altri istituti di “prevenzione” del giudizio<sup>30</sup>

1997, 296.

<sup>27</sup> Caratteri e natura dei giudizi prognostici implicati dalle decisioni di rinvio a giudizio o di non luogo a procedere sono illustrati da DANIELE, *Proscioglimento (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali II-1, 2008.

<sup>28</sup> In modo da scongiurare il rischio, pur – ingenerosamente – paventato in dottrina, che il giudice si orienti pregiudizialmente verso il rinvio a giudizio quale soluzione di minore impegno, rispetto agli oneri motivazionali di una sentenza ex art. 425 c.p.p.: FERRUA, *Onere della prova, regola di giudizio e standard probatorio: alla ricerca della perduta proposizione da provare*, in *Cass. pen.*, 2020, 2639; LA ROCCA, [Il modello di riforma “Cartabia”: ragioni e prospettive della Delega n. 134/2021](#), in *Arch. pen.* on line, 2021, 27. Sul punto merita osservare, con riguardo ai procedimenti a citazione diretta, che, per evidenti ragioni di incompatibilità, il giudice chiamato a esprimersi in via preliminare in merito alla fondatezza dell'ipotesi d'accusa sulla scorta degli atti di investigazione preliminare, sarà diverso rispetto a quello chiamato a celebrare il dibattimento (art. 1, comma XII, lett. e), L. 27 settembre 2021, cit.): la distribuzione circolare dei fascicoli “ammessi” al giudizio all'esito del sindacato predibattimentale determinerà verosimilmente, attraverso il diretto confronto con gli *standard* decisori pre-giudiziali conseguente alla reciprocità infrasezionale dei flussi in ingresso, una più proficua circolazione delle esperienze e una standardizzazione dei *target* decisori all'interno della sezione dibattimentale, superiori rispetto a quella tipica delle interlocuzioni, necessariamente unidirezionali, correnti tra l'ufficio del giudice dell'udienza preliminare e l'ufficio dibattimentale.

<sup>29</sup> Non sembra, invero, condivisibile il sospetto circa la scarsa fiducia che lo stesso legislatore riporrebbe nel filtro all'azione che autorevole dottrina ha sollevato, evidenziando l'atteggiamento ondivago del legislatore delegante, che, come ricordato, prevede, in termini apparentemente contraddittori rispetto alla perseguita deflazione dei ruoli dibattimentali, «un ampliamento del rito a citazione diretta con contestuale riduzione dei casi in cui l'udienza preliminare deve essere celebrata» (PISTORELLI, *Riforma del processo penale: le direttive di intervento in materia di indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Il penalista*, 8 ottobre 2021); il rilievo, in realtà, sembra trascurare la previsione, da parte del legislatore delegante, di un analogo filtro di accesso al giudizio pure nei procedimenti soggetti a citazione diretta – in accordo al richiamato disposto di cui all'art. 1, comma XII, lett. d), L. 27 settembre 2021, cit. – a testimonianza della centralità, nel disegno riformatore, del vaglio sull'azione esercitato in sede pregiudiziale.

<sup>30</sup> Il riferimento è, evidentemente, alla valorizzazione dell'istituto della non punibilità per la particolare tenuità del fatto, di cui il legislatore delegato è chiamato a ampliare la portata applicativa, attraverso l'espansione dei limiti edittali di fruibilità dell'esimente: sul punto, cfr. la lucida analisi di BRUNELLI, [La](#)

– nella cornice complessiva dell'intervento riformatore, deflazione che potrà contribuire, attraverso il minor carico dibattimentale e la concentrazione delle risorse materiali e umane verso i soli giudizi assistiti da una favorevole prognosi di condanna, a stemperare in sede processuale gli aspetti della riforma che hanno suscitato maggiore perplessità, in specie nel ceto magistratuale<sup>31</sup>, quali l'improcedibilità dell'azione nei gradi successivi al primo, e la periodica previsione, in sede parlamentare, dei criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale. Del resto, solo una virtuosa applicazione dei nuovi canoni decisori potrà "compensare", nella cestinazione dei giudizi superflui, il maggior e consistente aggravio procedurale rappresentato dall'estensione ai reati a citazione diretta del nuovo filtro di accesso al giudizio.

---

[tenuità del fatto nella riforma "Cartabia": scenari per l'abolizione dei minimi edittali?](#), in questa *Rivista*, 13 gennaio 2022.

<sup>31</sup> Cfr., con vari rilievi critici, MACCHIARELLI, [La riforma Cartabia del processo penale](#), in *La magistratura*, 14 novembre 2021; ALBAMONTE, *I criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale*, in *Il penalista*, 22 settembre 2021.





## LA FUTURA CONVENZIONE ONU SUL CYBERCRIME E IL CONTRASTO ALLE NUOVE FORME DI CRIMINALITÀ INFORMATICA

di Andrea Mattarella

*Il progetto Onu sulla futura Convenzione costituisce una ulteriore tappa del processo di internazionalizzazione del contrasto penale, in una fase storica nella quale, per effetto della globalizzazione, le nuove forme di potere, attraverso gli strumenti finanziari e informatici, si liberano di ogni riferimento territoriale, spogliando il potere politico dei suoi tradizionali margini di intervento. Questa crisi del rapporto tra diritto penale, sovranità e territorio, unita alla consapevolezza che alcune categorie di reati, per la loro dimensione e per la difficoltà di accertamento, non possono essere efficacemente repressi soltanto all'interno dei confini nazionali, rende indefettibile il passaggio da sistemi penali costruiti su misura dello Stato-nazione ad una dimensione internazionale del contrasto alla criminalità. La dimensione planetaria delle reti telematiche e la potenzialità di illimitata diffusione delle informazioni minacciano il principio della sovranità statale e l'esercizio stesso dei diritti fondamentali. Le organizzazioni criminali di ogni genere occupano stabilmente il cyberspazio, e si giovano della possibilità di occultarsi agevolmente. La stessa attività investigativa soffre limitazioni ed ostacoli dipendenti dai confini territoriali e dalla mancanza di uniformità delle legislazioni nazionali. Da qui l'indefettibilità di un nuovo strumento Onu sulla criminalità informatica che porti ad un'armonizzazione degli ordinamenti e garantisca il rispetto dei diritti fondamentali.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La crescita del cybercrime e la nuova dimensione del crimine. – 3. La Convenzione di Budapest e il ruolo “suppletivo” della Convenzione di Palermo. – 4. L'importanza di una Convenzione Onu in materia di *cybercrime*. – 4.1. Le relazioni presentate dagli Stati e la posizione dei principali “players” globali: gli U.S.A. – 4.2. (*segue*) Il Regno Unito. – 4.3. (*segue*) L'Unione Europea. – 4.4. (*segue*) La Russia. – 4.5. (*segue*) La Cina. – 4.6. La sorveglianza elettronica: uno strumento di difficile inquadramento. – 5. Conclusioni: i possibili scenari e l'esigenza di tutelare i diritti fondamentali.

### 1. Introduzione.

L'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, attraverso la Risoluzione 74/247 adottata il 27 dicembre 2019 ed intitolata “*Countering the use of information and communications technologies for criminal purposes*”, ha deciso di istituire un Comitato intergovernativo di esperti (Comitato *ad hoc*), rappresentativo di tutti i paesi, per elaborare una Convenzione globale sul contrasto all'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione per scopi criminali.

Sulla base della risoluzione, il Comitato *ad hoc* ha convocato una sessione organizzativa di tre giorni nel maggio 2021, a New York, al fine di concordare il programma generale e le modalità per le sue ulteriori attività. La sessione organizzativa era originariamente prevista per il mese di agosto 2020 ma a causa dell'impatto della pandemia di COVID-19, l'Assemblea Generale, prima con la decisione 74/567 del 14 agosto 2020 e poi con la decisione 75/555 del 15 gennaio 2021, ha deliberato di rinviare la stessa sessione al 10-12 maggio 2021.

Nella predetta sessione organizzativa, il Comitato *ad hoc* ha eletto il proprio presidente – nella persona della rappresentante dell'Algeria, ambasciatrice Faouzia Boumaiza Mebarki – i vicepresidenti e il relatore, e ha discusso il programma generale e le modalità per le sue ulteriori attività. Quindi, il 26 maggio 2021, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha adottato la risoluzione 75/282, anch'essa intitolata: "Lotta all'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione a fini criminali".

Con tale risoluzione, l'Assemblea Generale ha deciso, tra l'altro, che il Comitato *ad hoc* convochi almeno sei sessioni, di 10 giorni ciascuna, seguite da una sessione conclusiva a New York, al fine di elaborare una bozza di convenzione da sottoporre all'Assemblea Generale nel corso della sua settantottesima sessione; ha inoltre deciso che il Comitato tenga la prima, terza e sesta sessione negoziale a New York e la seconda, quarta e quinta sessione a Vienna.

La prima sessione negoziale del Comitato *ad hoc* si svolgerà a New York dal 28 febbraio all'11 marzo 2022, e sarà preceduta da un incontro organizzativo che avrà luogo nella stessa sede il 24 febbraio.

Nella fase attuale, gli Stati hanno espresso le loro posizioni presentando una serie di proposte.

Il progetto Onu sulla futura Convenzione costituisce una ulteriore, importantissima tappa del progressivo processo di internazionalizzazione del diritto e della procedura penale, in una fase storica nella quale, per effetto della globalizzazione, le nuove forme di potere, attraverso gli strumenti finanziari e informatici, si liberano di ogni riferimento territoriale, spogliando sostanzialmente il potere politico dei suoi tradizionali margini di intervento<sup>1</sup>.

In un contesto nel quale la globalizzazione ha condotto ad un crescente «divorzio tra la politica e il potere», con l'affermazione di una molteplicità di poteri di fatto, sia leciti sia illeciti, occorre ripensare su nuove basi il fondamento democratico del sistema penale<sup>2</sup>.

Questa crisi del rapporto tra diritto penale, sovranità e territorio<sup>3</sup>, unita alla consapevolezza che alcune categorie di reati, per la loro dimensione e per la difficoltà di

---

<sup>1</sup> Una trattazione generale sul tema si deve a C. PONTI, *Criminali transnazionali e diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2011.

<sup>2</sup> Z. BAUMAN, intervista in *Il Messaggero*, 10 settembre 2012, che individua la ragione della crisi della democrazia e delle istituzioni nel divorzio tra la politica e il potere, in quanto, con la globalizzazione, i governi non hanno più un potere o un controllo dei loro paesi perché il potere è ben al di là dei territori, nella finanza, nelle banche, nei media, della criminalità organizzata o nel terrorismo.

<sup>3</sup> In proposito cfr. A.K. SEN, *L'idea di giustizia*, Mondadori, Milano, 2009, p. 148 ss.

accertamento, non possono essere efficacemente repressi soltanto all'interno dei confini nazionali, rende indefettibile il passaggio da sistemi penali costruiti su misura dello Stato-nazione ad una dimensione internazionale del contrasto alla criminalità<sup>4</sup>.

Questa esigenza è particolarmente accentuata per il cybercrime, trattandosi di reati dematerializzati e spogliati di ogni riferimento territoriale.

## 2. La crescita del cybercrime e la nuova dimensione del crimine.

Negli ultimi anni è emersa una “quarta dimensione”, destinata a diventare la nuova frontiera della sovranità statale dopo la terra, il mare, il cielo e lo spazio, per la quale gli Stati dovranno concorrere nel futuro. In tale contesto, l'uso di Internet e le tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT - *Information and Communication Technologies*) hanno modificato le dinamiche delle relazioni internazionali. Sotto la spinta propulsiva della rivoluzione informatica, che ha aperto nuovi canali di “democratizzazione delle informazioni e dei dati”, uno degli aspetti più importanti è legato all'accesso ai dati personali, per il loro valore economico e per la nuova gestione dei rapporti commerciali che ne consegue. Nell'*e-commerce*, nelle nuove tecnologie nel settore finanziario, nell'ampliamento della ricerca verso settori nuovi come quello della raccolta dei dati sensibili per l'*intelligence*, la profilazione di dati costituisce un valore crescente, su cui si costruisce la ricchezza in tutti i servizi. Sui dati si personalizza il servizio e l'offerta su ciò che serve. L'evoluzione verso un mondo sempre più digitale, attraverso lo sviluppo tecnologico, sta permettendo un processo di conservazione dei dati e delle informazioni mai visto prima. Le aziende private possiedono infatti le reti necessarie per attaccare e difendere i settori delle telecomunicazioni, dell'energia e finanziario; oltre il 90 per cento delle comunicazioni militari e di *intelligence* americane viaggiano per telecomunicazione su reti di proprietà privata. La tematica della *cybersecurity* mette quindi al centro delle relazioni internazionali l'uso della tecnologia che è la chiave di volta per comprendere come mutano gli assetti di potere alla luce dei cambiamenti socioeconomici e politici<sup>5</sup>.

Infatti, i paesi che riusciranno a sfruttare le nuove innovazioni potranno godere di un vantaggio strategico. Peraltro, nella misura in cui è accessibile anche ad entità private e agli individui, ed è esposto ad una serie di rischi invisibili, l'ICT sottrae agli Stati il monopolio dell'uso legittimo della forza e dell'ordine internazionale. In un mondo ormai completamente globalizzato, è possibile sostenere che chi avrà l'approccio più efficace al cambiamento tecnologico dominerà il mondo<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> A. BALSAMO, in A. BALSAMO – A. MATTARELLA – R. TARTAGLIA, *La Convenzione di Palermo: il futuro della lotta alla criminalità organizzata transnazionale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 37

<sup>5</sup> L. PICOTTI, *Sicurezza informatica e diritto penale*, in AA.VV., *Sicurezza e diritto penale*, a cura di DONINI-PAVARINI, Bononia University Press, 2011; U. SIEBER, *Computerkriminalität*, in U. SIEBER, F. H. BRÜNER, H. SATZGER, B. VON HEINTSCHEL-HEINEGG (Hrsg), *Europäisches Strafrecht*. Baden-Baden, 2011; M. F. WEISMANN, *International Cybercrime: Recent Developments in the Law*, in R. D. CLIFFORD (ed.), *Cybercrime*, III Ed., Carolina Academic Press, 2011.

<sup>6</sup> L'affermazione si deve a G. GUASTELLA, *Il dominio geopolitico dello spazio cibernetico*, Edizioni ex libris,

La dimensione planetaria delle reti telematiche e la potenzialità di dare illimitata diffusione ai messaggi ed alle informazioni minaccia il principio della sovranità statale, nella sua dimensione territoriale, e l'esercizio stesso dei diritti fondamentali della persona. La comparsa di internet, all'inizio degli anni '90, venne prevalentemente accolta con grande ottimismo, poiché si pensava che la disponibilità di uno strumento comunicativo di illimitate dimensioni, accessibile a tutti e non sottoposto ad alcuna regola o controllo, potesse favorire la libertà di informazione e la diffusione delle idee. Solo gli addetti ai lavori più avveduti segnalavano il rischio che, in uno spazio privo di regole precostituite, potesse prevalere la legge del più forte. Gli spazi informatici sono stati occupati da forti monopolisti che hanno operato un intenso condizionamento dell'informazione in tutti i settori, spesso in funzione di chiari interessi di parte, producendo sistematicamente notizie distorte o false, dotate però di capacità suggestiva e destinate ad un'ampia diffusione. Si pensi poi a gravi fenomeni come "stalking", "cyberbullismo", "pedopornografia online", "revenge porn", diffamazione<sup>8</sup>, rispetto ai quali la rete si rivela veicolo di trasmissione di comportamenti violenti nei confronti di vittime incapaci di reagire e persino spinte a tragici gesti di disperazione. Ma attraverso il web ha trovato spazio anche la propaganda del fondamentalismo islamico che ha colpito l'Europa, spesso programmando e dirigendo le azioni terroristiche proprio dal web. La gravità e la crescita esponenziale di tali condotte ha imposto la previsione di specifiche figure di reato e di misure penali e amministrative.

In tale contesto, la criminalità organizzata ha saputo sfruttare le opportunità di comunicazione immediata, globale ed anonima offerte dalla rete. Le indagini più recenti rivelano che essa utilizza la rete per le operazioni di riciclaggio e di trasferimento ed occultamento dei propri proventi, oltre che per la stessa organizzazione ed esecuzione "da remoto" di operazioni illecite.

Per utilizzare un'espressione efficace, in alcune intercettazioni un boss mafioso affermava testualmente come il "clic" di un computer contasse oggi molto di più del grilletto di una pistola.

Le organizzazioni criminali di ogni genere occupano oggi stabilmente il cyberspazio, e si giovano della possibilità di occultarsi agevolmente, approfittando della sua estensione globale. La stessa attività investigativa soffre limitazioni ed ostacoli dipendenti dai confini territoriali e dalla mancanza di uniformità delle legislazioni nazionali, che gli accordi internazionali in materia finora non sono riusciti a superare. In alcuni casi le richieste di dati informativi, volte ad identificare gli autori di reati informatici, vengono bloccate dal rifiuto da parte degli Stati ove sono situate le "memorie" o persino da parte dei gestori privati, che si avvalgono di legislazioni locali particolarmente favorevoli. Paradossalmente, la stessa rete, che spesso non riesce a

---

Palermo, 2020, p. 151, cui si rinvia per una trattazione di carattere socio-politico del tema.

<sup>7</sup> Osservazioni utili sul contrasto al fenomeno in esame nell'ordinamento italiano sono svolte da C. PANICALI, *Il cyberbullismo: i nuovi strumenti (extrapenali) predisposti dalla legge n. 71/2017 e la tutela penale*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2017, n. 6.

<sup>8</sup> L. BISORI, *La diffamazione*, in CADOPPI-CANESTRARI-PAPA, *I reati contro la persona. Reati contro l'onore e la libertà individuale*, Utet, Torino, 2006.

proteggere la riservatezza delle vittime, si rivela invece efficiente nell'assicurare l'anonimato ai responsabili dei delitti.

Allo stato, non esiste una definizione normativa del crimine cibernetico<sup>9</sup>. In prima approssimazione, esso si distingue dalla criminalità tradizionale per l'assenza di confini fisici e geografici. Ciò disorienta le vittime rendendole più vulnerabili, per l'impossibilità di reagire, data l'incapacità di percepire l'attacco fisicamente. Dall'altro lato, il cybercriminale è agevolato dalla disponibilità diffusa di malware sulla rete, e dal fatto che il cybercrime non richiede particolari capacità tecniche.

Molti cybercriminali provengono dai paesi in via di sviluppo e non hanno un'istruzione avanzata; essi iniziano la loro carriera criminale già nell'adolescenza, spinti generalmente da motivazioni socioeconomiche. Si tratta di individui prevalentemente di sesso maschile, di età compresa tra i 18 e i 30 anni, il cui *modus operandi* consiste nel riunirsi in gruppi piccoli o medi. Dati tratti dal Report annuale di Europol del 2015 intitolato "Internet Organised Crime Threat Assessment" (IOCTA) suggeriscono che l'80% dei cybercrime necessita infatti di un'organizzazione definita. Nasce in queste circostanze il cosiddetto "crimine cibernetico organizzato". Esso si caratterizza per una maggior concentrazione nell'Est Europa, in Medio Oriente, e in Nord America, e predilige le operazioni di scambio e vendita di servizi, di consulenza, diffusione di virus, affitto di *botnet*, servizi spam, *hosting*, e le modalità di associazione ed organizzazione più disparate che vanno dall'uso di reti "underground" e parallele ad Internet, ad esempio Thor e la Darknet, o "Deep Web", alla cosiddetta "glocalization" dei gruppi, ossia l'esercizio di azioni transnazionali tendenti alla "prossimità locale e culturale".

Il mercato del crimine cibernetico, basato sostanzialmente su furti di dati ed estorsioni, ha praticamente superato il mercato della droga, ottenendo quasi il doppio dei ricavi illeciti<sup>10</sup>.

Occorre considerare, inoltre, che gran parte delle tecnologie e delle competenze private in questo campo è di proprietà di imprese, che decidono generalmente di non denunciare gli attacchi subiti per evitare danni reputazionali o perdite in Borsa; ciò accentua la vulnerabilità del sistema.

A ciò deve aggiungersi la capacità dei terroristi di inserirsi nelle reti, pur non potendo eguagliare la capacità cibernetica di uno Stato.

I settori principali del crimine cibernetico includono il furto e la manipolazione dei dati sensibili, la contraffazione dei prodotti, il sistema delle criptovalute e il riciclaggio.

A seconda degli attori e delle finalità, il Quadro Strategico annuale per la sicurezza nello spazio cibernetico elaborato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri italiana nel 2013 ha distinto quattro macro-categorie:

---

<sup>9</sup> Per un inquadramento sistematico, L. PICOTTI, *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione di insieme*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale – Cybercrime*, diretto da CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, Utet, 2019; V. PECORELLA, *Diritto penale dell'informatica*, Cedam, 2006; sempre V. PECORELLA, voce *Reati informatici*, in *Enc. dir., Annali*, vol. X, Giuffrè, 2017.

<sup>10</sup> CIS, *Italian Cyber Security Report 2015, Rapporto annuale sulla sicurezza*, in [www.cybersecurityframework.it](http://www.cybersecurityframework.it).



- *Cyber-crime* (criminalità cibernetica): il complesso di attività con finalità criminali che vanno dalla frode telematica al furto d'identità fino alla sottrazione indebita d'informazioni, creazioni e/o proprietà intellettuali;
- *Cyber-espionage* (spionaggio cibernetico): l'acquisizione indebita di dati e/o informazioni sensibili, proprietarie o classificate;
- *Cyber-terrorism* (terrorismo cibernetico): l'insieme delle azioni ideologicamente motivate, volte a condizionare uno Stato o un'organizzazione internazionale;
- *Cyber-warfare* (guerra cibernetica): l'insieme delle attività e delle operazioni militari pianificate e condotte allo scopo di conseguire effetti nel predetto ambiente.

Un campo da non sottovalutare è poi quello dell'*intelligence*; esso può diventare il vettore attraverso cui il cybercriminale, o l'organizzazione criminale, grazie al furto di dati, riesce ad infiltrarsi in un sistema. È dunque l'*intelligence* che prepara il terreno all'attacco che verrà condotto. Rispetto a quella del passato, inoltre, l'*intelligence* attuale dispone di più sofisticati strumenti tramite i quali poter aumentare l'asimmetricità – caratteristica saliente delle tecniche d'attacco cibernetico – e condurre più agevolmente le operazioni. Questo è un fattore che va evidenziato a causa dell'immensa quantità di dati che l'*intelligence* cibernetica può raccogliere e gestire. Se però si ha a disposizione un efficace strumento di lettura e di valutazione dei dati, unito a un chiaro obiettivo, anche la semplice raccolta dei dati aperti esistente sulla rete potrebbe essere sufficiente per penetrare segreti di Stato.

Passando agli scenari di guerra veri e propri, si è già fatto ricorso più volte, nell'arco degli anni, all'uso di attacchi cibernetici in funzione di supporto alle operazioni militari. Un ulteriore scenario da considerare è quello relativo all'uso dell'arma cibernetica in funzione strategica, non più quindi come supporto ma come arma principale di attacco contro un paese; quest'ipotesi è stata discussa anche in sede Nato quando si è sostenuto che gli attacchi cibernetici potessero fare scattare la *casus foederis* dell'Alleanza a difesa dello Stato aggredito, ai sensi dell'articolo 5 del Trattato istitutivo.

Generalmente, l'attacco cibernetico si serve di un algoritmo codificato a mezzo di un computer per diffondere degli effetti pregiudizievoli di varia natura, a seconda della tipologia di attacco o del sistema bersaglio di questo<sup>11</sup>.

L'attacco cibernetico ricomprende una vasta gamma di tecniche. Tra gli strumenti utilizzabili, uno dei più diffusi è il *malware*, ovvero un programma avente lo scopo di cagionare danni diffusi, quali il disturbo o il malfunzionamento di una rete, la sottrazione di informazioni, l'accesso non autorizzato a reti e sistemi. Un altro tipico strumento di attacco è il DDoS (*Distributed Denial of Service*), meno sofisticato del *malware*, ma non meno efficace. Per un attacco Ddos è sufficiente generare una massiccia quantità di e-mail, idonea a comportare il blocco di un sito web. A questo punto, gli obiettivi di un attacco cibernetico possono essere due: le informazioni o la provocazione di un danno fisico. Un attacco può colpire direttamente un *software* oppure può colpire l'*hardware*

---

<sup>11</sup> G. GUASTELLA, *Il dominio geopolitico dello spazio cibernetico*, cit., p. 57 ss.

attraverso il *software*. Naturalmente si può diversificare l'effetto dell'attacco a seconda che questo sia condotto contro un sistema in uso a un privato o una famiglia o sia lanciato contro computer privati in uso a dipendenti di imprese o dello Stato o, ancora, contro *mainframe* (grandi computer costituiti da una potente unità centrale di elaborazione dati alla quale sono collegati numerosi terminali) aziendali o statali. Per esempio, un attacco cibernetico può essere finalizzato a paralizzare le infrastrutture di comunicazione di un paese o la rete di trasporto ferroviaria e aerea civile, con il rischio di scontri fra treni o di disastri aerei<sup>12</sup>.

Nel contesto globale descritto, è necessario menzionare il pericolo già rappresentato dall'Isis. I vertici del cosiddetto Stato Islamico avevano ben compreso che una guerra analoga a quella tradizionale, combattuta anche con strumenti tecnologici, avrebbe potuto portare risultati anche maggiori di quelli conseguibili con le armi militari convenzionali. Così, nel 2014, Al-Bhagdadi, soprannominato "l'informatico" dell'Isis, ideò il *Cyber Caliphate* per combattere la Cyber Jihad, facendo propria un'intuizione in passato sviluppata anche da Bin Laden. Inizialmente, il Califfato Cibernetico ha reclutato un gruppo di giovani hackers di età compresa tra i 18 e i 24 anni, istituendo delle "hackers division", basate su un organico complessivo di circa 3 mila hackers "effettivi", dislocati in ogni angolo del pianeta, inclusi gli Stati Uniti e l'Europa. L'attività dei cc.dd. cyber jihadisti consiste nella predisposizione di cyber attacchi verso tutti i paesi considerati "nemici" o "infedeli" e nell'opera di proselitismo e propaganda dello Stato Islamico. Tra gli strumenti di riferimento per le attività di proselitismo e di coordinamento delle cellule terroristiche sparse in tutto il mondo vi sono i social network, che contengono immagini e video in grado di influenzare psicologicamente le masse. A conferma di ciò, l'utilizzo dei social ha portato ad una notevole impennata del numero dei combattenti reclutati a livello mondiale. Solo in Europa, secondo una stima della CIA (*Central Intelligence Agency*) risalente al 2014, il numero degli arruolati occidentali nelle file dell'Isis sarebbe stato tra i ventimila e i venticinquemila. Foraggiate con finanziamenti pari solo a quelli dedicati all'acquisto di armi e munizioni, le hacking division del Sedicente Stato Islamico combattevano quotidianamente una guerra reale nel mondo virtuale anche per tentare di introdursi all'interno dei sistemi informatici di tutti i Paesi "nemici" allo scopo di danneggiare i sistemi o rubare i dati che vi sono conservati. Ma una parte corposa delle attività condotte del *Cyber Caliphate* ha riguardato proprio l'acquisizione di informazioni da fonti aperte soprattutto dai social network, in grado di fornire una conoscenza "individuale" e di "massa" di grande rilevanza ai fini della conduzione di azioni di persuasione, disinformazione e "intossicazione" informativa. All'interno del *Cyber Caliphate* esisteva una struttura appositamente creata per condurre attività di propaganda e comunicazione nel mondo virtuale: Al-I'tisaam Media. Nell'ambito di questa *media enterprise* operavano analisti di *intelligence*, specialisti della comunicazione, tecnici specializzati nella realizzazione e montaggio video, web

---

<sup>12</sup> Uno studio approfondito sugli effetti paralizzanti degli attacchi informatici è condotto da UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Ending Internet shutdowns: a path forward*, United Nations, 15 June 2021, in [www.undocs.org](http://www.undocs.org); ancora, T. RYAN-MOSLEY, *Why you should be more concerned about internet shutdowns*, MIT Technology Review, 9 September 2021, in [www.technologyreview.com](http://www.technologyreview.com).



designer, commentatori e registi. Di particolare impatto sono stati i video incessantemente prodotti e diffusi in rete nella fase di maggior virulenza dell'organizzazione, accomunati da scene raccapriccianti e di inaudita violenza.

Ciò che rende il terrorismo così difficile da combattere non è solo la sua ideologia ma anche il metodo di cui si avvale.

In definitiva, si comprende come il potere dei moderni sistemi di comunicazione abbia un ruolo determinante nelle strategie del crimine transnazionale.

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona la "criminalità informatica" è stata inserita nell'art. 83 TFUE fra i fenomeni criminosi di natura grave e transnazionale su cui l'Unione Europea ha competenza penale<sup>13</sup>. A livello europeo, possono citarsi alcuni interventi, come la direttiva 2011/93/UE relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, e la Direttiva 2013/40/UE, relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione.

Infine, il 14 aprile 2021, la Commissione europea ha presentato la Comunicazione relativa alla prima Strategia *ad hoc* in materia di criminalità organizzata dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona<sup>14</sup>. Tale Strategia si riferisce al periodo 2021-2025 e individua le linee di intervento prioritarie in tema di contrasto ai gruppi criminali, con l'obiettivo di assicurare una migliore protezione dei cittadini, dell'economia e delle istituzioni europee contro la criminalità organizzata. L'opportunità di proseguire e consolidare l'azione di contrasto intrapresa a livello europeo si giustifica soprattutto in considerazione delle modalità operative particolarmente pervasive cui i gruppi criminali ricorrono nel perseguimento dei propri interessi, dal momento che gli stessi possono avvalersi sia di strutture territoriali sia di mezzi informatici estremamente sofisticati.

La "criminalità informatica" non consiste in una categoria definita giuridicamente, anche se compare in fonti europee e sovranazionali<sup>15</sup>.

Allo stesso modo non si rinviene una definizione internazionalmente riconosciuta di "computer related crime" o "cybercrime"<sup>16</sup>. Sul piano empirico, essa

<sup>13</sup> Per una recente analisi della normativa europea in materia, v. L. PICOTTI, *La nozione di "criminalità informatica" e la sua rilevanza per le competenze penali europee*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 4, 2011; sulle competenze dell'Unione, v. R. FLOR, *Le prospettive de jure condendo del c.d. data retention nel cloud scenario, tra limiti ontologici, limiti costituzionali e tutela dei diritti fondamentali*, relazione presentata al convegno "Limiti convenzionali e costituzionali del 'Diritto Penale Europeo' dopo il Trattato di Lisbona – Il dibattito in Germania ed in Italia", Verona, 16-17 settembre 2011.

<sup>14</sup> F. VILASI, *La strategia dell'Unione Europea per la lotta alla criminalità organizzata: la centralità dell'informazione e le prospettive di riforma*, in *Riv. studi e ric. sulla criminalità organizzata*, Vol. 7/ n. 2, 2021.

<sup>15</sup> COM(2012) 140 final.

<sup>16</sup> Si veda già M. BRIAT, U. SIEBER (eds.), *Computer Related Criminality: Analysis of Legal Policy in the OECD Area*, Parigi 1986. Sul piano processuale, le decisioni quadro sul mandato d'arresto europeo (2002/584/GAI) e sull'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca (2006/783/GAI), che includono la "criminalità informatica" nelle liste di reati per cui si prescinde, in conformità con il principio del mutuo riconoscimento, dal requisito della doppia incriminazione per l'esecuzione diretta dei provvedimenti emessi dall'autorità giudiziaria dello Stato richiedente. Vedi per tutti L. PICOTTI, *La nozione di "criminalità informatica"*, cit., pp. 827 e ss. Nella letteratura tedesca, anche sul richiamo alle fonti sovranazionali e sulle nuove competenze penali dell'Unione Europea, basti il rinvio a U. SIEBER, *Computerkriminalität*, in U. SIEBER, F.H. BRÜNER, H. SATZGER, B. VON HEINTSCHEL-HEINEGG (Hrsg), *Europäisches Strafrecht*. Baden-Baden, 2011, pp. 393 e ss.

abbraccia una molteplicità di comportamenti lesivi di interessi penalmente rilevanti, riconducibili ai “reati informatici”, introdotti in molti ordinamenti nazionali. Dopo l’“esplosione” di Internet, si è assistito al passaggio dalla dimensione “privata” o “individuale” del computer e delle delimitate reti di computer alla dimensione “pubblica” o “collettiva” dei sistemi, basati sull’interconnettività globale. Nell’attuale società dell’informazione la “criminalità informatica” risulta essere dunque flessibile e mutevole. Sul piano del diritto penale sostanziale, la “criminalità informatica” può includere sia fattispecie legali costruite, sul piano della formulazione, con elementi di tipizzazione connessi a procedimenti di automatizzazione di dati o informazioni, ovvero legate a modalità, oggetti o attività di carattere tecnologico (reati informatici in senso stretto)<sup>17</sup>, sia tutte quelle fattispecie incriminatrici “comuni” che, pur non presentando espressamente elementi tipici caratterizzati dalla tecnologia, possono essere applicate a fatti commessi tramite la tecnologia, la rete o nel cyberspace<sup>18</sup> (reati informatici in senso lato).

In questo contesto assume rilevanza anche la distinzione fra reati cibernetici in senso stretto e reati cibernetici in senso lato. Nei primi l’elemento tecnologico e specializzante è caratterizzato proprio dalla connessione in rete o dalla fruibilità del cyberspace<sup>19</sup>. I secondi, invece, presentano modalità o possibilità di realizzazione concreta “in rete” e sono formulati in termini più generali ed elastici, tanto da essere realizzabili o concepibili a prescindere dall’informatica e dalla rete<sup>20</sup>.

Questa impostazione teorica trova un riscontro nelle disposizioni di carattere processuale previste dalla Convenzione sulla criminalità informatica del Consiglio d’Europa (Convenzione di Budapest), che si applicano non solo ai reati da essa previsti (artt. 2-11), ma anche a tutti gli illeciti commessi attraverso i sistemi informatici ed a quelli per il cui accertamento è necessaria la raccolta della prova elettronica (ex art. 14).

Una parte della dottrina americana ritiene che la categoria “cybercrime” comprenda almeno tre sub-categorie: reati in cui il computer o il sistema informatico

<sup>17</sup> Vedi M.F. WEISMANN, *International Cybercrime: Recent Developments in the Law*, in R.D. CLIFFORD (ed.), *Cybercrime*, III Ed., Carolina Academic Press, 2011, 257, p. 258.

<sup>18</sup> Si pensi, nell’ordinamento italiano, all’accesso abusivo a sistemi informatici (art. 615 ter c.p.) o alla frode informatica (art. 640 ter c.p.). Questa categoria di reati informatici si connota per un nuovo oggetto passivo su cui la condotta va a cadere (quali i dati, le informazioni, i programmi od altri “prodotti” informatici o digitali, compresi i “sistemi informatici” in genere) oppure dal fatto che il computer ed i prodotti informatici in genere costituiscono lo strumento tipico di realizzazione del ‘fatto’ criminoso. Così L. PICOTTI, *La nozione di “criminalità informatica”*, cit.

<sup>19</sup> Si consideri, nel sistema italiano, la truffa comune (art. 640 c.p.), che può essere commessa attraverso l’invio di e-mail ingannevoli che inducono in errore il destinatario determinandolo ad effettuare un atto di disposizione patrimoniale su conti correnti online. Oppure si pensi alla diffamazione online, o alle forme di manifestazione o diffusione del pensiero o di contenuti illeciti, quale la rivelazione od agevolazione “in qualsiasi modo” della conoscenza, da parte di terzi non legittimati, di una notizia che debba rimanere segreta. Su tali categorie si veda L. PICOTTI, *Biens juridiques protégés et techniques de formulation des incriminations en droit pénal de l’informatique*, in *Rev. Int. Droit pénal*, 2006, n. 3/4, pp. 525 ss.

<sup>20</sup> Si pensi, ad esempio, agli artt. 171, lett. a) bis e 171 ter, co. 2, lett. a) bis della l. n. 633/41 (che sanzionano la diffusione abusiva tramite l’immissione in un sistema di reti telematiche di un’opera dell’ingegno protetta). Su tali reati si consenta di rinviare a R. FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica*, cit., pp. 329 e ss.

costituiscono l'obiettivo delle attività criminali; reati in cui il computer e, in generale, le nuove tecnologie ed Internet, rappresentano gli strumenti per commettere o preparare un reato; reati in cui il sistema informatico e la rete costituiscono solo un "aspetto incidentale" nella commissione dell'illecito<sup>21</sup>.

### 3. La Convenzione di Budapest e il ruolo "suppletivo" della Convenzione di Palermo.

La Convenzione di Budapest sulla criminalità informatica, firmata il 23 novembre 2001 nell'ambito del Consiglio d'Europa, è il primo accordo internazionale riguardante i crimini commessi attraverso internet o altre reti informatiche, con l'obiettivo di realizzare una politica comune fra gli Stati membri, attraverso l'adozione di una legislazione appropriata, che consenta di combattere il crimine informatico in maniera coordinata.

Essa è stata ratificata dall'ordinamento italiano nel 2008 e mira principalmente ad armonizzare i sistemi penali nazionali e le disposizioni connesse nel settore della criminalità informatica, prevedendo altresì i necessari strumenti per l'indagine e il perseguimento di tali reati compresa la cooperazione internazionale. Gli Stati hanno preso atto che la rivoluzione nelle tecnologie dell'informazione ha cambiato radicalmente la società e pervaso quasi ogni aspetto delle attività umane<sup>22</sup>.

La Convenzione di Budapest si basa quindi sulla consapevolezza che le nuove tecnologie mettono in discussione i concetti legali esistenti. Le informazioni e le comunicazioni fluiscono più facilmente in tutto il mondo e i criminali riescono ad agire localizzati in luoghi diversi da quelli in cui i loro atti producono i loro effetti. Di fronte a questo, le leggi nazionali, tradizionalmente limitate a un territorio specifico, non sono sufficienti. Pertanto, gli Stati hanno preso consapevolezza che le soluzioni alle problematiche descritte devono essere rintracciate nel diritto internazionale, sempre nel rispetto dei diritti umani.

Sul versante sostanziale<sup>23</sup>, la Convenzione richiede che siano incriminate le fattispecie di accesso illecito, intercettazione illecita, interferenza di dati, interferenza in

---

<sup>21</sup> Vedi S. BRENNER, *Defining Cybercrime: A Review of Federal and State Law*, in R. D. Clifford (ed.), *Cybercrime*, cit., 15-104, 17, cui l'Autrice si chiede se la categoria "cybercrime" abbracci nuove forme di criminalità e di crimini, ovvero se non si tratti piuttosto di "vecchio vino in nuove bottiglie" ("old wine in new bottles"). In verità questa espressione non è così distante da quella utilizzata da BARLOW - "Selling wine without bottles" - con la quale rappresenta il nuovo scenario dominato dalla tecnologia, che ha determinato la trasformazione dell'architettura tipica su cui poggiava la tutela del diritto d'autore, e la crisi del sistema di tutela della proprietà intellettuale, dovuta alla proliferazione sia di fenomeni criminosi nuovi, che di "vecchi" fenomeni realizzati con nuovi strumenti. Vedi J.P. BARLOW, *Selling Wine without Bottles: The Economy of Mind on the Global Net*, in P. LUDLOW (ed.), *High Noon on the Electronic Frontier, Conceptual Issues in Cyberspace*, III ed., MIT, 1999, pp. 9 e ss., citato da R. FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica*, cit., p. 250.

<sup>22</sup> Sui profili relativi alla ratifica della Convenzione, v. PICOTTI, *La ratifica della Convenzione Cybercrime del Consiglio d'Europa. Profili di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, n.6/2008.

<sup>23</sup> L. PICOTTI, *Ratifica della Convenzione Cybercrime e nuovi strumenti di contrasto contro la criminalità informatica e non solo*, in *Dir. Internet*, 2008, p. 5443.

un sistema, uso improprio di dispositivi, falsità informatica, frode informatica, pedopornografia e reati in materia di diritto d'autore.

Lo scopo della Sezione 1 della Convenzione (articoli 2 – 13) è prevenire e reprimere la criminalità informatica, stabilendo uno standard minimo comune per i reati inclusi nell'elenco, che può essere esteso dal diritto interno. La sezione è suddivisa in cinque titoli.

Il titolo I comprende il nucleo essenziale dei reati informatici, e cioè i reati contro la riservatezza, l'integrità e la disponibilità dei dati e dei sistemi informatici. Il titolo descrive la tipologia dei reati contemplati, ovvero l'accesso non autorizzato e la manomissione illecita di sistemi, programmi o dati.

I titoli II, III e IV includono altri tipi di "reati informatici", che svolgono un ruolo maggiore nella pratica e in cui i sistemi informatici e di telecomunicazione sono utilizzati come mezzo per attaccare determinati interessi che per lo più sono già protetti dal diritto penale contro gli attacchi che utilizzano mezzi tradizionali.

I reati del Titolo II (frode e falsità informatica) sono stati aggiunti seguendo i suggerimenti delle linee guida della Raccomandazione n. R (89) 9 del Consiglio d'Europa.

Il Titolo III riguarda i "reati di contenuto di produzione o distribuzione illecita di pedopornografia mediante l'uso di sistemi informatici" considerati come uno dei *modi operandi* della criminalità più pericolosi degli ultimi anni.

Il comitato che ha redatto la Convenzione ha discusso la possibilità di includere altre fattispecie, come la diffusione di propaganda razzista attraverso i sistemi informatici. Tuttavia, il comitato non è stato in grado di raggiungere un consenso sulla criminalizzazione di tale condotta, in quanto, nonostante un notevole sostegno a favore della sua inclusione come reato, alcune delegazioni hanno addotto, pretestuosamente, in senso contrario all'inclusione di tale disposizione motivi di libertà di espressione. Rilevando la complessità della questione, si è deciso che la commissione deferisse al Comitato europeo sui problemi della criminalità (CDPC) la questione dell'elaborazione di un Protocollo aggiuntivo alla Convenzione.

Il titolo IV della Convenzione prevede i "reati connessi alla violazione del diritto d'autore e dei diritti connessi". Si tratta di una delle forme più diffuse di criminalità informatica.

Il Titolo V, infine, contiene ulteriori disposizioni in materia di tentativo, favoreggiamento, sanzioni e misure sulla responsabilità degli enti<sup>24</sup>.

Giova sottolineare che sebbene le disposizioni di diritto sostanziale si riferiscano a reati che utilizzano la tecnologia dell'informazione, la Convenzione utilizza un linguaggio tecnologicamente neutrale al fine di garantire che le fattispecie ivi previste possano essere applicate alle tecnologie attuali e a quelle utilizzate in futuro.

Una specificità dei reati contemplati è l'espresso requisito che le condotte in questione siano poste in essere "senza diritto" e cioè abusivamente, nella forma di una

---

<sup>24</sup> Per un inquadramento della responsabilità degli enti, S. BELTRANI, *Reati informatici e D.lgs. 231/2001 alla luce della legge di attuazione della Convenzione di Budapest*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2008, n. 4; ancora, A. GULLO, *I reati informatici*, in *Responsabilità da reato degli enti*, Giappichelli, Torino, 2021.

clausola di illiceità speciale, che postula la violazione di norme extrapenali. In altri termini, le condotte descritte non sono sempre punibili di per sé, ma possono essere lecite o giustificate non solo nei casi in cui sono applicabili le classiche scriminanti, ma anche laddove altri principi o interessi portano all'esclusione di responsabilità penale. La Convenzione, quindi, non colpisce quelle attività intraprese in esecuzione di ordini legittimi dell'autorità, ad esempio per mantenere l'ordine pubblico, proteggere la sicurezza nazionale o indagare sui reati. Inoltre, la Convenzione esclude le attività legittime e inerenti alla progettazione ed alla messa in sicurezza delle reti. Spetta agli Stati parte determinare come tali esenzioni debbano operare all'interno dei sistemi giuridici nazionali.

In relazione all'elemento soggettivo, ai fini della responsabilità, tutti i reati contenuti nella Convenzione devono essere commessi "intenzionalmente", e in taluni casi si richiede l'ulteriore elemento del dolo specifico, come avviene nell'articolo 8 sulle frodi informatiche, con la previsione dell'intento di procurare un vantaggio economico.

La sezione di diritto processuale, che si applica a qualsiasi reato commesso a mezzo di un sistema informatico o la cui prova può essere fornita in forma elettronica, determina le garanzie comuni e stabilisce alcuni strumenti procedurali, come la conservazione celere dei dati archiviati e di traffico, gli ordini di produzione, la perquisizione e sequestro di dati informatici, la raccolta in tempo reale dei dati sul traffico e l'intercettazione di dati di contenuto.

Il capo II si chiude con le disposizioni sulla giurisdizione, mentre il capo III contiene le disposizioni in materia di assistenza giudiziaria e di criminalità informatica nonché le norme in materia di estradizione. Si prevede che quando non esiste una disciplina giuridica specifica, un trattato o una convenzione tra le parti, si applicano le disposizioni della Convenzione, mentre, laddove nell'ordinamento nazionale esista una normativa in materia, le disposizioni esistenti si applicano anche all'assistenza.

Nel novembre 2021, in occasione del XX anniversario della Convenzione di Budapest contro il crimine informatico, ed in concomitanza con il passaggio di consegne per la Presidenza del Consiglio d'Europa dall'Ungheria all'Italia, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha adottato il secondo Protocollo addizionale contro il crimine informatico, relativo alla cooperazione rafforzata ed alla divulgazione delle prove elettroniche.

Il Protocollo ha l'obiettivo di fornire "*a legal basis*" per una mutua assistenza tra le autorità pubbliche dei diversi Stati e i fornitori dei servizi on-line, per rafforzare la cooperazione e la divulgazione delle prove elettroniche, nonché fornire garanzie per la protezione dei dati personali.

A fonte della proliferazione della criminalità informatica e della crescente complessità di ottenere prove elettroniche che possono essere archiviate in giurisdizioni straniere, multiple, mutevoli o sconosciute, i poteri delle forze dell'ordine sono limitati dai confini territoriali. Allo stato attuale, il perseguimento dei crimini informatici è ostacolato nel reperimento delle prove nel mondo virtuale<sup>25</sup>. Ciò è dovuto in particolare

---

<sup>25</sup> Per una trattazione generale delle indagini sui crimini informatici, v. S. ATERNO, *Digital forensics*

alla dialettica tra territorialità della giurisdizione e de materializzazione della rete. Di conseguenza, solo una piccola parte dei crimini informatici segnalati alle autorità di giustizia penale porta a decisioni giudiziarie. In risposta a tale problematica, il secondo Protocollo fornisce una base giuridica per la divulgazione delle informazioni sulla registrazione dei nomi di dominio e per la cooperazione diretta con i fornitori di servizi per le informazioni sugli abbonati, mezzi efficaci per ottenere informazioni sugli abbonati e dati sul traffico, cooperazione immediata in caso di emergenza, strumenti di mutua assistenza, nonché garanzie per la protezione dei dati personali. Il testo dovrebbe essere aperto alla firma nel maggio 2022.

La Convenzione di Budapest, per numerosi ordinamenti tra cui quello italiano, ha rappresentato una prima base per l'implementazione del contrasto al cybercrime, sulla base di alcuni caratteri comuni.

Tuttavia, nonostante la Convenzione abbia prodotto molteplici risultati positivi, solo 66 Stati hanno proceduto alla ratifica: è un numero notevolmente superiore a quello degli Stati membri del Consiglio d'Europa, ma assai inferiore a quello dei membri delle Nazioni Unite.

Per tale ragione, un ruolo "suppletivo" di rilevanza fondamentale è stato svolto dalla Convenzione Onu contro il crimine organizzato transnazionale, firmata a Palermo nel 2000. Quest'ultima costituisce il principale strumento internazionale di riferimento contro tutte le forme di criminalità, in quanto vede la partecipazione di oltre 190 Stati e contiene soprattutto norme innovative in materia di indagini, sorveglianza elettronica, cooperazione giudiziaria e responsabilità da reato degli enti, ivi compresi gli intermediari di internet.

Inoltre, essa si caratterizza per una nozione ampia di reato grave di dimensione transnazionale e di gruppo organizzato.

La tipizzazione della nozione di "gruppo criminale organizzato" risente della "vocazione universale" di tale disciplina, per la necessità di formulare una definizione di criminalità organizzata che fosse suscettibile di essere recepita dai singoli Stati nazionali<sup>26</sup> e che risultasse idonea a fotografare un fenomeno mutevole, quello del crimine organizzato transnazionale.

D'altronde, come è stato condivisibilmente affermato, *"la creazione di una precisa tassonomia della criminalità organizzata è un compito assai difficile, per non dire impossibile, tali*

---

(investigazioni informatiche), in *Digesto delle discipline penalistiche*, Aggiornamento, VIII, Utet, Torino, 2014.

<sup>26</sup> "Le difficoltà sono d'altronde note a chi su scala geografica ben più limitata prova da tempo ad approntare risposte comuni al fenomeno della criminalità organizzata: persino in un ambito culturalmente abbastanza omogeneo come l'Unione Europea (anche se con i recenti allargamenti l'affermazione è un po' meno vera di prima) le disomogeneità ordinamentali rendono faticoso il cammino verso l'adozione di standards comuni di incriminazione per la partecipazione ad una organizzazione criminale e l'implementazione dei correlati strumenti processuali e di cooperazione giudiziaria": così S. FIORE, *La partecipazione al gruppo criminale organizzato*, in E. ROSI (a cura di), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano, La Convenzione ONU di Palermo*, Milano, 2007, p. 108. Sul tema, cfr. l'accurato contributo di V. MILITELLO, *Criminalità organizzata transnazionale ed intervento europeo fra contesto e garanzie*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2011, fasc. 4, pp. 811-826.



sono la varietà, le sfumature e la flessibilità del fenomeno che persino le più aggiornate proposte di classificazione rischiano di non essere sufficientemente descrittive o esaustive<sup>27</sup>.

Questa “notevole ampiezza e flessibilità”<sup>28</sup>, che caratterizza la Convenzione di Palermo, ha consentito di includere negli anni anche le emergenti forme di criminalità informatica, supplendo alla limitata adesione ricevuta dalla Convenzione di Budapest contro il cybercrime.

Un altro aspetto particolarmente significativo della Convenzione di Palermo che può rilevare nel contrasto ai reati informatici è la previsione (analoga a quella della Convenzione di Budapest) relativa alla responsabilità delle persone giuridiche e in particolare dei soggetti che, a vario titolo, operano nel complesso universo di internet<sup>29</sup>.

I reati commessi online sono proprio tra le forme di criminalità transnazionale più frequenti, e, in molti paesi, i servizi offerti dagli intermediari di internet sono tra i più rilevanti economicamente. Può anzi dirsi, per le ragioni esposte, che i cybercrimes siano i reati transnazionali per eccellenza.

La categoria degli intermediari di internet è vastissima: essa comprende i motori di ricerca, gli *internet access provider*, che offrono l’accesso alla rete, gli *online payments provider* che consentono di effettuare i pagamenti online, i *domain name registrar*, dai quali si affittano i domini web, le società di *web hosting* che ospitano i siti web, le reti pubblicitarie online.

Nell’ambito dell’attività di implementazione della Convenzione di Palermo, si riscontra un crescente interesse per l’applicazione alle molteplici figure di intermediari di internet della responsabilità delle persone giuridiche che, in forza dell’art. 10, gli Stati parte hanno l’obbligo di introdurre per la partecipazione a reati gravi che coinvolgono un gruppo criminale organizzato.

In particolare, si avverte la necessità di specificare a quali condizioni gli intermediari di Internet possano essere ritenuti responsabili per reati gravi commessi attraverso le loro reti e servizi.

La questione richiede necessariamente di essere affrontata a livello internazionale. Essendo Internet una rete globale di servizi interconnessi, le misure di responsabilità degli intermediari in uno Stato producono inevitabilmente effetti anche in altri Stati. Eppure, in questa materia si registra la mancanza sia di strutture di cooperazione internazionale, sia di dati affidabili sulla base dei quali valutare l’efficacia e la proporzionalità delle misure da adottare<sup>30</sup>.

Una sede adeguata per le proposte riguardanti la responsabilità degli intermediari e la cooperazione con gli stessi per combattere la criminalità transnazionale è l’attività di gestione e implementazione della Convenzione di Palermo, affidata

<sup>27</sup> UNODC, *Digesto di casi di criminalità organizzata, raccolta commentata di casi e lezioni apprese*, Nazioni Unite, 2012, p. 18.

<sup>28</sup> C. PONTI, *op. cit.*, pp. 72 ss.

<sup>29</sup> Si consenta un rinvio a A. MATTARELLA, *La responsabilità delle persone giuridiche*, in *La Convenzione di Palermo*, *op. cit.*, pp. 375 ss.

<sup>30</sup> In questo senso v. il Rapporto dal titolo “*The age of digital interdependence*” predisposto nel 2019 dall’*High-Level Panel on Digital Cooperation* del Segretario generale delle Nazioni Unite.



all'UNODC. In tale ambito, si stanno sviluppando una serie di iniziative innovative in applicazione dell'art. 28 della Convenzione, che incoraggia gli Stati a:

- a) analizzare, con la consulenza della comunità accademica e scientifica, le tendenze della criminalità organizzata e le tecnologie da essa utilizzate;
- b) sviluppare e condividere attraverso le organizzazioni internazionali le conoscenze analitiche così acquisite, in vista della elaborazione ed applicazione di definizioni, standard e metodologie comuni;
- c) monitorare e valutare le proprie politiche criminali e le misure attuative.

Si tratta, dunque, di una norma giuridica programmatica che crea una stretta continuità tra analisi dei fenomeni criminali, con specifico riferimento all'uso della tecnologia per attività illecite, elaborazione delle politiche di contrasto e monitoraggio della loro efficacia. Da tale norma può scaturire un importante processo di innovazione, per razionalizzare tutte le misure di contrasto alle forme gravi di cybercriminalità nel rispetto degli standard internazionali relativi alle libertà di pensiero ed espressione.

Nella più recente attività delle Nazioni Unite sono state approfondite particolarmente le tematiche della responsabilità degli intermediari di Internet, delle condizioni per l'esenzione da responsabilità, e delle altre tipologie di cooperazione sostenute dagli intermediari di Internet, tenendo conto dell'esperienza acquisita a livello nazionale e internazionale, nonché delle varie forme di autoregolamentazione, di coregolamentazione e di privatizzazione.

La questione della responsabilità giuridica degli intermediari di Internet ha formato a lungo oggetto di dibattito. Alcuni casi giudiziari verificatisi tra la fine del secolo scorso e l'inizio dell'attuale assumono in proposito un indubbio valore emblematico<sup>31</sup>. In una fase storica in cui il potenziale economico e sociale di Internet emergeva in modo sempre più ampio, una situazione di incertezza giuridica era insostenibile sia per le autorità pubbliche, che avevano bisogno di conoscere le misure esigibili dagli intermediari, sia per gli utilizzatori dei servizi *online*, che intendevano accedere a tali servizi legalmente per esercitare i loro diritti civili, economici e politici,

---

<sup>31</sup> Già nel 1993, CompuServe, allora il secondo più grande servizio online al mondo, venne citato in giudizio per violazione del *copyright* sulle sue reti, mentre nel 1998 l'amministratore delegato di CompuServe Germania venne condannato a due anni di reclusione, essendo stato ritenuto responsabile per il materiale relativo ad abusi su minori a cui si accedeva sui suoi server. Tale statuizione venne poi ribaltata in appello per la mancanza di adeguate tecnologie preventive. Nel 2000, il caso Yahoo! Francia sollevò altre complesse questioni sul rapporto tra responsabilità e tecnologia. Ci si chiedeva, in particolare, se Yahoo! Francia fosse responsabile per il fatto che la casa madre, usando server negli Stati Uniti, avesse messo all'asta oggetti (precisamente, si trattava di cimeli) vietati dalla legge francese, così da consentire agli utenti francesi di accedere a un servizio che offriva in vendita articoli illegali secondo la normativa del loro paese. In questo caso, l'autorità giudiziaria osservò che Yahoo! aveva fornito pubblicità in francese ai visitatori francesi del sito e quindi la sua condotta non era del tutto passiva; si pose quindi a carico di Yahoo! Francia un obbligo di bloccare gli indirizzi IP francesi così da limitare l'accesso degli utenti francesi. Alla fine, Yahoo! decise che il mantenimento delle vendite dei cimeli richiedeva uno sforzo eccessivo e lo rimosse del tutto. Quest'ultimo caso è considerato particolarmente importante perché in esso furono presi in esame il livello di "conoscenza" dell'attività illegale, la volontà di imporre soluzioni tecniche limitate e l'impatto extraterritoriale di decisioni giudiziarie emesse in altri Stati.

sia per i fornitori di servizi *online*, che necessitavano di una chiara comprensione dei rischi legali connessi alla loro attività.

A questi problemi hanno cercato di dare una risposta il *Communications Decency Act* (CDA) del 1996 e il *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) del 1998 negli Stati Uniti e la Direttiva sul commercio elettronico del 2000 nell'Unione Europea.

La Sezione 230 del *Communications Decency Act* ha garantito, in linea di principio, l'immunità dalla responsabilità per gli intermediari di Internet, stabilendo che nessun fornitore e nessun utilizzatore di servizi Internet può essere considerato responsabile, come editore o autore, di una qualsiasi informazione fornita da terzi. Tale previsione non impone alcun dovere di rimozione in capo agli intermediari della rete, neppure nel caso di omessa risposta alle comunicazioni loro indirizzate; resta parimenti esclusa la loro responsabilità per la limitazione dell'accesso ai contenuti *online*, qualora tale restrizione sia stata attuata in buona fede in correlazione con gli obiettivi perseguiti dalla normativa, consistenti nella introduzione di limiti ai contenuti illegali. A sua volta, il *Digital Millennium Copyright Act* ha escluso la responsabilità per violazioni del *copyright* dei fornitori di servizi *online* che rispondano prontamente alle comunicazioni dei proprietari dei diritti o dei loro agenti volte a bloccare l'accesso a contenuti presumibilmente lesivi e si conformino agli ordini giudiziari finalizzati ad ottenere l'accesso alle informazioni relative agli utenti.

Questi due testi normativi statunitensi hanno fortemente influenzato la "Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno", che tuttavia presenta alcune differenze di disciplina. Precisamente, le eccezioni alla responsabilità riguardano specificamente quegli intermediari i cui servizi comportano l'accesso a Internet ("*mere conduit*"), implicano la "memorizzazione temporanea" ("*caching*") o consistono nell' "ospitare" contenuti per terzi ("*hosting*"). Con riferimento a queste tre categorie, la direttiva esclude che gli Stati membri impongano ai prestatori di servizi internet un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano ovvero un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite.

A differenza del *Communications Decency Act*, nella direttiva non viene prevista una esenzione di responsabilità per le restrizioni "in buona fede" all'accesso ai contenuti. Diversamente dal *Digital Millennium Copyright Act*, che è limitato alle violazioni del *copyright*, la Direttiva riguarda la responsabilità per tutti i tipi di contenuti illegali.

In forza dell'art. 14 della Direttiva, nel caso di "*hosting*" la esclusione di responsabilità del prestatore di servizi consistenti nella memorizzazione di informazioni fornite dai destinatari del servizio è subordinata a una duplice condizione:

- a) che il prestatore non sia effettivamente a conoscenza della illiceità dell'informazione; e
- b) che il prestatore agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso, non appena venuto a conoscenza della loro natura illecita.

La Direttiva ha favorito in modo significativo la cooperazione degli intermediari, segnatamente mediante la istituzione e il finanziamento di una rete internazionale di *hotlines* per la segnalazione di contenuti criminali nel settore dell'abuso su minori.

Alla suesposta produzione normativa non ha però ancora fatto seguito la costruzione di un quadro internazionale di regolamentazione, che prenda in considerazione l'esatta natura di ciascun tipo di intermediario, il tipo di poteri impeditivi di cui esso dispone, e i criteri di attribuzione della responsabilità.

Su quest'ultimo profilo, si riscontrano previsioni molto diverse nelle legislazioni nazionali, in collegamento con le differenti tradizioni giuridiche in materia di colpevolezza.

In generale, nelle legislazioni nazionali sono emersi due modelli principali di responsabilità delle persone giuridiche: il modello "derivativo", che fa discendere la responsabilità dell'ente da quella delle persone attraverso cui esso agisce, e il modello "organizzativo", che si concentra sulla "colpa" della stessa organizzazione, analizzando la sua struttura, le sue politiche di impresa e le sue eventuali carenze nel controllo sui dipendenti e su altri agenti.

Generalmente, in tutte le situazioni in cui non vi è il coinvolgimento diretto di un intermediario nella commissione di reato, la responsabilità delle persone giuridiche è basata sulla mancata adozione dei comportamenti doverosi che appaiono idonei a prevenire o a far cessare il compimento di attività illecite. Appare, però, difficile la prova della colpa degli intermediari nel caso in cui manchino precise segnalazioni di specifiche attività illecite.

Resta problematica la individuazione delle ipotesi in cui un intermediario di Internet abbia motivi ragionevoli per ritenere che i suoi servizi vengano utilizzati per reati gravi che coinvolgono un gruppo criminale organizzato, nonché della definizione delle misure esigibili per impedire che il servizio venga utilizzato per tale scopo. Ad esempio, nel caso in cui il singolo contenuto illegale rappresenta semplicemente un elemento di una più ampia attività criminale, la unilaterale rimozione di esso da parte dell'intermediario di Internet, avvisato da un soggetto privato, potrebbe avere persino un effetto pregiudizievole per le indagini condotte dagli organi investigativi. E' indubbia quindi l'importanza essenziale di un maggiore coordinamento tra gli intermediari di internet e le autorità giudiziarie e di polizia al fine di rafforzare la lotta contro una criminalità organizzata ormai "addestrata" all'uso dei sistemi telematici.

Per tutte le suesposte ragioni, evidenziate nelle più recenti iniziative dell'UNODC, sta progressivamente affermandosi l'indirizzo favorevole a una nuova regolamentazione della responsabilità degli intermediari di Internet, costruita in termini idonei ad accrescere l'efficacia del contrasto alla criminalità organizzata, la tutela dei diritti fondamentali e la certezza del diritto, con un impatto positivo anche sul piano della libertà di iniziativa economica degli operatori. Alla luce degli interessi in gioco, la responsabilità delle persone giuridiche deve essere ancorata ad un quadro normativo certo e tendenzialmente uniforme per tutti gli intermediari che operano nello stesso mercato: un traguardo che non è stato ancora raggiunto.

È propria in questa direzione che il nuovo progetto di Convenzione dell'Onu sul cybercrime potrebbe incidere sensibilmente, normando con maggiore precisione i margini di responsabilità degli operatori e le relative garanzie giurisdizionali.

#### 4. L'importanza di una Convenzione Onu in materia di *cybercrime* e il lungo percorso verso la firma.

Alla luce di quanto si è visto, è essenziale un nuovo strumento giuridico internazionale che rilanci la battaglia contro il crimine informatico e faccia sintesi delle necessarie innovazioni nell'ottica di una possibile armonizzazione degli ordinamenti a livello globale. Come si è anticipato, nella fase attuale, gli Stati partecipanti hanno espresso le loro posizioni in merito presentando delle proposte al Comitato. Giova quindi esaminare in modo più approfondito gli orientamenti delle principali potenze mondiali come gli Stati Uniti, il Regno Unito, la Cina, la Russia e l'Unione Europea.

Negli ultimi anni, gli Stati si sono avvicinati al tema della "sovranità digitale" e della regolamentazione dei dati digitali e delle relative infrastrutture nel proprio territorio. Storicamente, Russia e Cina sono stati i principali esempi. Le autorità russe hanno recentemente arrestato gli amministratori delegati di alcune società di sicurezza informatica con l'accusa di tradimento<sup>32</sup>, mentre le autorità di regolazione cinesi hanno limitato il potere delle aziende tecnologiche imponendo multe e ristrutturazioni alle grandi aziende.<sup>33</sup>

Di recente, anche i paesi dell'UE hanno compiuto alcuni passi significativi sul tema della "sovranità digitale". Sebbene in precedenza gli Stati occidentali prediligessero "un modello di governance multi-stakeholder, inclusivo dei soggetti privati, come le società di telecomunicazione"<sup>34</sup>, sempre più questi paesi mirano ad estendere i controlli nei confronti di tali società, in particolare quando hanno sedi all'estero. Anche negli Stati occidentali, le aziende tecnologiche hanno soddisfatto le richieste di trasparenza dei paesi in cui operano. I governi vantano ora un maggiore controllo delle tecnologie informatiche o hanno capacità che consentono loro di implementare misure come la chiusura di Internet, indipendentemente dalla conformità da parte delle aziende tecnologiche.

Un'indagine congiunta del progetto Jigsaw di Google, Access Now e Censored Planet ha scoperto che delle quasi 850 chiusure intenzionali di Internet documentate negli ultimi 10 anni, 768 sono avvenute in 63 paesi a partire dal 2016<sup>35</sup>. Solo nel 2020,

---

<sup>32</sup> T. BALMFORTH, A. ZVEREV, *Russia arrests top cybersecurity executive in treason case*, Reuters, 29 September 2021, in [www.reuters.com](http://www.reuters.com).

<sup>33</sup> K. WU, J. ZHU, *Billionaire Alibaba founder Jack Ma reappears in Hong Kong*, Reuters, 13 October 2021, in [www.reuters.com](http://www.reuters.com).

<sup>34</sup> S. WALKER, *Cyber insecurities? A guide to the UN cybercrime debate*, GI-TOC, 2019, pp 6-7, in [www.globalinitiative.net](http://www.globalinitiative.net).

<sup>35</sup> T. RYAN-MOSLEY, *Why you should be more concerned about internet shutdowns*, MIT Technology Review, 9 September 2021, in [www.technologyreview.com](http://www.technologyreview.com); UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Ending Internet shutdowns: a path forward*, United Nations, 15 June 2021, in [www.undocs.org](http://www.undocs.org).

quando la maggior parte del mondo era in stato di emergenza per il COVID-19, affidandosi ad Internet per le comunicazioni e le esigenze di base, sono stati segnalati 155 blocchi di Internet in 29 paesi<sup>36</sup>.

Sebbene la comunità internazionale sia generalmente favorevole all'estensione dei poteri di intervento dei governi, i paesi differiscono intorno ai modi ed alle ragioni di tali politiche e ciò avrà un impatto sui negoziati.

Già dal 12° Congresso delle Nazioni Unite sulla Prevenzione della criminalità e la Giustizia penale tenutosi in Brasile nel 2010, alcuni paesi tra cui la Russia avevano proposto un nuovo trattato sulla criminalità informatica all'interno del sistema delle Nazioni Unite. Ciò ha portato alla creazione del gruppo intergovernativo di esperti (IEG) per condurre uno studio completo sulla criminalità informatica, che ha operato fino al 2021 nell'ambito della Commissione delle Nazioni Unite per la Prevenzione della Criminalità e la Giustizia Penale (CCPCJ).

Nel 2017, la Russia ha nuovamente presentato al segretario generale della Nazioni Unite una bozza di convenzione sulla criminalità informatica.

Nel 2019, come si è detto, la Risoluzione 74/247 è stata approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, con 79 voti a favore, 60 voti contrari e 33 astenuti.

Sebbene il processo di elaborazione della nuova Convenzione ONU inizi sul piano tecnico solo nel 2022, gli incontri svoltisi nel corso del 2021 hanno già messo in luce le tensioni che caratterizzano i negoziati.

Nell'ambito della sessione organizzativa del maggio 2021, i negoziati si sono rivelati molto controversi, non solo tra i Paesi che avevano votato originariamente per la risoluzione 74/247, ma anche tra gli Stati che volevano un processo decisionale più inclusivo e trasparente, con il coinvolgimento della società civile. In particolare, il Regno Unito e la Svizzera hanno ritenuto che le proposte presentate non fossero sufficientemente inclusive per la società civile. Gli interventi effettuati dal Brasile, dai paesi del CARICOM e dal Regno Unito hanno portato alla presentazione di tre emendamenti alla proposta di delibera. Gli emendamenti presentati da Brasile e Regno Unito sono stati approvati mediante votazione, mentre quelli di Haiti attraverso la procedura per *consensus*. Con le modifiche citate, la risoluzione russa è stata adottata senza votazione, sulla base di un'accettazione generale<sup>37</sup>.

Come anticipato, si è stabilito che la prima sessione negoziale del comitato *ad hoc* si svolga dal 28 febbraio all'11 marzo 2022 a New York, nel formato "ibrido" (cioè con duplice modalità di partecipazione, sia di presenza sia online) determinato dalla pandemia. Si sta formando un accordo sulla individuazione delle Organizzazioni non governative e istituzioni accademiche che potranno partecipare ai lavori in aggiunta alle ONG già dotate di status consultivo presso l'ECOSOC. Ma si riscontra tuttora una generale mancanza di un accordo sostanziale su quale dovrebbe essere l'ambito di applicazione della convenzione.

---

<sup>36</sup> AccessNow, #KeepItOn, in [www.accessnow.org](http://www.accessnow.org).

<sup>37</sup> Per ripercorrere le tappe dei negoziati, v. S. WALKER – I. TENNANT, *Control, Alt, or Delete? The Un cyber crime debate enters a new phase*, Global initiative against transnational organized crime, December 2021.

4.1. *Le relazioni presentate dagli Stati e la posizione dei principali “players” globali: gli U.S.A.*

Entrando nel merito delle posizioni espresse, il Governo degli Stati Uniti d’America ha risposto all’invito rivolto agli Stati membri a presentare le proprie opinioni sulla portata, gli obiettivi e la struttura della nuova convenzione, sottolineando l’urgenza di elaborare uno strumento globale incentrato sul miglioramento delle indagini e del perseguimento della criminalità informatica, coerente e basato sui diritti e gli obblighi esistenti. I rappresentanti americani hanno sottolineato l’importanza di un negoziato aperto, inclusivo, trasparente e basato sul consenso, in modo da pervenire ad un’adesione diffusa. In particolare, il Governo degli USA ha rimarcato come la pandemia abbia accelerato l’utilizzazione, da parte delle organizzazioni criminali, degli strumenti informatici. In questo senso, la percentuale di attacchi hacker e di reati informatici è aumentata esponenzialmente. Il crimine organizzato ha saputo abilmente sfruttare il cambiamento globale e la dipendenza dalle tecnologie digitali. Per tali ragioni, la criminalità informatica è una minaccia diretta alla sicurezza e al benessere delle società e delle persone in tutto il mondo. Data l’immediatezza della minaccia, è ancora più essenziale negoziare uno strumento globale contro il crimine informatico. La nuova Convenzione dovrebbe mirare a rafforzare la cooperazione internazionale e fornire alle autorità nazionali strumenti pratici per contrastare la criminalità informatica, come hanno fatto altri strumenti delle Nazioni Unite per varie forme di criminalità transnazionale, come la corruzione, il traffico di stupefacenti, la tratta di esseri umani e il traffico di migranti. Secondo i rappresentanti americani, in particolare, la futura Convenzione dovrebbe anche valorizzare la ricerca delle prove rilevanti attraverso strumenti elettronici non solo per il cybercrime, ma per qualsiasi tipo di reato.

D’altra parte, si segnala che, come avviene per ogni strumento di contrasto al crimine organizzato, è necessario includere limiti e garanzie appropriate, nei sistemi nazionali, per la privacy e gli altri diritti umani. Soprattutto, gli Stati Uniti evidenziano l’importanza del tema dell’assistenza tecnica e della cooperazione tra gli Stati in funzione di ausilio dei paesi dotati di minori risorse tecnologiche.

Un’importante presa di posizione è quella secondo la quale gli Stati membri non dovrebbero approfondire gli argomenti relativi alla *governance* o alla sicurezza informatica in uno strumento penale dedicato alla lotta alla criminalità informatica. In tale prospettiva, sebbene spesso i due profili siano visti come due facce della stessa medaglia, la repressione della criminalità informatica sarebbe essenzialmente una responsabilità dello Stato, mentre la sicurezza informatica dovrebbe essere affidata alla responsabilità condivisa di una serie di attori pubblici e privati.

Pertanto gli Stati Uniti sottolineano che il mandato del Comitato *ad hoc* è incentrato sullo sviluppo di uno strumento penale che faciliti una risposta internazionale alla criminalità informatica, attraverso la definizione e la sanzione delle condotte criminali nel cyberspazio. Esso non avrebbe, invece, il potere di dettare norme globali di condotta per gli operatori in ambito informatico. L’inclusione dei concetti di *governance* informatica e sicurezza informatica in un trattato sulla criminalità informatica



ostacolerebbe l'obiettivo di uno strumento efficace, ampiamente sostenuto da parte degli Stati membri.

Ancora, gli USA sottolineano che, come riaffermato nella risoluzione 75/282 dell'Assemblea generale, è fondamentale che i negoziati non pregiudichino i meccanismi multilaterali e regionali già esistenti che già consentono di combattere efficacemente la criminalità informatica.

In proposito, si fa riferimento a trattati delle Nazioni Unite come la Convenzione di Palermo contro il crimine organizzato transnazionale, che colpisce attività fondamentali della criminalità organizzata e detta disposizioni di cooperazione internazionale che possono essere applicate a qualsiasi tipo di reato grave commesso a scopo di lucro da tre o più persone. Come già visto in precedenza, i rappresentanti americani evidenziano che gli Stati hanno già utilizzato con successo la Convenzione di Palermo anche contro i criminali informatici, con particolare riferimento all'uso di *ransomware* ed allo sfruttamento sessuale dei minori. Questi decenni di esperienza nelle indagini sulla criminalità informatica dimostrano l'efficacia di una strategia condivisa degli Stati membri, per evitare la creazione di zone franche per i criminali informatici.

Inoltre, il Governo statunitense puntualizza che il nuovo strumento dovrebbe rimarcare la distinzione tra i reati cyber-dipendenti, in cui un computer o i dati sono l'obiettivo dell'attività criminale, e i reati cyber-correlati, in cui le tecnologie informatiche sono lo strumento che agevola il delitto.

I criminali cyber-dipendenti, la prima categoria a cui dovrebbe rivolgersi principalmente la nuova Convenzione, possono avvenire completamente nel mondo digitale e sono quelli che non esistevano prima dell'avvento dei sistemi informatici, non potendo essere commessi senza l'uso improprio di computer o sistemi di rete. Per questi reati legati alla criminalità informatica, come gli attacchi hacker o il danneggiamento di dati o sistemi informatici, sono necessarie normative specifiche in quanto nella maggior parte delle giurisdizioni le leggi penali applicabili ai reati commessi al di fuori di una rete informatica potrebbero non essere applicabili alle condotte commesse nella realtà virtuale.

Per converso, i rappresentanti americani segnalano il rischio di estendere la disciplina dei cybercrime ai reati tradizionali per il semplice fatto che un computer è stato coinvolto nella loro esecuzione. Occorrerà quindi distinguere, nel novero delle fattispecie tradizionali, quelle non compatibili con le nuove tecnologie dalle forme di criminalità, come la frode, lo sfruttamento minorile, e la diffamazione, che potrebbero essere considerati nell'ambito della negoziazione della Convenzione, in quanto l'uso di un computer aumenta la portata offensiva del reato, la velocità della lesione, l'entità del pregiudizio alle vittime o l'anonimato dell'autore.

Inoltre, secondo gli USA, una Convenzione dotata di una vocazione universale dovrebbe punire i reati informatici in modo tecnologicamente neutro, incriminando l'attività che pregiudica la riservatezza, l'integrità e la disponibilità dei dati informatici invece di selezionare la particolare forma o metodo utilizzato, come il *phishing* o il *ransomware*. Al contempo le disposizioni della Convenzione devono essere adattabili non solo alle tecnologie del presente, ma anche ai nuovi strumenti emergenti in futuro. A dimostrazione della rapidità con cui la tecnologia si sviluppa, i rappresentanti



americani citano anche il *Draft Comprehensive Study on Cybercrime* del 2013, che, pur proponendosi di essere completo, mancava di dettagli su tecnologie o tecniche che non erano ampiamente utilizzate, o erano semplicemente emergenti, al momento dello studio, inclusi i *ransomware*, le criptovalute e il rapido sviluppo e predominio della tecnologia mobile e dei social. Pertanto, affinché le disposizioni in esame resistano alla prova del tempo, occorre emanare normative con formulazioni tecnologicamente neutrali e criminalizzare l'attività ritenuta illegale invece dei mezzi utilizzati<sup>38</sup>. Ciò è particolarmente importante anche per soddisfare le esigenze degli operatori del diritto e delle forze dell'ordine in futuro. Si tratta di un elemento valorizzato in precedenza riguardo alla Convenzione di Palermo. All'uopo, le formulazioni degli accordi internazionali sono caratterizzate da una certa ampiezza e flessibilità non solo per l'inevitabile compromesso tra le diverse posizioni degli Stati, ma anche per scongiurare il rischio di naturale obsolescenza normativa.

In virtù dei principi espressi, gli Stati Uniti concludono sostenendo la necessità di includere nella Convenzione sul Cybercrime alcune fattispecie, come l'accesso illegale a un computer o a un sistema informatico senza autorizzazione, l'intercettazione illecita del contenuto delle comunicazioni o dei dati di traffico relativi alle comunicazioni, l'interferenza sui dati o sul sistema, ovvero *malware*, attacchi *Denial of Service*, *ransomware*, cancellazione o modifica dei dati, il traffico o utilizzo di dati di carte di credito, password e informazioni personali, reati relativi a materiale pedopornografico, frodi informatiche, quali *phishing*<sup>39</sup>, compromissione della posta elettronica aziendale, violazioni del diritto d'autore e contraffazione di marchi. Infine, in tutte le ipotesi descritte, dovrebbero essere previste delle forme di confisca dei proventi illecitamente accumulati.

#### 4.2. (segue) Il Regno Unito.

Di particolare interesse è anche la relazione presentata dal Regno Unito, che evidenzia come la nuova convenzione dovrebbe concentrarsi soprattutto sul rafforzamento della cooperazione per affrontare la crescente minaccia che le attività virtuali rappresentano per i cittadini, per le imprese e i governi. Sotto tale profilo, specie alla luce della crescita del commercio elettronico, il cybercrime rischia di pregiudicare la libertà di concorrenza e lo sviluppo economico.

Il governo britannico ha posto in evidenza i successi raggiunti in materia penale nell'ambito delle Nazioni Unite, attraverso la Convenzione di Merida del 2005 contro la corruzione (UNCAC) e la già citata Convenzione di Palermo del 2000 contro la

---

<sup>38</sup> UNODC/CCPCJ/EG.4/2021/2, Report on the meeting of the Expert Group to Conduct a Comprehensive Study on Cybercrime tenutosi a Vienna dal 6 all'8 aprile 2021, disponibile su [www.unodc.org](http://www.unodc.org).

<sup>39</sup> Per le problematiche sollevate dal fenomeno del *phishing*, v. R.FLOR, *Phishing, Identity theft e identity abuse. Le prospettive applicative del diritto penale vigente*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n. 2-3/ 2007, p. 899.

criminalità organizzata transnazionale (UNTOC). In quest'ottica, si afferma che il nuovo strumento dovrà coordinarsi con le disposizioni previgenti, in modo da costruire un sistema normativo coerente. Scopo del trattato dovrebbe essere anche il potenziamento delle indagini e delle sanzioni per i reati informatici. Nella specie, viene considerato prioritario lo sviluppo delle capacità professionali degli operatori per consentire a tutti gli Stati membri delle Nazioni Unite di affrontare questi reati, insieme all'istituzione di un gruppo di esperti attraverso il quale possano essere identificati gli attacchi informatici. Ai fini di un'efficace cooperazione, è necessario che le fattispecie di reato introdotte siano riconosciute da tutti gli ordinamenti giuridici. Allo stesso tempo, il governo britannico auspica che la nuova disciplina non pregiudichi l'esercizio dei diritti fondamentali, come in particolare la libertà di espressione. Come per ogni Convenzione, occorrono solide garanzie che includano il rispetto della privacy e di altri diritti umani, come stabilito dal diritto internazionale umanitario e riconosciuto nelle pertinenti risoluzioni adottate dall'Assemblea generale e dal Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite. Sono quindi necessari meccanismi di rifiuto dell'estradizione per violazione del *ne bis in idem*, quando il presunto reato riguarda l'esercizio della libertà di espressione e quando la richiesta di consegna ha lo scopo di punire o perseguire l'individuo per motivi di razza, religione, sesso o motivi politici. A tal fine, si richiede un approccio inclusivo e "multi-stakeholder", aperto all'intervento di cittadini, organizzazioni non governative, società civile, istituzioni accademiche e aziende private.

Su due ulteriori aspetti, sembra configurarsi una posizione comune a quella espressa dagli Stati Uniti. In primo luogo, anche la relazione del Regno Unito ritiene che debba esulare dal futuro accordo la materia della sicurezza informatica e della *governance* di Internet. In secondo luogo, si sostiene l'importanza di una formulazione il più possibile aperta e tecnologicamente neutrale per evitare la necessità di continui aggiornamenti della disciplina e assicurarsi che la Convenzione rimanga al passo con i tempi.

Degno di nota è il riferimento dei rappresentanti britannici all'istituzione in ogni paese di agenzie investigative indipendenti dotate di competenze nel contrasto alla criminalità informatica, con la capacità di valutare il livello della minaccia e i provvedimenti adeguati. In una materia caratterizzata da elevato tecnicismo e dall'esigenza di continui aggiornamenti, il modello delle autorità indipendenti, sperimentato su larga scala negli ordinamenti angloamericani e, più di recente, anche nei principali paesi europei, può rappresentare un utile strumento per implementare il sistema normativo, il quale non potrà prescindere da un'attività di regolazione e di fissazione di buone pratiche rivolte agli attori del web.

Da ultimo, il Regno Unito delinea la possibile struttura del trattato, che dovrebbe contenere, in primo luogo, le disposizioni generali sullo scopo della normativa e le definizioni da utilizzare, che devono essere tecnologicamente neutrali, tenendo conto dei quadri giuridici nazionali. In secondo luogo, tra le fattispecie da perseguire, occorrerebbe recepire la distinzione tra reati cyber-dipendenti (come l'accesso illegale) e cyber-correlati, attraverso definizioni accettabili per tutte le parti contraenti. Ancora, dovrebbe essere dedicata specifica attenzione alle misure preventive, come avviene per la Convenzione di Merida contro la corruzione e per la Convenzione di Palermo contro

il crimine organizzato, incoraggiando l'assistenza tecnica e il rafforzamento delle capacità dei singoli Stati dotati di minori risorse tecnologiche, attraverso un coordinamento con strutture esistenti come il Forum globale sulla competenza informatica (GFCE). In tal senso, si fa riferimento, tra gli altri, al ruolo significativo dell'Ufficio delle Nazioni Unite contro la droga e il crimine (UNODC), ed al gran numero di raccomandazioni adottate dal Gruppo intergovernativo di Esperti (IEG) nell'aprile 2021, incentrate sullo sviluppo della formazione specialistica per gli operatori che indagano sulla criminalità informatica, in particolare sulla gestione delle prove elettroniche.

#### 4.3. (segue) *L'Unione Europea.*

Proseguendo nell'esame delle proposte presentate, è importante esaminare la posizione dell'Unione europea.

A tal riguardo, occorre premettere che, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la "criminalità informatica" è stata inserita nell'art. 83 TFUE fra i fenomeni criminosi di natura grave e transnazionale sui quali l'Unione Europea ha competenza penale. Come ha già da prima affermato la Corte di giustizia, a partire dal 2005, l'Unione non ha una competenza diretta in materia penale, ma ciò non impedisce di elaborare norme sostanziali relative alla definizione dei reati e delle pene quando ciò sia necessario per contrastare sfere di criminalità particolarmente gravi di dimensione transnazionale. Un ruolo fondamentale, in questo processo di "europeizzazione" del contrasto al crimine organizzato, può essere rivestito dalla Procura Europea, che è stata istituita nel 2017. Sebbene le competenze del nuovo organo siano state originariamente limitate alla repressione delle frodi lesive degli interessi finanziari dell'Unione, ai sensi degli artt. 83 e 86 TFUE è possibile estendere la sua sfera di intervento ai "*serious crimes having a cross border dimension*".

Si tratta di una prospettiva auspicata da buona parte della dottrina tanto in relazione alla crescente diffusione delle ecomafie, quanto in riferimento alle altre tipologie di crimine organizzato, nelle quali rientra oggi a pieno titolo anche il cybercrime. A ben vedere, questi ultimi sono già oggetto dell'attenzione dei Procuratori europei, considerando che una notevole parte delle frodi viene commessa avvalendosi di mezzi informatici.

Ciò premesso, i rappresentanti dell'Unione affermano che la loro proposta non pregiudica eventuali posizioni future che l'UE e i suoi Stati membri potrebbero assumere nel corso dei negoziati sulla portata, gli obiettivi e la struttura della Convenzione delle Nazioni Unite sul cybercrime.

Secondo l'Unione Europea, gli obiettivi principali dovrebbero essere la previsione di strumenti pratici per il contrasto dei reati e l'implementazione della cooperazione tra le autorità giudiziarie nella lotta globale contro la criminalità informatica. Come si evince dalle risoluzioni 74/247 e 75/2823 dell'Assemblea Generale dell'ONU (UNGA), la Convenzione dovrebbe integrare il quadro giuridico esistente di strumenti internazionali e regionali nel campo della criminalità organizzata e della

cybercriminalità, al fine di non pregiudicare l'applicazione degli strumenti vigenti o l'adesione di altri paesi e di evitare duplicazioni.

La futura Convenzione delle Nazioni Unite, come concordato dalla risoluzione 75/282 dell'UNGA, dovrebbe tenere in piena considerazione il lavoro e i risultati del gruppo intergovernativo di esperti (IEG) per condurre uno studio completo sulla criminalità informatica.

In relazione al campo di applicazione del nuovo strumento, l'UE e i suoi Stati membri ritengono che esso dovrebbe concentrarsi principalmente sulle fattispecie penali sostanziali da perseguire e sui relativi meccanismi di procedura e di cooperazione. Tali disposizioni dovrebbero in generale riguardare solo i reati ad alta tecnologia e i reati cyber-dipendenti, come l'accesso illegale, l'intercettazione o l'interferenza con dati e sistemi informatici. Le disposizioni sostanziali di diritto penale devono essere definite in modo chiaro e ristretto ed essere pienamente compatibili con gli standard internazionali sui diritti umani e con un cyberspazio globale, aperto, libero e sicuro.

A tal riguardo, disposizioni che criminalizzano condotte non chiaramente definite rischierebbero di interferire in modo indebito e sproporzionato con i diritti umani e le libertà fondamentali, compresa la libertà di espressione, determinando imprevedibilità anche per gli operatori economici.

Le disposizioni di diritto penale sostanziale dovrebbero, per quanto possibile, essere redatte in modo tecnologicamente neutro al fine di comprendere gli sviluppi tecnici del futuro<sup>40</sup>. Dovrebbero inoltre rispettare gli standard internazionali sui diritti umani e proteggere altresì le vittime.

In tale ottica, l'azione di contrasto deve essere ancorata ad adeguate garanzie procedurali nel rispetto dei principi di necessità e proporzionalità, per tutelare in particolare il diritto alla riservatezza e alla protezione dei dati personali, la libertà di espressione e di informazione e il diritto a un processo equo, ad un livello almeno pari alle garanzie di altri strumenti internazionali. Allo stesso tempo dovrebbe essere incoraggiato lo scambio di opinioni e informazioni sulle nuove sfide poste da ulteriori sviluppi tecnologici.

In generale, la futura Convenzione delle Nazioni Unite dovrebbe astenersi dal fissare standard minimi sanzionatori o pene per reati specifici al di là dei modelli esistenti.

Per quanto riguarda le norme sulla giurisdizione, la futura Convenzione delle Nazioni Unite dovrebbe essere modellata sull'approccio stabilito negli strumenti giuridici esistenti, come l'articolo 15 della già citata Convenzione di Merida.

Tra le misure di cooperazione tra le parti è compresa la cooperazione investigativa e giudiziaria, con riferimento alla ricerca, conservazione, autenticazione e utilizzazione di prove elettroniche<sup>41</sup>. Ad avviso dei rappresentanti europei, inoltre, nella struttura della Convenzione dovrebbe essere inserita una disciplina specifica per l'assistenza tecnica, la formazione e lo sviluppo delle competenze.

---

<sup>40</sup> Cfr. la raccomandazione 1 adottata su Legislazione e quadri normativi dall'IEG.

<sup>41</sup> Cfr. la raccomandazione 16 adottata sull'evidenza elettronica e la giustizia penale dell'IEG.

Si fa riferimento, in particolare, alle attività fondamentali svolte dall'UNODC ai fini dell'implementazione della Convenzione di Palermo, nei settori delle tecniche investigative, della condivisione delle migliori pratiche e dell'assistenza. L'art. 29 della Convenzione di Palermo obbliga gli Stati ad avviare programmi di formazione dei funzionari e di prestare assistenza ad altri paesi, soprattutto nella lotta alla criminalità organizzata transnazionale che utilizza computer, reti di telecomunicazioni o altre forme di tecnologia moderna. Si tratta di un aspetto centrale nel contrasto al cybercrime, in quanto lo scambio di informazioni e di personale può incentivare lo sviluppo di una cultura condivisa tra gli operatori giuridici.

Infine, l'Unione europea sostiene che debbano essere escluse dal campo di applicazione della futura Convenzione delle Nazioni Unite le questioni relative alla sicurezza nazionale ed alla *governance* di Internet, che sono oggetto di politiche e di incontri settoriali. Inoltre, trattandosi di uno strumento intergovernativo, non dovrebbero imporsi direttamente degli obblighi alle organizzazioni private, compresi gli organismi non governativi e i fornitori di servizi Internet.

Si può qui riscontrare una posizione comune a quella degli Stati Uniti e del Regno Unito, caratterizzata dalla preoccupazione di non paralizzare con regole eccessivamente rigide il settore del commercio elettronico.

Si profila, dunque, un doppio binario, uno riguardante gli obblighi dei pubblici poteri di prevenire e punire il crimine cibernetico, l'altro attinente alla sfera della *governance* del web, tendenzialmente regolato da minori vincoli e con una maggiore libertà di azione dei soggetti privati.

Si tratta forse della questione più importante che le future legislazioni contro il cybercrime saranno chiamate ad affrontare, quella del bilanciamento tra autorità e libertà, tra regolazione e iniziativa privata, in quanto la repressione dei reati non deve vanificare le conquiste raggiunte grazie al mondo di Internet.

#### 4.4. (segue) *La Russia.*

Più estese e articolate sono le relazioni presentate dalla Cina e dalla Russia.

La relazione della Russia è, sostanzialmente, un vero e proprio schema di Convenzione.

I rappresentanti russi esprimono, in tal senso, la preoccupazione che l'abuso delle tecnologie abbia ampliato le possibilità delle attività criminali, facendo riferimento soprattutto a fenomeni come gli attacchi informatici ad infrastrutture critiche, lo spionaggio informatico, la pedofilia *online*, lo sfruttamento dei minori, il terrorismo, la frode, il traffico di dati personali e il riciclaggio di denaro.

Nella specie, si sottolinea il carattere transnazionale di questi crimini che colpiscono la società e l'economia di tutti gli Stati, rendendo indispensabile la cooperazione internazionale.

La relazione russa si sofferma specificamente sull'importanza dell'assistenza tecnica, nel rafforzamento delle capacità di prevenzione degli Stati e nell'aumento del livello di sicurezza delle informazioni.

La premessa fondamentale da cui origina la relazione dei rappresentanti russi è la tutela della sovranità. Gli Stati parte dovrebbero adempiere ai loro obblighi ai sensi della nuova Convenzione in conformità ai principi di sovranità dei paesi e di non ingerenza negli affari interni di altri Stati. La Convenzione non dovrebbe permettere alle autorità di uno Stato parte di esercitare nel territorio di un altro Stato la giurisdizione e le altre funzioni riservate esclusivamente al primo ai sensi del suo diritto interno.

Esaminando le disposizioni di diritto sostanziale inserite nel “progetto di convenzione” proposto dalla Russia, emerge subito la varietà delle fattispecie penali considerate. Si fa riferimento, in primo luogo, all’accesso non autorizzato alle informazioni o ai dati personali, alle intercettazioni non autorizzate, all’interferenza o interruzione di reti di informazione e comunicazione. Un articolo a parte è dedicato alla creazione, utilizzazione e distribuzione di *software* dannosi, ed al traffico non autorizzato di dispositivi, condotte che minano la sicurezza della rete internet. Particolare attenzione è riservata anche ai furti legati alle tecnologie informatiche.

Ma maggiormente articolata appare soprattutto la disciplina dei reati informatici legati alla tutela dei soggetti vulnerabili, come i minori o le persone in condizioni di fragilità psicologica. All’uopo, l’art. 15 disciplina la produzione e distribuzione di materiali o oggetti con immagini pornografiche di minori. Ciascuno Stato dovrebbe adottare misure legislative ed extralegislative per contrastare, ai sensi del proprio diritto interno, le condotte di produzione di materiale pedopornografico ai fini della diffusione nelle reti telematiche, compresa Internet; le condotte di offerta o messa a disposizione di materiale pedopornografico; la distribuzione, la trasmissione e la detenzione di materiale pedopornografico in un sistema informatico o su dispositivi elettronici per l’archiviazione di dati digitali. Nel termine “pedopornografia” si include il materiale pornografico che ritrae visivamente: a) un minore dedito a comportamenti sessualmente espliciti; b) una persona che sembri essere un minore impegnato in attività sessualmente esplicite; c) immagini realistiche che rappresentino un minore impegnato in attività sessualmente esplicite. Il termine “minore” comprende tutte le persone sotto i 18 anni di età. Gli Stati parte potrebbero, tuttavia, prevedere un diverso limite di età, che non dovrebbe essere inferiore a 16 anni.

L’articolo 17 dello schema contenuto nella relazione menziona poi il coinvolgimento di minori nella commissione di atti illeciti che mettono in pericolo la loro vita o la loro salute. A tal fine, si afferma l’obbligo di ciascuno Stato di adottare ogni misura per incriminare il coinvolgimento di minori attraverso l’uso di tecnologie informatiche nella commissione di atti illeciti potenzialmente letali.

A completamento di questo “microsistema” a tutela della persona contro l’uso delle tecnologie informatiche, il precedente articolo 16 disciplina l’istigazione o coercizione al suicidio. Come è tristemente noto, si tratta di reati gravissimi che spesso trovano nella rete un agevole veicolo di diffusione. A tal riguardo, si afferma l’obbligo degli Stati parte di punire ai sensi del proprio diritto interno l’incoraggiamento o la coercizione al suicidio, anche di minori, attraverso la motivazione psicologica o altra forma di pressione sulle reti di informazione e telecomunicazioni, compresa Internet. Sebbene simili condotte risultino oggi punibili in astratto nei principali ordinamenti europei, tra cui l’Italia, indubbiamente questa previsione potrebbe rappresentare un



adeguato minimo comune denominatore per gli Stati partecipanti alla Convenzione, come alcune realtà extraeuropee meno attente alle potenzialità criminogene delle reti.

Gli articoli 19, 20 e 21 sono, invece, dedicati ai reati connessi al terrorismo ed all'estremismo, che sono oggi favoriti dall'anonimato e dalla facilità di comunicazione offerta dalla rete. Nella specie, l'articolo 19 prevede l'incitamento ad attività sovversive o armate, mentre l'articolo 20, con una formulazione abbastanza generica, parla di reati connessi al terrorismo; l'articolo 21, infine, utilizza il diverso termine di "estremismo", a segnalare la necessità di contrastare la vasta gamma di reati caratterizzati da finalità sovversive o animati dall'odio. Sulla stessa linea, l'articolo 24 della proposta presentata dalla Russia cita anche i crimini di riabilitazione del nazismo, di giustificazione dei genocidi o i crimini contro la pace. In generale, l'estrema varietà di fattispecie citate mostra la consapevolezza della capacità diffusiva del cyberspazio rispetto a ideologie disumane e antidemocratiche.

Accanto a tali fattispecie, sono inclusi i principali traffici illeciti delle organizzazioni criminali su base transnazionale. L'articolo 22 disciplina i reati connessi allo spaccio di sostanze stupefacenti e l'articolo 23 i reati connessi al traffico di armi ed esseri umani. Riconoscere il legame essenziale intercorrente tra i principali *business* criminali e il cybercrime costituirebbe indubbiamente un aspetto innovativo della futura Convenzione.

Ancora, l'articolo 26 fa riferimento all'uso delle tecnologie cibernetiche nei rapporti tra gli Stati per commettere atti considerati reati dal diritto internazionale. Quest'ultima tematica si preannuncia particolarmente divisiva, essendo uno dei principali nodi da sciogliere nel contesto internazionale; lo sviluppo tecnologico e della rete ha portato infatti ad una politica generale di reciproca sorveglianza e cyberspionaggio che alcuni Stati avrebbero interesse a mantenere libera da stringenti regolamentazioni giuridiche. Sul punto, l'art. 26 afferma che ciascuno Stato parte adotta le misure necessarie per reprimere l'uso di strumenti informatici per commettere atti previsti come reato dagli accordi internazionali.

Con una formula di chiusura, il successivo articolo 29 statuisce che resta ferma la possibilità per ogni Stato parte della Convenzione di sanzionare qualsiasi condotta illecita, non rientrante nella Convenzione, commessa attraverso l'uso intenzionale di mezzi tecnologici e che provochi danni significativi.

Uno degli aspetti più rilevanti della proposta russa è rappresentato dall'auspicata inclusione nella futura Convenzione di adeguate forme di responsabilità delle persone giuridiche, non solo perché si riconosce il ruolo determinante degli organismi aziendali nelle strategie dei gruppi criminali, ma perché tale previsione si salderebbe idealmente con quanto già prevede l'art. 10 della citata Convenzione di Palermo.

Entrando nel dettaglio, l'articolo 30 del progetto russo impone agli Stati di adottare misure di responsabilità delle persone giuridiche per gli illeciti che saranno previsti dalla Convenzione, quando ricorre il requisito fondamentale della commissione a loro vantaggio da parte di qualsiasi persona fisica, che agisce individualmente o come parte dell'ente. In tal senso, si richiede che l'autore del reato ricopra una posizione apicale in virtù dell'attribuzione del potere di rappresentanza, del potere decisionale o



del potere di controllo all'interno dell'azienda. L'ente risponde anche se la mancanza di vigilanza o controllo da parte di una persona fisica con posizione apicale abbia reso possibile la commissione di un reato previsto dalla Convenzione da parte di una persona fisica che agisca sotto le direttive ed a beneficio di tale persona giuridica. Inoltre, si afferma che, fatti salvi i principi giuridici dello Stato parte, la responsabilità della persona giuridica può essere penale, civile o amministrativa, e che le sanzioni, anche quelle pecuniarie, devono essere effettive, proporzionate e dissuasive. Infine, la responsabilità dell'ente non pregiudica la responsabilità delle persone fisiche autrici del reato presupposto. Questa formulazione riecheggia chiaramente l'art. 10 della Convenzione di Palermo contro il crimine organizzato transnazionale, nella misura in cui, optando per un doppio binario di responsabilità, richiede una tutela effettiva a prescindere dal regime formale adottato dagli Stati parte.

#### 4.5. (segue) *La Cina.*

La relazione presentata dalla Cina si concentra sul tema della prevenzione come principio primario. In tal senso, si afferma la necessità di definire le responsabilità delle istituzioni pubbliche e dei soggetti privati nella prevenzione della criminalità. Sotto questo profilo, gli Stati dovrebbero formulare misure mirate di prevenzione della criminalità incoraggiando al contempo la partecipazione della società civile e la cooperazione tra il settore pubblico e quello privato. In primo luogo, si suggerisce l'istituzione di agenzie specializzate per lo sviluppo di politiche di prevenzione e di monitoraggio del *cybercrime*. A tal fine, nell'adozione delle misure di sicurezza, occorrerebbe tenere conto delle caratteristiche delle strutture da proteggere. Nel settore privato, tali precauzioni possono includere programmi di sicurezza e di emergenza per incidenti della rete, gestione di virus informatici e intrusioni in rete, conservazione delle informazioni registrate. Nel determinare le responsabilità dei fornitori di servizi di rete, deve osservarsi un principio di proporzionalità, tenendo conto delle differenze nelle capacità dei fornitori di servizi di rete di diverse dimensioni.

In generale, secondo i rappresentanti cinesi, la futura Convenzione dovrebbe, sulla base dello sviluppo attuale e futuro delle tecnologie e delle esigenze di contrasto al crimine, fornire una base giuridica flessibile.

In relazione alle fattispecie sanzionabili, si fa riferimento all'intrusione ed alla distruzione di strutture, sistemi, dati o infrastrutture di informazioni critiche. Ciò può includere l'accesso illegale ai sistemi informatici, l'interferenza illecita con i sistemi informatici, l'acquisizione illegale di dati informatici, o la violazione di infrastrutture informatiche critiche. Secondo la Cina, nella Convenzione dovrebbero includersi anche le attività criminali solo agevolate dalle tecnologie informatiche, tra cui estorsioni, frodi informatiche, pornografia e pedopornografia, violazioni del diritto d'autore, incitamento e realizzazione di atti di terrorismo. In considerazione della crescente "industrializzazione" del *cybercrime*, dovrebbe essere inclusa nell'ambito della criminalizzazione tutta la "catena" delle operazioni illecite, compresi gli aiuti e gli atti preparatori, come lo sviluppo, la vendita e la diffusione di programmi e dati per la

criminalità. Per quanto riguarda le "prove elettroniche", dovrebbe essere regolata l'identificazione delle prove di natura elettronica nei procedimenti giudiziari, comprese le modalità per identificarne l'autenticità, l'integrità e la pertinenza.

Inoltre, data la particolarità del cyberspazio, si consiglia di fornire standard guida su come determinare la giurisdizione ed evitare conflitti di giurisdizione. La giurisdizione dovrebbe basarsi su un legame effettivo con la realizzazione del reato, prediligendo, tra gli altri, il luogo in cui si verifica l'evento del reato, il luogo in cui viene commesso il reato e quello in cui si trova l'autore.

Due aspetti centrali della posizione espressa dai rappresentanti cinesi riguardano la cooperazione internazionale e l'impegno di assistenza tecnica e formazione reciproca. L'anonimato e l'*intelligence* delle attività criminali, insieme alla rapidità di occultamento delle prove elettroniche, rappresentano una grande sfida per i meccanismi di cooperazione internazionale. La raccolta di prove elettroniche transfrontaliere è necessaria per combattere l'uso della rete a fini criminali, ma nel far ciò gli Stati membri dovrebbero rispettare la sovranità dello Stato in cui si trovano le prove. Non dovrebbero quindi essere raccolti i dati conservati in Stati esteri da imprese o singoli individui o con mezzi tecnici eludendo le misure di protezione della rete, se ciò sia contrario alle leggi dello Stato estero. Ancora, nell'adottare mezzi di indagine tecnici e particolarmente invasivi, gli Stati membri dovrebbero attenersi ai principi del giusto processo e rispettare gli altri diritti fondamentali dei soggetti coinvolti. Su un diverso fronte, si auspica l'introduzione di misure di confisca e sequestro dei proventi dei reati informatici ed il rafforzamento della cooperazione internazionale in una logica di rapida ed efficace ablazione dei profitti illeciti.

Ciò detto, la relazione cinese ritiene strategico il tema dell'assistenza tecnica e dello scambio di informazioni. Sotto tale profilo, è essenziale colmare le disparità di risorse fornendo assistenza tecnica ai paesi in via di sviluppo e rafforzando lo scambio di informazioni.

Questa assistenza tecnica dovrebbe includere la formazione degli operatori giudiziari e di polizia, l'istituzione di gruppi di esperti con competenze tecnico-legali, lo sviluppo delle tecniche di indagine elettronica, e la fornitura di attrezzature e tecnologie.

A prescindere dalle petizioni di principio, l'aspetto fondamentale riguarderà la politica effettivamente adottata dai paesi citati.

#### 4.6. *La sorveglianza elettronica: uno strumento di difficile inquadramento.*

Come si è visto, nel contesto della nuova Convenzione un ruolo cruciale è attribuito dagli Stati partecipanti alle tecniche di sorveglianza elettronica. La nozione di "sorveglianza elettronica" è impiegata dall'art. 20 della Convenzione di Palermo e dall'art. 50 della Convenzione di Merida<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> Per un'analisi generale del tema, v. A. BALSAMO, *op. cit.*, p. 302 ss.

Gli studi condotti dall'UNODC<sup>43</sup> hanno sottolineato la particolare utilità e l'estrema ampiezza della categoria in esame, essendosi identificate 15 diverse tipologie, distinte a loro volta in quattro gruppi. Viene in rilievo, in primo luogo, l'audio-sorveglianza attraverso intercettazioni telefoniche (*phone-tapping*), il protocollo *Voice Over Internet* (VOIP) e le intercettazioni ambientali attraverso microspie (*room bugging*). In secondo luogo, l'UNODC cita la sorveglianza visiva, condotta attraverso dispositivi di videosorveglianza nascosti in immobili (*hidden video surveillance devices*), su automobili (*in-car video systems*), sulle persone (*body-worn video devices*), ovvero con termografia o rilevazione delle radiazioni infrarosse (*thermal imaging/forward looking infrared*), nonché con telecamere a circuito chiuso (CCTV). Ancora, le tecnologie odierne contemplano la sorveglianza mediante geolocalizzazione (*Global positioning systems - GPS/transponders*) o scansione della retina o delle altre informazioni biometriche (*biometric information technology*), utilizzata ad esempio negli aeroporti. Infine, la sorveglianza elettronica può sfruttare il monitoraggio delle celle utilizzate dai telefoni cellulari (*mobile phones*) o i dispositivi di identificazione a radiofrequenza (*Radio frequency identification devices-RFID*).

Ai fini della presente trattazione, vanno menzionate soprattutto le più innovative forme di sorveglianza sui dati, come gli *spyware* e i *cookies* utilizzati sui computer e su Internet, insieme alle altre tecniche utilizzate sui telefoni cellulari, come il *keystroke monitoring*.

Pertanto, nella nozione di "sorveglianza elettronica" rientrano tutti i nuovi strumenti investigativi, come il c.d. "captatore informatico"<sup>44</sup>, che, servendosi di meccanismi tecnologici, producono, di fatto, gli stessi effetti di una pluralità di altri mezzi di ricerca della prova, sia tipici che atipici, come le intercettazioni telefoniche, ambientali<sup>45</sup>, di comunicazioni informatiche o telematiche, la perquisizione di un sistema

<sup>43</sup> UNODC, *Current practices in electronic surveillance in the investigation of serious and organized crime*, United Nations, New York, 2009, p. 2.

<sup>44</sup> In proposito va segnalato che, tutte le volte in cui si parla di "captatore informatico" in ambito investigativo è necessario distinguere tra due diverse modalità operative: la *on line search* e la *on line surveillance*. I programmi appartenenti alla categoria della *on line search* (modalità acquisitiva di dati) consentono di far copia, totale o parziale, delle unità di memoria del sistema informatico individuato come obiettivo; i dati e le informazioni sono quindi trasmessi, in tempo reale o ad intervalli prestabiliti, agli organi di investigazione tramite la rete Internet in modalità nascosta e protetta. Attraverso i programmi che realizzano la *on line surveillance* (modalità captativa di flussi informativi) invece, è possibile captare il flusso informativo intercorrente tra le periferiche (video, tastiera, microfono, webcam, ecc.) e il microprocessore del dispositivo *target*, consentendo al centro remoto di controllo di monitorare in tempo reale tutto ciò che viene visualizzato sullo schermo (*screenshot*), digitato attraverso la tastiera (*keylogger*), detto attraverso il microfono, o visto tramite la webcam del sistema *target* controllato. Al riguardo v. M. TORRE, *Il virus di Stato nel diritto vivente tra esigenza investigative e tutela dei diritti fondamentali*, in *Diritto Penale e Processo*, 2015, 1163 ss., nonché A. BALSAMO – A. LO PIPARO, *Prova*, in *Processo di criminalità organizzata*, nel *Codice di Procedura Penale Commentato* a cura di A. GIARDA - G. SPANGHER, Tomo III, Wolters Kluwer, Milano, 2017.

<sup>45</sup> L'effetto captativo, peraltro, si esplica nei confronti di una cerchia di soggetti potenzialmente indeterminata, costituita da tutti coloro che ricadono nel raggio di azione del dispositivo "infettato" dal *trojan*. Si tratta, infatti, di captazioni che possono definirsi come "intercettazioni ambientali mobili", in contrapposizione a quelle "statiche" ottenute con il mezzo tradizionale delle microspie collocate all'interno di uno specifico immobile o mezzo di trasporto. Le nuove forme di captazione, invece, consentono di

informatico o telematico, il sequestro di dati informatici, le videoriprese<sup>46</sup>. L'esempio tipico è rappresentato dai programmi *trojan horse* installati riservatamente su dispositivi elettronici come *personal computer*, *tablet* o *smartphone*<sup>47</sup>.

Gli strumenti citati sono oggi fondamentali di fronte all'evoluzione del sistema globale delle comunicazioni, dipendenti in larga parte da sistemi telematici, a cui corrisponde una nuova strategia delle organizzazioni criminali, fondata sull'uso della tecnologia informatica anche per i reati soltanto cyber-correlati e non legati in senso stretto al *cybercrime*. Sul punto, è sufficiente rammentare, per citare i casi principali, come l'azione e la propaganda dei terroristi, il traffico internazionali della droga, il commercio illecito di beni culturali e il riciclaggio di denaro sporco siano basati oggi essenzialmente sulle comunicazioni effettuate attraverso la rete Internet. Sotto tale profilo, le nuove tecnologie di indagine<sup>48</sup>, che rientrano nella sorveglianza elettronica consentono di superare gli ostacoli che incontrano le intercettazioni tradizionali, rappresentati dai sistemi di criptazione delle comunicazioni di cui si servono i programmi utilizzati ogni giorno da milioni di persone.

Peraltro, in mancanza di una base giuridica adeguata che ne consenta l'impiego su obiettivi situati all'estero, e senza un'indispensabile opera di armonizzazione degli ordinamenti, che eviti la creazione di zone franche, la sorveglianza elettronica rischia di divenire un'arma spuntata. L'attività investigativa rischia di essere imbrigliata nei

---

raggiungere non solo l'individuo nelle più diverse manifestazioni della sua vita, ma anche i soggetti a lui vicini, senza alcun limite relativo ai luoghi di ascolto. V. sul punto A. BALSAMO – A. LO PIPARO, *Prova*, cit.

<sup>46</sup> Si tratta di *software* che acquisiscono determinati poteri di gestione di un sistema scelto come "obiettivo" (sia esso un *personal computer*, un *tablet* od uno *smartphone*), funzionando come una sorta di microspia telematica. Nelle versioni più evolute questi software possono operare come veri e propri sistemi di controllo remoto (RCS: *remote control systems*), e funzionare in modo autonomo, senza l'intervento diretto di persone responsabili. Sul punto v. A. TESTAGUZZA, *I sistemi di controllo remoto: fra normativa e prassi*, in *Diritto Penale e Processo*, 2014, p. 759 ss., nonché A. BALSAMO – A. LO PIPARO, *Prova*, cit.

<sup>47</sup> L'installazione del software sul sistema *obiettivo* (la c.d. "inoculazione") all'insaputa del suo possessore può essere compiuta o mediante un accesso fisico al computer obiettivo o grazie ad installazione remota (attraverso l'invio di allegati con messaggi di posta elettronica o l'invio di comunicazioni provenienti da gestori dei servizi di messaggistica o *social network* o l'invio di aggiornamenti di software o di applicazioni). Sul punto v. A. TESTAGUZZA, *Digital forensics. Informatica giuridica e processo penale*, Cedam, Padova, 2014, p. 81 ss., nonché A. BALSAMO – A. LO PIPARO, *Prova*, cit.

<sup>48</sup> Come la dottrina ha sottolineato, per intercettare le comunicazioni realizzate attraverso l'impiego di apparati mobili collegati a reti WI-FI "aperte" o effettuate da utilizzatori di sistemi crittografati, è necessario avvalersi di un modello diverso dalle intercettazioni telematiche "classiche", fondate sulla assistenza tecnologica degli operatori che forniscono un accesso alla rete e dirette alla acquisizione dei soli dati che vi fluiscano "in chiaro". Il *software trojan* si occupa della captazione della voce dell'utilizzatore e di quella dell'interlocutore dopo esser stata decifrata. Le informazioni così ottenute vengono mandate a *server* esterni, collocati presso la sala di ascolto. Ovviamente, questo avviene sfruttando la connettività del dispositivo elettronico scelto come "obiettivo": laddove questo non abbia connettività, infatti, le informazioni verranno salvate in locale ed inviate al *server* non appena risulti disponibile un collegamento alla rete. In sostanza tali *software* catturano quanto captato dal microfono e, conseguentemente, ogni qualvolta il computer risulti acceso con i microfoni attivati, potrà realizzarsi una vera e propria, intercettazione "ambientale". In proposito v. A. TESTAGUZZA, *Digital forensics*, cit., p. 81 ss., nonché A. BALSAMO – A. LO PIPARO, *Prova*, cit.

confini nazionali, senza poter frenare quindi la estrema mobilità che caratterizza, di contro, i traffici illeciti<sup>49</sup>.

Le nuove forme di indagine che la tecnologia mette a disposizione, tra cui la sorveglianza elettronica, possono essere pienamente sfruttate contro il crimine organizzato transnazionale se utilizzate in sinergia con altri strumenti, come l'assistenza giudiziaria reciproca e le *Joint investigations*, previsti dagli artt. 18 e 19 della Convenzione di Palermo.

Al riguardo, è molto significativa la previsione nel secondo paragrafo dell'art. 20 della Convenzione di Palermo, che incoraggia gli Stati parte a concludere accordi o intese bilaterali o multilaterali per l'impiego delle tecniche speciali di investigazione nel contesto della cooperazione internazionale, nel debito rispetto del principio di uguaglianza sovrana degli Stati. Le tecniche di sorveglianza elettronica devono dunque essere inserite nel più ampio quadro della cooperazione giudiziaria internazionale e delle indagini comuni, in modo da rafforzare il contrasto a tutte le condotte di utilizzazione illecita dei sistemi di comunicazione che risultano impermeabili alle tradizionali forme di captazione.

Ciò richiede, però, un netto potenziamento dello scambio di informazioni, dell'assistenza tecnica, della cooperazione giudiziaria e di polizia. Un ruolo di impulso verso questo obiettivo può essere svolto dal Meccanismo di Revisione della Convenzione di Palermo, che si concentra sulla possibilità di ricorrere alle forme di sorveglianza elettronica nell'ambito di indagini comuni condotte da più Stati.

Un importante passo avanti nella stessa direzione è stato compiuto con riferimento alla Convenzione di Merida, con l'approvazione, da parte della Conferenza degli Stati parte, della risoluzione 8/6, che incoraggia la conclusione di accordi bilaterali e plurilaterali per l'uso di tecniche investigative speciali nella cooperazione internazionale finalizzata alle indagini su condotte di corruzione di natura transnazionale.

Questa strategia dovrebbe essere adottata anche nel contrasto al cybercrime, sia in occasione dell'implementazione delle Convenzioni già in vigore, sia con riferimento alla nuova Convenzione delle Nazioni Unite contro l'uso delle tecnologie per scopi criminali. Una regolamentazione unitaria è necessaria non solo per una più efficace repressione dei reati informatici, ma anche per garantire una tutela dei diritti omogenea tra i diversi ordinamenti, considerato l'alto potenziale intrusivo degli strumenti citati nella sfera privata dei cittadini.

## 5. Conclusioni: i possibili scenari e l'esigenza di tutelare i diritti fondamentali.

Nel loro insieme, le relazioni presentate dagli Stati partecipanti hanno rivelato alcuni ostacoli politici, ideologici e sostanziali alla creazione di un nuovo trattato sulla criminalità informatica.

---

<sup>49</sup> A. BALSAMO, *op. cit.*, p. 306.

In un'epoca in cui il cyberspazio è oggetto di contesa, il multilateralismo fatica a costruire fiducia tra i paesi. Data la mancanza di trasparenza che caratterizza l'opera di alcuni Stati nella lotta agli attacchi informatici, ci si è chiesti se essi vogliano realmente una convenzione che rischierebbe di evidenziare e punire determinate pratiche. Tuttavia, la gamma di minacce rivolte agli Stati ed ai cittadini induce a prefigurare un positivo esito degli sforzi messi in campo per la creazione di questo nuovo strumento normativo.

Occorre comunque scongiurare il pericolo che i nuovi strumenti possano essere utilizzati per comprimere i diritti umani e la libertà di espressione. Nel settore privato, le nuove disposizioni potrebbero rendere più facile prevenire e controllare attività *online* illegali, ma allo stesso tempo è necessario garantire la fiducia degli operatori nel sistema.

Le discussioni sul crimine informatico hanno visto contrapporsi due poli, ossia l'Europa occidentale e l'asse formato dalla Cina, dalla Russia e da alcuni Stati dell'Est Europa, con in testa l'Ungheria. Come si è visto, la Russia ha presentato una bozza di convenzione, mentre la Convenzione di Budapest sarà considerata lo standard dai paesi dell'Europa occidentale e potenzialmente anche da altri Stati membri.

Dati questi due poli, secondo alcuni commentatori<sup>50</sup>, si delineano quattro possibili scenari per l'esito dei negoziati.

In primo luogo, si può ipotizzare che la convenzione sia in linea con la bozza russa. Nel corso degli anni, le proposte della Russia si sono avvicinate al contenuto della Convenzione di Budapest. Ma rimangono alcune perplessità degli Stati, essendo improbabile che una convenzione con una visione restrittiva in tema di sovranità digitale, proprietà dei dati e diritti umani venga adottata a maggioranza e non finalizzata tramite il metodo del *consensus*, sebbene durante tutto il processo sia richiesta una maggioranza di due terzi. Un simile scenario accrescerebbe il ruolo della Russia e della Cina nello sviluppo delle capacità di contrasto al *cybercrime* tra i firmatari, ma non farebbe molto per facilitare la cooperazione internazionale. L'adozione di una convenzione guidata dalla Russia è stata vista da alcuni commentatori come un possibile passo indietro per i diritti umani e la libertà di espressione *online* e una sfida per le aziende internazionali che operano nei paesi che la adottano.

In secondo luogo, si potrebbe prospettare una soluzione di mediazione. La previsione di una maggioranza dei due terzi si presta a questa conclusione, che porterebbe a soluzioni comuni sulla terminologia adottata, lasciando un maggiore spazio all'interpretazione da parte delle autorità nazionali. Tutto ciò consentirebbe probabilmente un'adesione diffusa, così come è avvenuto per la Convenzione delle Nazioni Unite di Palermo contro il crimine organizzato transnazionale, che è adottata quasi universalmente, in virtù della sua flessibilità. Ciò potrebbe fornire una guida per la criminalizzazione e creare nuovi orientamenti per la cooperazione internazionale. Inoltre, potrebbe anche qui prevedersi un meccanismo di revisione per aumentare la trasparenza generale nella cooperazione nella lotta alla criminalità informatica e per il monitoraggio dell'attuazione e della comprensione del suo impatto.

---

<sup>50</sup> S. WALKER - I. TENNANT, *Control, Alt, or Delete? The Un cyber crime debate enters a new phase*, cit., p. 24.



Un terzo scenario è rappresentato da una sostanziale riproposizione, ad un livello più esteso, della Convenzione di Budapest. Un trattato di tale contenuto accrescerebbe l'adesione ai valori del Consiglio d'Europa, conferendo a quel quadro normativo il sigillo delle Nazioni Unite. Anche in questa ipotesi, non si avrebbe un aumento della cooperazione internazionale, data la mancata adesione di alcune grandi potenze. Si potrebbe eventualmente rafforzare la cooperazione tra l'Occidente e i nuovi Stati firmatari. Lo scenario tracciato innalzerebbe gli standard di tutela diritti umani e sarebbe maggiormente accettabile anche per il settore privato, che sta già lavorando con le disposizioni di Budapest.

Infine, è possibile che i negoziati siano talmente paralizzati dai veti incrociati da non ottenere alcun risultato. Ciò rappresenterebbe un fallimento per il multilateralismo, e lascerebbe frammentata la cooperazione internazionale sulla lotta alla criminalità informatica.

In conclusione, le sfide imposte dalla rivoluzione digitale rappresentano un importante banco di prova per il penalista. Se il crimine organizzato transnazionale negli ultimi decenni ha esteso l'ambito spaziale del contrasto ai reati, il *cybercrime* invece sposta la contesa su un universo radicalmente alternativo, retto da regole diverse e privo dei riferimenti spaziali e temporali di cui il diritto penale tradizionalmente si nutre<sup>51</sup>. Di fronte ad una criminalità dematerializzata e senza confini geografici, in grado di colpire dovunque nel mondo e in qualunque momento, viene portata all'estremo l'esigenza di internazionalizzazione della prevenzione e repressione dei reati.

Gli aspetti principali con cui la nuova Convenzione delle Nazioni Unite dovrà confrontarsi sono quelli dell'armonizzazione degli ordinamenti e della specializzazione degli operatori. In tal senso, è indispensabile elevare gli standard di tutela a livello internazionale, per evitare che si creino "zone franche" esposte agli attacchi *hacker*. Soprattutto, è urgente provvedere alla formazione di una cultura della *cybersecurity* in tutti gli operatori giuridici e nelle realtà aziendali, in quanto alla dirompente espansione degli strumenti telematici non è corrisposta una adeguata consapevolezza dei rischi criminogeni derivanti dalla rete<sup>52</sup>.

Infine, tutti gli Stati partecipanti al futuro strumento giuridico hanno auspicato che il contrasto al *cybercrime* avvenga nel rispetto dei diritti fondamentali, nell'ambito di un bilanciamento degli interessi in gioco, come la sicurezza, da una parte, e la privacy e la libertà personale e di comunicazione, dall'altra. Come si è visto, infatti, alla pervasività dei reati informatici corrisponde una notevole incidenza delle tecniche di indagine nella sfera privata dei cittadini<sup>53</sup>. Il non facile compito degli Stati sarà allora il raggiungimento di un adeguato equilibrio, per evitare che il contrasto alle nuove forme di criminalità vanifichi le conquiste e le possibilità, anche in termini di libertà, offerte dal cyberspazio.

---

<sup>51</sup> Una riflessione recente si deve a L. PICOTTI, *Cybersecurity: quid novi?*, in *Dir. Internet*, 2020, pp. 13 ss.

<sup>52</sup> Per un approfondimento sull'importanza della *compliance* aziendale nell'ambito dei reati informatici, *ex multis*, V. DEZZANI-PICCINNI, *Gli strumenti di sorveglianza aziendali per la prevenzione dei crimini informatici quali reati presupposto nell'ambito di applicazione del D.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. Soc. ed enti*, n. 2/2011.

<sup>53</sup> In tema di captatore informatico e virus trojan, M. TORRE, *op. cit.*



**REATO ASSOCIATIVO E CONCORSO DI PERSONE  
TRA TEORIA E PRASSI:  
IL CASO DEL CONCORSO NEL REATO CONTINUATO <sup>(\*)</sup>**

di Siro De Flammineis

*Il modello di disciplina indifferenziata del concorso di persone nel reato ha posto nella prassi giurisprudenziale costanti problematiche di tipizzazione degli elementi costitutivi della fattispecie, anche al fine di distinguere il fatto eventualmente concorsuale dal reato associativo. L'aspetto della causalità del contributo del partecipe, con le connesse questioni legate alla sua spiegazione logico-scientifica ed al ragionamento probabilistico, e della durata temporale dell'apporto contributivo rappresentano due criteri centrali per l'interpretazione e qualificazione del fatto. Una figura che si pone a cavaliere tra le due fattispecie a confronto è quella del concorso di persone nel reato continuato, il cui perimetro deve essere correttamente definito per garantirne adeguata autonomia.*

SOMMARIO: 0. Premessa. – 1. Le questioni aperte sul modello indifferenziato nel concorso di persone. – 1.1. I riflessi nel rapporto con i reati associativi. – 2. I criteri di differenziazione tra concorso di persone e reati associativi. – 2.1. Il criterio della direzione oggettiva e causale del contributo. – 2.2. Il criterio della durata dell'organizzazione. – 3. Gli approdi interpretativi in caso di reato concorsuale continuato, le differenze con il reato associativo. – 4. Problematiche in conclusione.

**0. Premessa.**

È ampia la congerie di problematiche interpretative suscettibili di proporsi nei casi di intersecazione tra reato concorsuale (eventuale) e reato associativo.

Ciò può succedere, però, ed è bene chiarirlo subito, perché nel confronto tra l'istituto del concorso di persone e le fattispecie di reato associativo si comparano grandezze omogenee: entrambe le tipologie di fattispecie riguardano norme incriminatrici; si tratta di due insiemi simili ma paralleli e con reciproca autonomia.

Questo assunto non è affatto scontato poiché la prassi applicativa, come si vedrà in seguito, ha spesso trasformato il concorso di persone nella mera descrizione di singoli fatti collegati tra di loro anziché di un fatto unitario ed autonomo.

---

<sup>(\*)</sup> Testo rivisto della relazione tenuta in occasione del corso organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura sul tema “*Profili problematici in tema di tentativo e concorso di persone nel reato*”, Napoli, 3-5 novembre 2021.

Essendo, dunque, sia quella prevista dall'art. 110 c.p. che quella associativa forme di manifestazione del reato, una che prevede la partecipazione eventuale di persone, l'altra che si configura con la partecipazione necessaria, le assonanze sono diverse ma gli spazi di autonomia sono ben definiti. Ciononostante, possono emergere nel concreto delle situazioni problematiche di sovrapposizione o confusione tra le figure che richiedono di essere risolte, affinché l'interprete possa indirizzarsi verso l'una o l'altra delle soluzioni.

## 1. Le questioni aperte sul modello indifferenziato nel concorso di persone.

Per cogliere allora in modo congruo i momenti di contatto e quelli di distacco tra le due fenomenologie e prima ancora tra i due fatti giuridici, occorre inquadrare i modelli e le scelte di disciplina effettuate dal legislatore, specie con riferimento al concorso di persone nel reato.

Per questo si può fare un piccolo salto indietro nel tempo, per ricercare alcuni strumenti di comprensione che possono servire per muoversi meglio nell'attualità e sminare alcune logiche. Nelle codificazioni preunitarie, infatti, sotto la spinta dei principi illuministici veniva individuata una piattaforma di principi comuni su cui hanno operato i legislatori nazionali; tale architettura si caratterizzava in particolare per una sentita suddivisione tra le figure dei compartecipi e dei ruoli da essi assunti nella realizzazione del reato<sup>1</sup>. Allo stesso modo una predisposizione italiana per le formule della fattispecie differenziata si coglie dalla lettura delle soluzioni codicistiche a partire dal codice veronese del 1797 fino al codice penale del Granducato di Toscana del 1853.

E tuttavia, la casistica giurisprudenziale aveva messo in luce l'evanescenza del modello differenziato di disciplina del concorso di persone, ovvero delle frammentarie formule definitorie adottate e l'ambiguità di molte tipologie di contributi, tanto che si giungeva all'arbitrio per cui il giudice qualificava la condotta alla luce della pena che intendeva infliggere, così invertendo la fase del giudizio e quella della valutazione<sup>2</sup>. Già con quel modello, pertanto, avveniva in sede di giudizio una sostituzione della prova con il fatto: anziché determinare la nervatura del ruolo del concorrente si valorizzava il

---

<sup>1</sup> Questa distinzione di condotte viene affrontata dal c.p. francese del 1791, e poi in quello del 1810 (e resta invariata anche nella riforma del c.p. francese del 1994) che nel Libro II, agli artt. 59 e 60 distingue tra *complices* ed *auteurs*, puniti con la stessa pena e considera i primi "*qui, par dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables, auront provoqué à cette action, ou donné des instructions pour la commette; Ceux qui auront procuré des armes, des instruments, ou tout autre moyen qui aura servi à l'action, sachant qu'ils devaient y servir; Ceux qui auront, avec connaissance, aidé ou assisté l'auteurs de l'action, dans les faits qui l'auront préparée ou facilitée, ou dans ceux qui l'auront consommée; [...]*". In seguito, il legislatore prussiano (come già nel codice bavarese) avrebbe distinto tra "autore intellettuale" e "complice"; del resto in Germania si fa risalire al *code pénal* l'origine dell'attuale separazione tra istigatore e complice, così ROXIN, *Leipziger Kommentar*, par. 25 n.15. Si veda per la disciplina francese LANGUI, *Il diritto penale della Rivoluzione francese e dell'Impero*, per quella tedesca VOLK, *L'influenza del diritto penale della Rivoluzione francese e dell'Impero sulle codificazioni tedesche*, entrambi in *Diritto penale dell'Ottocento. I codici preunitari e il codice Zanardelli*, a cura di VINCIGUERRA, 41 ss. e 56 ss., Padova, 1999.

<sup>2</sup> A tal proposito SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987, 29 ss., 178 ss.

peso delle prove a suo carico. L'applicazione di quel sistema aveva peraltro reso concreto anche il rischio di sentenze assolutorie nei confronti di concorrenti di cui, sebbene avessero contribuito alla commissione di un reato, non si poteva determinare con certezza il ruolo nell'illecito.

Inoltre, la tecnica normativa della suddivisione di ruoli lasciava pur sempre indefinito il criterio oggettivo minimo di rilevanza penale delle singole condotte dei concorrenti. In effetti, ad esempio, accanto alla causalità condizionante, un sistema spiccatamente differenziato come quello tedesco ha portato a maturazione il criterio di rilevanza, aggiuntivo piuttosto che alternativo, della causalità agevolatrice per riempire le lacune lasciate aperte dalla distinzione normativa dei ruoli<sup>3</sup>.

La soluzione del modello indifferenziato di Rocco, sempre senza indicare espressamente il parametro indispensabile per l'attribuzione di rilievo penale ai singoli apporti concorsuali, individuato solo nei lavori preparatori nel criterio condizionale, ha lasciato da subito al giudice il compito di configurazione delle singole condotte nei casi concreti attraverso procedimenti induttivi, riconosciuta la difficoltà che tale operazione potesse avvenire *una tantum* ed in via di astrazione normativa<sup>4</sup>.

Ed allora, sia nel modello differenziato di disciplina del concorso di persone che in quello indifferenziato adottato nel nostro sistema penale, il punto, resta pur sempre quello di determinare il criterio minimo di imputazione dei contributi atipici.

Su questo aspetto, invero, giurisprudenza e dottrina non sono particolarmente allineate, anzi la dottrina ha spesso mosso dure critiche a certe impostazioni giurisprudenziali dettate da esigenze di incriminazione di fatti concorsuali ricchi di disvalore ma poco definiti nel perimetro della legalità previsto dal codice e ancor più dal divieto costituzionale di responsabilità per fatto altrui.

In generale, la giurisprudenza maggioritaria è ferma nel sostenere che *“ai fini della configurabilità del concorso di persone nel reato, il contributo concorsuale assume rilevanza non solo quando abbia efficacia causale, ponendosi come condizione dell'evento lesivo, ma anche quando assuma la forma di un contributo agevolatore, e cioè quando il reato, senza la condotta di agevolazione, sarebbe ugualmente commesso, ma con maggiori incertezze di riuscita o difficoltà”*<sup>5</sup>. Si afferma ancora che: *“in tema di concorso di persone nel reato, la volontà di*

<sup>3</sup> Mette in luce questo aspetto ed i limiti del sistema tedesco PELISSERO, *Il contributo concorsuale tra tipicità del fatto ed esigenze di commisurazione della pena. Paradigmi teorici e modelli normativi*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, a cura di DOLCINI e PALIERO, vol. II, 2006, 1626.

<sup>4</sup> Si afferma nella *Relazione ministeriale sui Lavori preparatori al c.p.*, Parte I, volume V, cit., 166 che una distinzione normativa dei contributi sotto il profilo della rilevanza causale *“non è neanche possibile nella contemplazione dei casi della pratica, dall'esame dei quali, invece, si apprende che la preordinata catalogazione dell'entità dell'apporto di ciascun concorrente non può che essere arbitraria, perché in concreto il giudizio è in relazione ad una infinità di circostanze, che sono sottratte ad ogni previsione, essendo il loro valore diverso, nelle innumerevoli modalità dei fatti”*. Si afferma ancora che *“la dottrina e la giurisprudenza si sono invano affaticate a ricercare un criterio sicuro, per distinguere, nel concorso di più persone nel reato, le ipotesi di correttezza e quelle di complicità”* poiché una distinzione dei contributi sul piano causale non è ravvisabile nella prassi e dunque non è consacrabile in sede di astrazione normativa.

<sup>5</sup> Così Cass., sez. IV, sent. n. 15264 del 19 dicembre 2008-9 aprile 2009, in *Guida dir.*, n.21, 2009, 92. Da ultimo negli stessi termini Cass., sez. IV, sent. n. 52791 del 08/11/2018, Rv. 274521; in applicazione di questo principio la Corte ha ritenuto immune da censure la sentenza che aveva affermato la responsabilità, a titolo

*concorrere non presuppone necessariamente un previo accordo o, comunque, la reciproca consapevolezza del concorso altrui, in quanto l'attività costitutiva del concorso può essere rappresentata da qualsiasi comportamento esteriore che fornisca un apprezzabile contributo, in tutte o alcune fasi di ideazione, organizzazione od esecuzione, alla realizzazione dell'altrui proposito criminoso. Ne deriva che a tal fine assume carattere decisivo l'unitarietà del "fatto collettivo" realizzato che si verifica quando le condotte dei concorrenti risultino, alla fine, con giudizio di prognosi postumo, integrate in unico obiettivo, perseguito in varia e diversa misura dagli imputati, sicché è sufficiente che ciascun agente abbia conoscenza, anche unilaterale, del contributo recato alla condotta altrui. (In applicazione di questo principio la S.C. ha ritenuto immune da censure la decisione con cui il giudice di appello ha confermato l'affermazione di responsabilità - a titolo di concorso in falso ideologico - degli imputati che, pur in assenza di un esplicito accordo con un notaio che aveva formato una falsa autentica di firma, si erano limitati a sfruttare la prassi seguita presso il suo studio e da essi conosciuta, di autenticare dichiarazioni di vendita già sottoscritte anche in assenza del sottoscrittore)"<sup>6</sup>.*

Nello stesso filone l'opzione adottata in giurisprudenza che, per qualificare il contributo concorsuale apprezzabile, utilizza il parametro della *causalità efficiente*, nel senso che il contributo atipico – sia esso materiale e morale –, per integrare i requisiti dell'art. 110 c.p., deve avere efficacemente *facilitato* l'attività criminosa degli altri concorrenti<sup>7</sup>.

Dunque, la scelta della giurisprudenza, nella consapevolezza che quella del condizionalismo sia una via sghemba, è quella di adottare il parametro della casualità agevolatrice, facilitatrice o efficiente; si tratta di stilemi molto elastici, formule allotropiche che in realtà sottintendono l'esigenza, nei casi dei contributi atipici, di un giudizio *ex post* che certifichi "l'unitarietà del fatto collettivo" e quindi un'analisi empirica della fattispecie. Tuttavia, tali formule rischiano di nascondere un vuoto di sostanza e quindi il risultato diventa sempre lo stesso: nelle argomentazioni dei provvedimenti giudiziari la prova del fatto rischia di prendere il posto dello stesso fatto legale sostanziale non pre-determinato. Ancora, questi stilemi diventano nella prassi delle modalità descrittive di fatti che in realtà nascondono una sostituzione delle prove con gli elementi costitutivi dei fatti, è la processualizzazione del concorso di persone ovvero una tipizzazione giurisprudenziale dei requisiti di rilevanza penale dei contributi atipici, incerti nella norma di riferimento.

In altre parole, il parametro della facilitazione data dal contributo produce in concreto uno spostamento di giudizio dalla definizione dei requisiti della condotta penalmente rilevante all'elencazione delle evidenze processuali ed alla loro misurazione in termini di gravità. Non importa, cioè, il tipo di condotta realizzata e se risponda a tutti i requisiti oggettivi di legalità e tipicità penale – non essendoci un tipo predefinito dal punto di vista del rapporto oggettivo con l'evento –, importa invece che le prove

---

di concorso nel reato di detenzione e cessione di sostanze stupefacenti, dell'imputato che aveva svolto la funzione di "vedetta", con il compito di avvisare i concorrenti, dediti all'attività di spaccio, dell'arrivo della polizia giudiziaria.

<sup>6</sup> Cass., sez. V, sent. n. 25894 del 15.5.2009, Rv. 243901.

<sup>7</sup> Vds. ad esempio, Cass., sez. IV, sent. n. 1236 del 16/11/2017, Rv. 271755.



dimostrino che la condotta abbia avuto un effetto facilitatore rispetto al fatto. Ma come verificare questo effetto non è affatto chiaro.

Anche alla luce di questi effetti perversi, sono state costanti le critiche della dottrina all'impostazione giurisprudenziale descritta.

In effetti, le formule dell'agevolazione sono formule prive di adeguata determinatezza e precisione, non essendo indicato il criterio attraverso il quale si dovrebbe delineare l'aiuto; ed allora la definizione del contributo rilevante diventa in questo modo esclusivamente un problema di prova dello stesso, invertendo l'ordine dei fattori. Questa inversione però non rende il medesimo risultato perché il paradigma legale del disvalore della condotta e del ruolo causale con l'evento resta incerto. Il meccanismo razionale che si crea è il seguente: raccogliamo le prove di ciò che ha realizzato Tizio nell'ambito di un fatto collettivo e se il peso e la gravità delle stesse prove è sufficiente si potrà in qualche modo dire che tale condotta ha agevolato anche Caio e Sempronio.

Si tratta in definitiva degli stessi effetti distorti che venivano rilevati in presenza del modello differenziato di disciplina del concorso di persone.

Inoltre, il criterio dell'agevolazione pecca di un difetto notevole: si rischia di non poter ricomprendere i cc.dd. contributi inutili o dannosi, quelli cioè che non hanno fornito in concreto un aiuto o agevolato in alcun modo materialmente la realizzazione del reato. In questi casi, infatti, la giurisprudenza tende a inquadrare le condotte come contributi morali: se nessuna agevolazione materiale ha dato il contributo inutile o dannoso, si sostiene, allora può essere ritenuto comunque penalmente rilevante qualificandolo come contributo morale. Dunque, un altro effetto dello spostamento di giudizio dal fatto alla prova è la trasformazione dei contributi materialmente inefficaci in contributi morali. Resta però insuperata la questione del giudizio sulla rilevanza causale scientifica dell'apporto morale rispetto all'evento di reato ovvero, ancora peggio, rispetto alle altre condotte dei concorrenti. Questa trasformazione dei contributi materialmente inutili in contributi efficaci dal punto di vista morale, operata dagli interpreti, non scioglie dunque il nodo della questione o, forse, lo complica, perché l'accertamento avente ad oggetto la causalità psichica risente di difficoltà scientifiche non di poco momento o, appunto, probabilmente maggiori.

Di queste difficoltà di dimostrazione probatoria ne risente, larvatamente, la prassi giudiziaria nella scarsa descrizione dei contributi morali che si rinviene nelle imputazioni ma anche nelle argomentazioni dei provvedimenti. Non ci si sofferma troppo a descrivere la tipicità di questi contributi perché si rischia di girare a vuoto.

Si veda, per tutte, la posizione giurisprudenziale per cui per la configurabilità del concorso di persone nel reato *"è necessario che il concorrente abbia posto in essere un comportamento esteriore idoneo ad arrecare un contributo apprezzabile alla commissione del reato, mediante il rafforzamento del proposito criminoso o l'agevolazione dell'opera degli altri concorrenti e che il partecipe, per effetto della sua condotta, idonea a facilitarne l'esecuzione, abbia aumentato la possibilità della produzione del reato. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto configurabile il concorso nel delitto di sostituzione di persona di un soggetto che, pur non avendo*

*mai dichiarato il falso nome e la falsa qualità, aveva inequivocabilmente prestato acquiescenza alla altrui dichiarazione falsa, utilizzando ripetutamente in concreto la falsa identità*<sup>8</sup>.

Questa impostazione giurisprudenziale rende davvero elastico il criterio di rilevanza penale oggettiva del contributo, mascherando l'evidente difficoltà di dimostrazione scientifica e statistica del criterio dell'"aumento di possibilità" derivante dalla condotta di "prestare acquiescenza".

Nonostante le critiche mosse a questa protervia dell'interpretazione giurisprudenziale sul criterio di rilevanza oggettivo-causale del contributo atipico, anche in dottrina però ci si è resi conto che la nozione giuridica di causa dell'art. 40 c.p. come condizione necessaria dell'evento<sup>9</sup> si è dimostrata nella prassi incapace di esprimere appieno le potenzialità applicative della tipicità dell'illecito plurisoggettivo. Le ragioni di questo insuccesso del momento applicativo per il combinato degli artt. 40 e 110 c.p. sono molteplici e vanno individuate *in primis* nel fatto che non sempre l'art. 110 c.p. si integra con una fattispecie di reato di evento in senso naturalistico<sup>10</sup>; pertanto, già la considerazione per cui in molte ipotesi di illecito plurisoggettivo deve rintracciarsi un nesso tra sole condotte evidenzia la non completa compatibilità tra le due norme. In secondo luogo, ancorché un evento, di danno o di pericolo, venga prodotto, il giudizio controfattuale richiesto come metodo di accertamento della condizione, modulato secondo la legge scientifica di copertura, rischierebbe di escludere dall'ambito di rilevanza penale molte ipotesi di complicità, seppur connotate di disvalore sociale e dunque meritevoli di pena, perché spesso non essenziali alla commissione del reato secondo i canoni probabilistici. Non si possono comprendere fenomeni così complessi, infatti, facendo riferimento a processi eziologici scientificamente misurabili (*species* per le ipotesi di concorso morale). Inoltre, anche se condizione necessaria alla determinazione dell'evento *hic et nunc*, la condotta di complicità nella maggior parte delle ipotesi non è sufficiente da sola a realizzare l'illecito, che è il risultato solo di un

---

<sup>8</sup> Così Cass., sez. V, sent. n. 43569 del 21/06/2019, Rv. 276990.

<sup>9</sup> La teoria della *conditio sine qua non* come spiegazione del rapporto di causalità viene fatta risalire alla concezione nomologico-deduttiva elaborata *in primis* dall'epistemologia neopositivista di CARNAP, *Philosophy and Logical Syntax*, London, 1935 e HEMPEL, *Aspetti della spiegazione scientifica*, Milano, 1986. Per la dottrina penalistica, in particolare l'opera di STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale. Il nesso di condizionamento fra azione ed evento*, Milano, 1975 e ristampa integrata con il saggio *La nozione penalmente rilevante di causa*, Milano, 1990, secondo cui è causa la "condizione conforme a legge"; ID., voce *Rapporto di causalità*, in *Enc. giur.*, XXV, 1991, 8; in giurisprudenza il primo accoglimento di questa teoria si deve a Cass., sez. IV, 06/12/1990, Bonetti, in *Cass. pen.*, 1992, 2726.

<sup>10</sup> Su questa critica le osservazioni di GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957, 58; PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano, 1966, 50 ss.; VIGNALE, *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, 1362. Si pensi all'ipotesi in cui più soggetti si accordino per porre in essere un omicidio, laddove ognuno realizza una condotta diversa: chi acquista l'arma, chi acquista i proiettili, chi spara e chi infine ha solo il compito di studiare gli spostamenti e gli orari quotidiani della vittima; ebbene, isolando la condotta di quest'ultimo soggetto, sarebbe davvero arduo in sede processuale rinvenire una legge scientifica o statistica che colleghi efficacemente questa condotta con l'evento finale della morte: essa è condizione necessaria o semplicemente funzionale all'illecito?

complesso di cause (cioè di condotte e fattori alternativi) e, dunque, non resiste al giudizio controfattuale.

Dunque, la complessità del criterio indifferenziato di disciplina del concorso di persone si impenna decisamente sul tema del nesso causale oltre che sulle problematiche relative all'elemento soggettivo.

### 1.1. I riflessi nel rapporto con i reati associativi.

Ora occorre riflettere su come incide la questione interpretativa sin qui delineata con i rapporti tra reato concorsuale *ex art. 110 c.p.* e reato associativo.

Si è detto che nel concorso di persone si presuppone (nei casi di concorso doloso) un accordo tra più soggetti – che può essere anche implicito o di fatto<sup>11</sup> – ovvero, in mancanza di un preciso accordo, una qualche forma di organizzazione nelle fasi dell'ideazione o di esecuzione del reato. In effetti, è proprio la connessione tra le condotte dei concorrenti che, dando vita e forma ad una struttura volta alla realizzazione del reato, costituisce la fattispecie concorsuale punita dalla norma incriminatrice.

Una certa concezione del concorso di persone pone proprio al centro l'organizzazione che si genera nel momento della realizzazione plurisoggettiva del reato. Questa concezione postula l'esistenza anche nella fattispecie concorsuale *ex art. 110 c.p.* di un autentico rapporto associativo, costituitosi attraverso la congiunzione tra i singoli apporti, valutati nella concretizzazione del reato e non nel momento dell'accordo e per l'incontro di volontà che lo costituisce<sup>12</sup>. Tale impostazione, dunque, considera il concorso come un'organizzazione al reato e cioè come un'entità ulteriore rispetto all'evento lesivo o alla condotta complessiva. In altri termini, si precisa che il contributo del concorrente deve essere apprezzato nella sua relazione con l'elemento intermedio dell'organizzazione complessiva, prescindendo dalla verifica della diretta causazione dell'evento o dell'azione tipica. Il momento organizzativo, dunque, costituirebbe, in base a questa interpretazione, l'aspetto principale del fenomeno concorsuale non solo dal punto di vista politico criminale<sup>13</sup>, ma anche tecnico oggettivo. Per distinguere, inoltre, il concetto di organizzazione valido nella descrizione dell'illecito plurisoggettivo eventuale da quello insito nei reati associativi a concorso

---

<sup>11</sup> Cfr. Cass. cit. sub nota 5, secondo cui non sarebbe necessario uno specifico previo accordo tra i concorrenti ma sarebbe sufficiente che un concorrente abbia la consapevolezza di contribuire ad una condotta altrui, e che tale contributo sia apprezzabile oggettivamente rispetto al risultato.

<sup>12</sup> Principale sostenitore di questa tesi INSOLERA, voce *Concorso di persone nel reato*, in *Digesto, disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, 498, e aggiornam., vol. I, 2000, 462 ss.; inoltre, ID., *Causalità, e reati plurisoggettivi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 570.

<sup>13</sup> Il richiamo al momento associativo, invero, era stato già affrontato da altra dottrina, cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2003, 553 ss., piuttosto come giustificazione politico criminale della previsione di cui all'art. 110 c.p. che come criterio di descrizione della tipicità oggettiva del concorso di persone. Ha affermato questo Autore, infatti, senza tuttavia individuare con precisione un criterio di rilevanza dei contributi, che nella fattispecie concorsuale "le varie azioni dei partecipanti non possono guardarsi isolatamente, in quanto non sono che parti di un'operazione unica".

necessario, si stabilisce un'equazione tra concorrere *ex art.* 110 c.p. e contribuire adeguatamente all'organizzazione dell'illecito; la tipicità del contributo concorsuale dovrebbe cioè apprezzarsi attraverso un giudizio di *concreta adeguatezza* all'organizzazione complessiva (in giurisprudenza si parlerebbe di *contributo apprezzabile* all'organizzazione)<sup>14</sup>.

Questa impostazione ha la caratteristica di anticipare il giudizio di tipicità, in uno con il criterio di imputazione del fatto, dal momento finale dell'offesa al momento cronologicamente antecedente della compenetrazione tra condotte<sup>15</sup>. Il secondo termine della relazione causale con le condotte di concorso è, quindi, l'organizzazione complessiva e non l'evento finale. In particolare, la visione anticipata consente di ricomprendere nell'area del penalmente rilevante tutti i contributi atipici che ad un'analisi *ex post* sono risultati non necessari alla realizzazione dell'illecito (c.d. contributo inutile), ma ciononostante si sono mostrati rilevanti perché inseriti funzionalmente nella vicenda complessiva<sup>16</sup>. Inoltre, questa opzione è specialmente utile nelle ipotesi di esecuzione frazionata del reato di pura condotta, dove non è possibile valutare l'apporto causale-condizionale delle singole frazioni di condotta, né sono efficaci i parametri della contestualità o della tipicità parziale<sup>17</sup>.

La teoria in questione non è però esente da critiche, perché porta con sé le stesse intrinseche debolezze delle teoriche che individuano nell'idoneità *ex ante* del contributo a produrre l'evento lesivo il parametro di rilevanza penale dello stesso, prescindendo, come invece sarebbe richiesto dal principio di offensività, dall'accertamento dell'efficacia in concreto ed *ex post* rispetto al fatto che si è realmente verificato.

Inoltre, tale teoria solleva il problema della distinzione, non del tutto chiarita, tra concorso eventuale e condotta tipica di partecipazione in un reato a plurisoggettività necessaria; l'eccessiva focalizzazione sul requisito dell'organizzazione rischia di sbiadire i confini tra le due fattispecie: se un soggetto può "far parte" sia dell'organizzazione "eventuale" volta alla realizzazione di un reato sia dell'organizzazione che è il reato, bisognerebbe spiegare anche quale peso e valore hanno le due specie di partecipazione e di organizzazione<sup>18</sup>. Ed inoltre, anche per l'accertamento dei reati associativi è richiesta una valutazione *ex ante* della capacità della struttura organizzativa e dei contributi dei sodali ad essa, i produrre le finalità illecite programmate.

<sup>14</sup> Cfr. INSOLERA, voce, cit., 472.

<sup>15</sup> Sotto questo aspetto anche VIGNALE, *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, 1376 e ALBEGGIANI, *Imputazione dell'evento e struttura obiettiva della partecipazione criminosa*, in *Indice penale*, 1977, 424 e 425.

<sup>16</sup> La casistica è molteplice, si può far riferimento, tra l'altro, ai casi della fornitura del mezzo astrattamente idoneo alla realizzazione del reato, cui però non sia seguito un suo effettivo utilizzo, oppure all'ipotesi del palo, il cui apporto, dimostratosi in concreto inutilizzato, è in ogni caso funzionale alla buona riuscita dell'illecito.

<sup>17</sup> GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957, 63.

<sup>18</sup> Sul punto cfr. Cass., SS.UU., Mannino, sentenza n. 33748 del 12 luglio 2005, laddove si definisce partecipe del delitto associativo "colui che risulta in rapporto di stabile e organica compenetrazione nel tessuto organizzativo del sodalizio, tale da implicare l'assunzione di un ruolo dinamico e funzionale, in esplicitazione del quale l'interessato "prende parte" al fenomeno associativo rimanendo a disposizione dell'ente per il perseguimento dei comuni fini criminosi".

In effetti, il tema dell'organizzazione insita nel concorso di persone eventuale come nel reato plurisoggettivo necessario va chiarito adeguatamente e deve essere un primo punto fermo nell'analisi dei rapporti tra le due fattispecie. Nel reato concorsuale l'organizzazione delle condotte rappresenta eventualmente un momento intermedio di realizzazione del fatto verso l'evento ma che non può valere come valido elemento distintivo costitutivo della fattispecie concorsuale, mentre nel reato associativo l'organizzazione è l'in sé del danno, l'evento criminale la cui manifestazione viene punita.

In altri termini: non può escludersi che anche nel concorso di persone vi sia un momento organizzativo inteso come intersecazione di condotte ma tale elemento sembra piuttosto rappresentare un criterio di descrizione, narrativo della fattispecie concorsuale di tipo eventuale anziché un momento costitutivo sostanziale, perché poi occorre pur sempre giudicare la rilevanza di questo intreccio di condotte rispetto all'evento di reato consumato. Si torna sempre lì, nella fattispecie concorsuale occorrerà sempre valutare l'apporto causale reso dall'insieme di condotte, anche dal valore organizzativo, all'evento lesivo.

Questa circostanza, del resto, è sancita dallo stesso legislatore che nell'art. 115 c.p. non punisce il mero accordo tra più persone allo scopo di commettere un reato se questo non è commesso. Anche l'accordo potrebbe considerarsi una forma (primaria) di organizzazione, quantomeno una coordinazione, ma la norma esprime chiaramente la necessità che nel concorso di persone tale rapporto sia rivolto ad un reato attraverso un legame causale.

Quando è l'accordo in sé ad essere punito si parla di reati-contratto, qui la causa o l'oggetto dell'accordo è illecito: le associazioni per delinquere sono una *species* della categoria dei reati contratto. Però, nel caso dei delitti associativi il mero accordo non è sufficiente a ritenere sussistente quel minimo di organizzazione necessaria, strutturale, di uomini e mezzi, che abbia i caratteri di stabilità ed idoneità alla realizzazione del programma criminoso. L'organizzazione che risiede alla base dei delitti associativi deve essere qualcosa in più di un semplice accordo perché deve essere funzionale, secondo una valutazione *ex ante*, a porre in essere il programma criminoso ideato; dunque, il contributo dell'associato deve essere duraturo e permanente.

L'accordo o l'organizzazione eventuale che si compie nella consumazione di un reato configura l'ipotesi prevista dall'art. 110 c.p.; nel concorso di persone allora l'organizzazione deve essere isolata e non stabile o destinata a permanere nel tempo e deve disvelarsi nella effettiva consumazione di uno specifico reato, salvi i casi di concorso nel reato tentato, dove comunque deve essere presente la proiezione oggettiva e soggettiva delle condotte alla consumazione dell'illecito.

Dunque, legame oggettivo (e soggettivo) con un reato e stabilità o meno della struttura plurisoggettiva sono caratteri di distinzione tra reato concorsuale e reato a concorso necessario.

Sia la direzione oggettiva del contributo del singolo partecipante verso un reato che la durata dell'organizzazione plurisoggettiva devono essere pesati, verificati ed analizzati dall'interprete per poter distinguere la tipologia di fatto plurisoggettivo. Sono

fattori legali di differenziazione sostanziale tra le fenomenologie criminali che innervano le fattispecie.

## 2. I criteri di differenziazione tra concorso di persone e reati associativi.

Occorre a questo punto provare a fare un passo in avanti nella distinzione tra le fattispecie di reato in esame e soffermarsi sui due criteri individuati di distinzione; se ne possono approfondire maggiormente i contorni e la loro portata soprattutto nella prassi giurisprudenziale.

### 2.1. Il criterio della direzione oggettiva e causale del contributo.

Con riferimento al problema del legame causale del singolo contributo di compartecipazione con il reato si è detto prima.

Benché sia quest'ultimo un elemento distintivo del concorso di persone eventuale nel reato, tuttavia, restano le incertezze interpretative circa la sua esatta portata. Cioè, anche laddove si voglia utilizzare nella fattispecie *ex art. 110 c.p.* l'elemento dell'organizzazione come primo tassello della relazione causale con l'evento di reato, resta da sciogliere sempre il nodo della verifica del medesimo apporto causale.

Prima di tornare però sul concorso eventuale di persone e individuare ulteriori argomenti di riflessione sul tema in esame, deve richiamarsi una recente pronuncia delle Sezioni unite della Suprema Corte che si è soffermata sul tema delle condotte di partecipazione ai delitti di associazione per delinquere, tratteggiando gli elementi di definizione ed i criteri di prova necessari ai fini della loro dimostrazione<sup>19</sup>.

Questi argomenti benché, come detto, riferiti alla partecipazione ad un delitto associativo tornano senz'altro utili anche per affrontare il tema del legame causale del contributo *ex art. 110 c.p.*, perché riguardano criteri di giudizio sempre utilizzabili soprattutto in caso di mancata adeguata tipizzazione dei fatti di rilievo penale.

In effetti, la Suprema Corte effettua una chiara distinzione tra condotta di partecipazione che ha rilievo causale sulla conservazione o sul potenziale rafforzamento dell'associazione, rispetto alla quale non è richiesta una ricerca *altrove* di indici probatori al di fuori del valore causale della medesima condotta e, dall'altro lato, condotta di "messa a disposizione", priva di rilievo causale, sulla quale, invece, si dovrà verificare la sua "rilevanza in concreto", ricercando altri indici di prova<sup>20</sup>. In quest'ultimo caso, aggiunge la Suprema Corte, assumono valore fondamentale le massime di esperienza,

---

<sup>19</sup> Cass., SSUU., sent. n. 36958 del 27 maggio 2021. Con ordinanza n. 5071/2021, la I Sezione della Corte di Cassazione aveva rimesso il ricorso alle Sezioni Unite; per un commento all'ordinanza di remissione cfr. MAIELLO, [L'affiliazione rituale alle mafie storiche al vaglio delle Sezioni unite](#), in questa *Rivista*, 5, 2021, 5 ss.

<sup>20</sup> Nella sentenza si aggiunge, altresì, che con riferimento alle associazioni di tipo mafioso la rilevanza in concreto del contributo andrà misurata anche con riferimento al metodo mafioso, quale elemento caratteristico distintivo di queste associazioni rispetto alle associazioni semplici.



*quali generalizzazioni empiriche indipendenti dal caso concreto, tratte con procedimento induttivo dall'esperienza comune e fondate su ripetute osservazioni e conoscenze acquisite.*

Dunque, i Giudici di legittimità rimarcano per un verso l'importanza di non confondere gli indizi di prova di un fatto tipico con gli elementi costitutivi del medesimo fatto; in particolare, nella pronuncia si afferma che l'affiliazione rituale costituisce un grave indizio dell'accordo di partecipazione ad un'associazione mafiosa ma non ne rappresenta al contempo un elemento costitutivo della condotta partecipativa. Ecco che tale indizio sarà tale: *“ove risulti – sulla base di consolidate e comprovate massime di esperienza – alla luce degli elementi di contesto che ne comprovino la serietà ed effettività, l'espressione non di una mera manifestazione di volontà, bensì di un patto reciprocamente vincolante e produttivo di un'offerta di contribuzione permanente tra affiliato e associazione.”* L'affiliazione rituale rappresenta, in altri termini, un indice di prova, fondato su massime di esperienza, dell'esistenza di un accordo di compartecipazione all'associazione delittuosa.

Per altro verso, nel pronunciamento in esame si evidenzia che la necessità di ricercare questi indizi di prova sovviene in presenza di condotte prive di un chiaro rapporto causale con l'evento di reato: in questo modo, con questo strumento di giudizio, una atipica messa a disposizione di un soggetto può rilevare in concreto come vera e propria condotta di partecipazione seria ed effettiva.

*Mutatis mutandis* queste argomentazioni possono essere riportate anche in tema di concorso di persone *ex art. 110 c.p.*

Procediamo per gradi.

Se, in caso di presenza di leggi scientifiche di copertura del giudizio causale, il metodo di falsificazione che si impone nelle motivazioni dei provvedimenti giudiziari è quello di matrice popperiana<sup>21</sup>, che richiede cioè di smentire le teorie che vengono in rilievo, poiché sarebbe sterile andare alla sola ricerca di conferme della teoria, la regola della falsificazione vale ancor di più in assenza di leggi scientifiche. In quest'ultimo caso, spesso presente nelle ipotesi di concorso di persone, andranno falsificate attraverso il paradigma della probabilità logica le massime di esperienza che vengono in rilievo, non potendo bastare la mera intuizione del giudice<sup>22</sup>. Si tratta, in altri termini, di rendere una motivazione rafforzata attraverso la resa migliore del metodo falsificatorio delle regole esistenti, spesso focalizzate sulle massime di esperienza, unitamente al ragionamento induttivo. Tale ragionamento, tuttavia, non deve cadere nella fallacia della tecnica della composizione, ovvero nella sola riproduzione del meccanismo logico della convergenza del molteplice: non basterà affermare che l'insieme delle condotte concorsuali forma il reato, occorrerà invece scandagliare con precisione e gravità ogni elemento indiziante (*id est* gli indizi di prova di cui parlano le Sezioni unite già citate) sul rapporto funzionale delle condotte per determinare la *rilevanza in concreto* del singolo contributo. Questo accertamento porterà a verificare un certo grado di probabilità

---

<sup>21</sup> POPPER, *Scienza e filosofia. Problemi e scopi della scienza*, Torino 1969; ID., *Conjectures and Refutations*, trad. it. *Congetture e confutazioni*, Bologna, 1972.

<sup>22</sup> Cfr. Cass., sez. III, sent. n. 32860, settembre 2021, *Ciocco bis*, in merito alla falsificazione delle massime di esperienza.

relativo al rapporto causale tra contributo ed evento. Il grado di probabilità che si può raggiungere nell'accertamento di un legame causale dipende matematicamente dal dato dell'informazione: la quantità e qualità di informazioni probatorie che si acquisiscono può determinare anche la completezza e valenza del giudizio probabilistico.

Dunque, ancora, in presenza di leggi scientifiche individuabili *ex ante* si potrà applicare la regola di giudizio bifasica: la probabilità scientifica/statistica viene integrata con il criterio della probabilità logica<sup>23</sup> per favorire la falsificazione della prima e verificare ciò che è accaduto *hic et nunc* ed *ex post*, in base all'evento in concreto manifestatosi. Non è un problema di quantità delle prove ma di qualità di esse e della motivazione, è cioè un problema di metodo, che supera il metodo nomologico - deduttivo della scienza calata dall'alto (altrimenti sarebbe ancora una mera composizione di dati).

Se, invece, il caso concreto manca di leggi scientifico-statistiche, se non si vuole ritenere affermata una atipicità nell'elemento oggettivo del rapporto causale ci si deve concentrare sul metodo induttivo dettato dal criterio della probabilità logica che si fonda sulle massime di esperienza. Il metodo inferenziale si lega alla tecnica della falsificazione: l'art. 546, lett. e) c.p.p. (ovvero il riferimento ai "criteri di valutazione della prova" ed alle "ragioni per cui il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie") ha codificato la scienza della prova nella falsificazione della stessa. Tale necessità è dettata dalla consapevolezza dei limiti computazionali della razionalità umana e delle possibili distorsioni cognitive, di cui anche il legislatore costituzionale ne è stato consapevole al momento della previsione dell'obbligo di motivazione di cui all'art. 111, co.6, Cost.

Il criterio della probabilità logica, dunque, in assenza di leggi scientifiche non può ritenersi come una regola di giudizio esplicativa della teoria condizionalistica, ma diventa il principale parametro di spiegazione della causalità nel concorso di persone, sia per il fatto concorsuale in sé per il singolo contributo.

Occorre però verificare come questo parametro possa superare le difficoltà insite negli illeciti plurisoggettivi dove, come detto, è difficoltoso isolare in ipotesi un fattore causale laddove l'offesa *hic et nunc* è derivata dal congiungersi di più fattori<sup>24</sup>. In altri termini, la condanna di un presunto concorrente in base all'affermazione positiva sulla sussistenza del nesso causale secondo un alto o elevato grado di credibilità razionale,

---

<sup>23</sup> Si tratta dell'indirizzo interpretativo inaugurato dalle SS.UU. sent. n. 30328 dell'11/09/2002, Franzese, in *Ind. pen.*, 2003, 1225 e in *Cass. pen.*, 2002, 3643 ss. e *Dir. pen. e proc.*, 2003, 50; e consolidatosi nella giurisprudenza più recente, ad esempio Cass., sez. IV, sent. n. 36162 del 03/10/2007, in tema di responsabilità medica.

<sup>24</sup> La presenza di più fattori causali non esclude di per sé il nesso condizionale tra la condotta del concorrente e l'illecito, atteso il dettato dell'art. 41, primo comma, c.p. e la considerazione per cui occorre avere a riferimento l'evento come in concreto si è verificato e, quindi, anche grazie all'influenza della condotta del concorrente, e non l'evento in astratto. Se si prendesse come punto di riferimento della relazione causale l'evento astratto, infatti, si potrebbe automaticamente escludere il rilievo causale, e dunque la punibilità, di numerosi contributi concorsuali, in questo senso MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2020, 149 ss. e 561 ss. Ciononostante, restano i limiti della teoria condizionale allorquando non permette di individuare il nesso oggettivo che lega la condotta concorsuale all'evento anche considerato in concreto, per l'infruttuosità del giudizio controfattuale ipotetico e del criterio probabilistico applicati a contributi non *conditiones sine quibus non*.

fornito dalle evidenze disponibili secondo la logica della prova indiziaria *ex art.* 192, comma secondo, c.p.p., ed aldilà di ogni ragionevole dubbio come richiesto dall'art. 533 c.p.p., è resa difficoltosa in concreto in ragione dell'inevitabile presenza di fattori causali alternativi del fatto di reato, innescati dagli altri concorrenti.

Ecco che sovviene il recente insegnamento delle Sezioni unite sopra richiamato: quando il contributo del concorrente è privo di un chiaro rilievo causale/condizionale (si pensi alla generica "messa a disposizione" in favore dei concorrenti ovvero al "prestare acquiescenza" ed in generale ai contributi materiali inutili) l'interprete è chiamato ad una valutazione empirica del fatto, con una motivazione rafforzata che chiarisca la rilevanza in concreto del medesimo contributo, secondo gli indici di prova disponibili e le massime di esperienza che vengono in soccorso nel singolo caso, maturando così con metodo induttivo un alto grado di probabilità della rilevanza causale dell'apporto.

Il richiamo all'empirismo non significa adesione alle tesi dell'empirismo anglosassone che ha portato al superamento della relazione scientifica tra causa ed effetto in ragione della sua difficoltà dimostrativa, sfociando nello scetticismo, ma è finalizzato a recuperare dal punto di vista dell'analisi della fattispecie sostanziale la lezione kantiana della critica al ragionamento causale (cioè il determinismo causale calato dall'alto "salvi i giudizi sintetici a priori")<sup>25</sup>, concentrandosi sull'analisi empirica di ciò che è accaduto nella realtà: il fatto concorsuale è un fatto diverso dalla somma algebrica di più fatti monosoggettivi e dunque ha regole proprie.

Del resto, anche la giurisprudenza quando valorizza la causalità agevolatrice evidenzia che nel concorso di persone assume carattere decisivo "l'unitarietà del fatto collettivo" realizzato, che si verifica quando le condotte dei concorrenti risultino *integrate* in unico obiettivo<sup>26</sup>.

L'impostazione maturata in giurisprudenza sulla causalità nel concorso di persone è allora quella di una tipicità giurisprudenziale, piuttosto elastica, che trova i propri controlimiti per la salvaguardia della legalità nella ricerca e valorizzazione dell'analisi empirica del caso concreto, della causalità individuale, secondo le regole della probabilità logica.

Per escludere ogni scivolamento verso forme di valorizzazione spinta di parametri di atipicità sostanziale degli elementi oggettivi del concorso di persone, la regola di giudizio della probabilità logica dovrebbe assumere una valenza diversa che consenta di valorizzare il profilo dell'analisi della causalità in concreto, ovvero dell'analisi *ex post* della funzione svolta dal contributo atipico sull'evento offensivo, tale da consentire che l'evento si verificasse esattamente in quel modo modificando la realtà<sup>27</sup>. La credibilità razionale ed il ragionamento logico, aldilà di ogni ragionevole dubbio, devono essere volti ad intendere come funzionale l'apporto del contributo non tipizzato alla realizzazione del reato; in questo modo la presenza di fattori causali alternativi del fatto, identificabili nelle diverse condotte dei concorrenti, non

---

<sup>25</sup> KANT, *Critica della ragion pura*, 1781, 1787, trad. it, Milano, 2004.

<sup>26</sup> Cass. 2009 sopra cit. in nota 6.

determinerebbe l'esclusione del legame causale delle varie condotte con l'evento illecito realizzato.

Si può parlare, a questo punto, dell'esistenza di rapporti di causa singolari o individuali, relativi cioè al singolo fatto come concretamente realizzatosi, che focalizzano precipuamente l'evento e la sua storia a ritroso, scartando le possibili storie alternative. Si tratta di operare un ragionamento inferenziale induttivo (se non addirittura, solo in prima battuta, abduttivo<sup>28</sup>) che in ogni caso vale a formare un giudizio di probabilità del caso concreto che andrà a dare sostanza e forma alla causalità delle singole condotte concorsuali rispetto al fatto illecito.

---

<sup>28</sup> Sul ragionamento abduttivo, su tutti CHARLES SANDERS PEIRCE, *Collected papers*, vol. 1-6 (1931-1935), vol. 7-8 (1958); si veda anche *Le leggi dell'ipotesi. Antologia dai Collected Papers* (testi scelti e introdotti da M. A. BONFANTINI, R. GRAZIA, G. PRONI con la collaborazione di M. FERRARESI), Bompiani, Milano 2002. Il procedimento abduttivo consiste nell'avanzare un'ipotesi esplicativa per un certo insieme di fatti osservati sulla base di un fatto specifico realizzato, dall'analisi del quale, a ritroso, si cerca di ricostruire la premessa; è uno schema di ragionamento che si differenzia dall'induzione e dalla deduzione per la sua minore capacità dimostrativa perché si spinge maggiormente oltre rispetto ai primi due ragionamenti. Cioè la conclusione del ragionamento abduttivo non deriva da regole certe ma è un processo a ritroso che si impiega quando si conoscono regole e conclusione e si vogliono ricostruire le premesse. Essa considera un fatto specifico, lo connette a una regola ipotetica e ne ricava un risultato incerto, cioè una conclusione ipotetica. L'abduzione parte dai fatti osservati senza avere in mente nessuna particolare teoria, il suo risultato è una regola solo *probabile*, mai certa, e va adottata solo provvisoriamente. partendo da alcuni fatti che si vogliono spiegare (premesse), si cerca di individuare una possibile ipotesi che li spieghi (conclusione). Per comprendere ancor di più una abduzione, essa è impiegata nel ragionamento diagnostico (un medico di fronte a un sintomo, un informatico di fronte a un guasto del pc e così via), nel ragionamento investigativo, nel ragionamento scientifico (un ricercatore di fronte a un'ipotesi da verificare). Riassumendo: l'induzione si ha quando si va verso qualcosa (in-duzione); la deduzione quando da questo qualcosa si proviene (de-duzione); l'abduzione quando il pensiero compie un movimento laterale (ab-duzione), oppure anche quando si procede a ritroso (e in tal caso è anche chiamata retro-duzione). L'approdo di questi tre tipi di inferenza è diverso: per una induzione è una sintesi, quello di una deduzione una tesi, quello di un'abduzione una ipotesi. L'abduzione è dunque un azzardo poiché, pur fondandosi sulle premesse del ragionamento, non si configura come pura ripetizione del contenuto delle premesse medesime, come avviene negli altri due tipi di inferenza, bensì come *ricomposizione di tale contenuto semantico* (M. A. BONFANTINI e G. PRONI, *To guess or not to guess?* p. 152): anche con premesse valide la conclusione potrebbe risultare falsa. Questo rischio è il prezzo che viene pagato a fronte del forte potenziale creativo proprio dell'abduzione: questo tipo di argomentazione, in effetti, non si fonda sul ragionamento logico meccanico quanto sull'interpretazione del dato o "risultato", che viene motivato facendo leva su un principio generale (o *legge-mediazione*). È l'elemento interpretativo che connota l'inferenza abduttiva come rischiosa, in quanto non è detto *a priori* che sia proprio la legge-mediazione che si ipotizza ad essere motivo dell'effetto sorprendente osservato. Ed anzi è nella scelta della legge-mediazione che si gioca la creatività e la possibilità di scoperta del ricercatore, poiché tanto più la legge-mediazione appartiene ad un campo semantico distante da quello proprio dell'evento osservato, e tanto più è possibile ritenere l'abduzione innovativa. Ossia tanto meno la conclusione abduttiva era suggerita dalle informazioni incluse nel campo osservato e quanto più la si può connotare come una nuova conoscenza. L'abduzione, dice ancora PEIRCE, è "*il primo passo del ragionamento scientifico*", l'inferenza mediante la quale è possibile adottare una nuova idea, un'ipotesi che possa permettere di dare spiegazione di un fatto altrimenti considerato inspiegabile. A questa deve però seguire un'inferenza induttiva, che funge da prova sperimentale dell'ipotesi (si deve ripetere molte volte un esperimento per eliminare il più possibile il frutto del caso, sosteneva Galileo Galilei), e poi quella deduttiva, che permette di trarre dall'ipotesi sperimentale le necessarie conseguenze e conclusioni.

Ed allora, prendendo ad esempio i casi di contributo inutile, con alto grado di credibilità razionale, secondo un percorso argomentativo logico al di là di ogni ragionevole dubbio andrebbe affermato che la condotta del concorrente ha reso possibile la manifestazione del fatto illecito *hic et nunc* ovvero per come si è concretamente realizzato poiché il fatto concorsuale va considerato come fatto complesso unitario. In presenza di una condotta del complice priva di utilità materiale nell'esecuzione del reato, potenzialmente di valenza meramente morale, per attribuire alla stessa un rilievo penale deve raggiungersi questo risultato: senza tale condotta il reato si sarebbe comunque realizzato ma non con le stesse modalità; è questo il significato aggiuntivo che deve darsi alla causalità della condotta.

Si potrebbe sostenere che quando il concorrente ha assunto un ruolo predefinito e pre-concordato con gli altri correi allora la sua condotta sarebbe da ritenersi sempre necessaria da un punto di vista anche causale perché così sarebbe stato già deciso tra tutti i concorrenti. In realtà, a ben vedere, se nonostante il ruolo predefinito la condotta del complice al momento dell'esecuzione del reato risulta inutile, non sfruttata (se non addirittura dannosa) allora il suo valore condizionale viene meno, la necessità del ruolo resta solo nella mente degli altri concorrenti ovvero per l'organizzazione preventiva del reato. Dunque, avere un ruolo predeterminato nello svolgimento del reato non significa automaticamente rendere il contributo come necessario, se non solo in astratto e nell'ambito dell'organizzazione del fatto illecito, non per la sua esecuzione. Questa situazione, del resto, era ben chiara già al legislatore del 1889 che nel codice penale Zanardelli istituiva la figura del complice non necessario. Dunque, nonostante la presenza di ruoli predefiniti occorrerà sempre valutare la *rilevanza in concreto* del singolo contributo secondo il ragionamento induttivo e probabilistico sopra delineato al fine di determinare la sussistenza della causalità specifica della singola condotta.

## 2.2. Il criterio della durata dell'organizzazione.

Venendo, invece, al tema della durata del contributo organizzativo, anche in questo caso risulta centrale il ragionamento sull'importanza della valutazione in concreto degli elementi di prova disponibili nel singolo caso per la determinazione degli elementi costitutivi della fattispecie.

Sotto questo versante, infatti, l'analisi empirica è richiesta per dare un esatto peso all'elemento temporale ovvero della durata dell'organizzazione che, come detto, rappresenta contemporaneamente un'ipotesi di contatto ma anche un granitico elemento differenziale tra le due fattispecie.

Vi sono due importanti banchi di prova su cui analizzare il peso temporale del contributo in una fattispecie plurisoggettiva: il concorso esterno nel delitto associativo ed il concorso di persone nel reato continuato.

Sul primo tema non ci si sofferma per ragioni di sintesi, tuttavia è il caso di rimarcare alcuni aspetti validi per il discorso che qui si affronta. Nell'ambito delle discussioni sulla rilevanza penale del contributo esterno, infatti, è nota la questione relativa alla valutazione sull'apporto causale che il contribuente non partecipe deve

fornire all'organizzazione criminale<sup>29</sup>. Il contributo esterno di persone produce effetti su un evento c.d. aperto: il rafforzamento dell'associazione, la sua conservazione, ovvero il perseguimento dei suoi scopi. Essendo il reato associativo un reato senza una vita temporale predeterminata, dunque appunto *aperto*, di riflesso anche il risultato dell'apporto contributivo esterno non ha confini spazio temporali precisi.

Dunque, questa fattispecie chiarisce ancora di più come il momento lesivo cui fare riferimento per verificare l'efficacia causale dell'apporto esterno è proprio l'assetto organizzativo, la capacità organizzativa del gruppo criminale che rappresenta il cuore della tipicità delle fattispecie a concorso necessario (ad esempio, con riguardo alla criminalità mafiosa, nelle sue estrinsecazioni relative al controllo del territorio, alla forza di intimidazione, al controllo dell'economia e quant'altro)<sup>30</sup>.

La difficoltà di circoscrivere il secondo termine di questo rapporto causale, ovvero appunto l'evento "organizzazione" ha complicato il percorso di tipizzazione per via interpretativa del contributo esterno. Proprio in ragione di questa difficoltà, ovvero quella di parametrare il valore causale della condotta esterna ad un evento senza spazio e senza tempo, la giurisprudenza, nell'opera di tipizzazione di tali fatti, ha stretto le maglie del contributo esterno nel perimetro della casualità condizionale. L'esigenza di rigore cui risponde l'utilizzo del criterio condizionalistico, per scongiurare eccessivi ampliamenti del tipo giurisprudenziale, si scontra però costantemente con i limiti dell'accertamento del nesso causale così definito e focalizza forse eccessivamente sul piano oggettivo tali fattispecie che nella realtà sono spesso connaturate da fattori diversi come ad esempio le relazioni umane ed intersoggettive tra soggetto esterno all'associazione e soggetto intraneo. Mentre, infatti, può assumere una maggiore pregnanza causale l'aiuto prestato ad un promotore dell'associazione, con cui il concorrente esterno ha un rapporto personale, l'aiuto fornito ad un mero partecipe potrebbe avere un diverso valore e riflesso anche sul piano causale.

In ogni caso, questo banco di prova ha chiarito che comunque la valutazione del rapporto causale deve essere effettuata *ex post*, sul risultato prodotto, che nel caso della fattispecie associativa sarà sempre un complesso di fatti organizzati da mettere in correlazione con le condotte del complice esterno.

Come invece calibrare il peso dell'organizzazione in caso di concorso di persone in un reato continuato? Ci sono in questo caso confini spazio - temporali più precisi e definiti su cui valutare l'efficacia della condotta concorsuale?

---

<sup>29</sup> Sull'argomento ovvero sullo statuto di tipicità del concorso esterno ed il suo fondamento giurisprudenziale VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003; DONINI, [Il concorso esterno "alla vita dell'associazione" e il principio di tipicità penale](#), in *Dir. pen. cont.*, 13 gennaio 2017; MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti*, Torino, 2014; GIUGNI, [Il problema della causalità nel concorso esterno](#), in *Dir. pen. cont.*, 10, 2017.

<sup>30</sup> Tanto è vero che nel codice penale tedesco all'art. 129 il contributo esterno (chi sostiene o appoggia l'associazione) è descritto insieme alle condotte dei promotori e dei partecipi.



### 3. Gli approdi interpretativi in caso di reato concorsuale continuato, le differenze con il reato associativo.

Si è detto, con riferimento al concorso esterno nel delitto associativo, che un profilo rilevante nell'analisi della fattispecie è quello della durata, l'evento associativo è privo di un perimetro temporale definito e questo contraddistingue l'elemento pregnante dell'organizzazione.

Nel rapporto tra concorso di persone nel reato continuato e reato associativo il tema della durata del fatto illecito è altrettanto centrale; anzi, in questo caso ancor di più il problema dell'analisi della durata dell'organizzazione diventa cruciale.

Come già anticipato, infatti, sia nella fattispecie concorsuale eventuale che in quella a concorso necessario vi può essere una forma di organizzazione e tuttavia il seme dell'organizzazione germoglia solo nel secondo caso, mentre nel primo è solo eventualmente coltivato. Per differenziare queste due situazioni occorre comprendere se il legame soggettivo è stabile o meno, se è proiettato al futuro ovvero meramente occasionale; in altri termini per capire la durata dell'organizzazione plurisoggettiva, si deve far riferimento alla programmazione della struttura ed al tipo di programma stabilito dai correi. Questi elementi delineano il substrato della fattispecie criminale che viene in rilievo.

Intanto, dunque, le differenze.

Come è noto, nei reati associativi il vincolo soggettivo è stabile perché volto a realizzare un programma criminoso indeterminato; dunque, la struttura organizzativa, che può essere anche minima, deve essere idonea alla realizzazione di una serie indeterminata di delitti, trattandosi di reati di pericolo. Non occorre che i reati oggetto del programma siano eterogenei, possono essere anche programmate più violazioni di una stessa norma incriminatrice<sup>31</sup>. Quindi, dove perde di sostanza ovvero di specificità nella programmazione, il reato associativo riacquista nella concretezza del vincolo, che deve essere forte, stabile e tendenzialmente permanente, nel senso di proiettarsi oltre tale programma.

Diversamente, nel concorso di persone nel reato, l'accordo è finalizzato alla realizzazione di uno o più specifici reati, la programmazione in questo caso è determinata; anche in questo caso l'accordo può essere strutturato in termini di uomini e risorse ma non in modo tendenzialmente stabile e permanente tale da poter durare anche dopo la consumazione dei delitti programmati.

Tra questi due fenomeni criminosi cui corrispondono altrettante aree di tipicità, si interpone, come in una ipotetica scala di grigi, la categoria del concorso di persone nel

---

<sup>31</sup> Cfr. Cass., sez. 3, sent. n. 2039 del 02/02/2018, Rv. 274816. Ai fini della configurabilità del reato di associazione per delinquere, è necessaria la predisposizione di un programma criminoso, che ben può consistere nella commissione di una serie indeterminata di delitti identici o di analoga natura, non costituendo il carattere eterogeneo dei reati - fine un elemento strutturale della fattispecie. È anche possibile che il vincolo associativo benché stabile sia progettato per un periodo di tempo determinato, ad esempio perché legato ad un particolare evento come un'opera pubblica, su questo Cass., sez. 6, sent. n. 38524 del 11/07/2018, Rv. 274099.

reato continuato. Si tratta di quei casi in cui l'accordo tra due o più soggetti, pur avendo carattere episodico ed eventuale, si rivolge alla realizzazione di una serie di delitti accomunati da un medesimo disegno criminoso. In altri termini, l'accordo si ripete e si concretizza in tanti episodi di reato che tra di loro sono uniti dal vincolo della continuazione perché fanno tutti parte di un disegno criminoso, di una programmazione comune. Dunque, questa fattispecie rientra sempre nell'alveo del fatto tipico di cui all'art. 110 c.p. ma con la peculiarità di estrinsecarsi in una programmazione più ampia e variegata, si direbbe meno predeterminata e specifica rispetto ai casi ordinari di concorso di persone.

E' infatti opzione maggioritaria quella per cui il medesimo disegno criminoso che caratterizza il reato continuato non è necessario che si manifesti nella volizione di reati che siano puntualmente programmati nel dettaglio; se non può comunque identificarsi nella generica ed indeterminata tendenza di due o più soggetti alla commissione di delitti, la medesimezza del disegno criminoso può però configurarsi anche in caso di mera continuità logica tra le ipotesi delittuose programmate e disegnate dai correi. Il programma criminoso, cioè, in questo caso può anche solo contenere i tratti essenziali dei reati oggetto dell'accordo, purché vi sia un fine unitario e definito; occorrerà quindi verificare in concreto e sulla base di una serie di indici se la programmazione è tale da poter ritenere sussistente un medesimo disegno criminoso. Tra questi indici vi sono sicuramente: la tipologia di reati realizzati ed i beni giuridici offesi – se si tratta di reati omogenei senz'altro l'accertamento sulla medesimezza del disegno risulterebbe agevolato –, la distanza cronologica tra i fatti<sup>32</sup> ed altre condizioni di tempo e di luogo delle condotte.

Dunque, si potrebbe dire che tra l'indeterminatezza del programma criminoso tipica dei delitti associativi e la puntuale determinatezza dei reati commessi tra due o più persone in concorso vi è una terza categoria, quella del concorso di persone nel reato continuato, in cui la determinatezza del programma può essere *temperata*, sempre se siano disegnati gli elementi essenziali dei reati ed in presenza degli indici rivelatori del medesimo disegno criminoso.

Il reato continuato, infatti, deve considerarsi piuttosto che come un mero cumulo tra più reati ontologicamente distinti<sup>33</sup>, una fattispecie unitaria ma ai soli fini previsti dalla legge, favorevoli al reo<sup>34</sup>: il momento dell'*ideazione comune* spiega le ragioni della considerazione normativa unitaria dei reati, specie ai fini del calcolo della pena. Il reato continuato non è un reato, un fatto tipico a sé, ma una particolare configurazione di concorso di reati, strutturalmente autonomi, ma normativamente uniti dal criterio del disegno criminoso comune, che non deve quindi ritenersi come un dolo aggiuntivo rispetto a quello che permea ogni singolo reato<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> La vicinanza temporale delle violazioni suggerisce, infatti, una continuità nella realizzazione delle condotte illecite, benché la norma di cui all'art. 81, cpv., c.p. si applichi anche se le violazioni sono commesse in tempi diversi.

<sup>33</sup> Cfr. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 2020.

<sup>34</sup> FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale*, Bologna, 2019.

<sup>35</sup> Così RAMACCI, che richiama il canone interpretativo dell'*ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*, *Corso di diritto*

Il medesimo disegno criminoso, dunque, secondo l'interpretazione prevalente, ha soprattutto una spiegazione soggettiva: i singoli reati sono collegati da uno scopo unitario in una volizione globale<sup>36</sup>. Tuttavia, il programma medesimo può anche ricavarsi da dati oggettivi, cioè da elementi concreti che indicano l'esistenza di una situazione di fatto, ciò soprattutto quando si tratta di reato continuato omogeneo, ovvero in presenza di più violazioni della stessa norma. In definitiva, il disegno criminoso rappresenta un programma "temperato" primariamente legato ad una volizione soggettiva che unisce i fatti ma deducibile anche *de facto* dalla situazione concreta che deriva dalla verifica procedimentale degli indici di medesimezza<sup>37</sup>.

Se questa la teoria, la prassi può risultare più ostica. Nella casistica, ad esempio, un'area di illecito foriera di potenziale confusione tra le due fattispecie del concorso di persone nel reato continuato e del reato associativo è quella relativa al traffico di stupefacenti. Avviene spesso nella pratica, infatti, che due o più persone commettano congiuntamente più delitti di detenzione illecita o cessione di stupefacente: la categoria omogenea delle violazioni della (stessa) norma incriminatrice induce nel maggior numero dei casi a ritenere la continuazione tra i vari delitti commessi. Approfondendo il ragionamento ci si accorge però che difficilmente i singoli delitti di cessione di stupefacenti siano davvero programmati in modo determinato; difficilmente, infatti, le circostanze di tempo, di luogo e di oggetto sono prefissate dai correi. Le cessioni di stupefacente spesso avvengono in maniera rapidissima, verso acquirenti non prestabiliti e con oggetto quantità e tipologie di stupefacente non predeterminati, quantomeno non nel dettaglio. Bisognerà ragionare sul singolo caso concreto per capire se la programmazione criminosa, pur avendo ad oggetto più violazioni della stessa norma incriminatrice, sia del tutto indeterminata o se i tratti essenziali delle condotte illecite siano stati comunque disegnati dai correi in guisa da ritenere ricorrente un disegno criminoso identico.

In ogni caso, se si considerano non essenziali le differenze di luogo, tempo, oggetto e soggetto acquirente nei singoli delitti di detenzione illecita o cessione di stupefacente e ci si concentra sull'omogeneità delle condotte e sull'identità del bene giuridico tutelato, ritenendo questi i tratti essenziali del programma criminoso, si può ritenere la continuazione tra i singoli episodi di spaccio; oltre a questi tratti essenziali, poi, come visto, altri indici rivelatori possono emergere dal caso concreto. Dunque, l'esempio relativo alla materia degli stupefacenti chiarisce come la presenza di un medesimo disegno criminoso identifica una ideazione e programmazione a "determinazione temperata" dove il disegno tratteggia alcuni elementi di peso dei singoli delitti che si vanno a realizzare (tipologia e bene giuridico), senza soffermarsi su ogni circostanza.

---

*penale*, Torino, 2021, p. 514 ss.

<sup>36</sup> Così MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2020, 533 ss. Vds. anche PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2019.

<sup>37</sup> RAMACCI, *Corso*, cit., p. 535, che sposa appunto la teoria eclettica secondo cui il disegno criminoso può assumere tanto la forma soggettiva del programma preventivo, quanto la forma oggettivata del ripresentarsi della stessa situazione di fatto.

Tuttavia, la presenza di un disegno criminoso comune non chiarisce ancora all'interprete se la fattispecie che viene in rilievo riguardi un concorso eventuale di persone ovvero un reato associativo; l'elemento dirimente in quest'ottica di distinzione è ancora una volta costituito dall'esistenza o meno di un accordo stabile, di un vincolo associativo.

Intanto, allora, un primo problema pratico potrebbe insorgere posto che la presenza di una programmazione, non dettagliata ma comunque avente ad oggetto i tratti essenziali dei reati ideati, si traduce di fatto nella presenza di un'organizzazione più definita sia nell'ideazione che poi nella realizzazione dei reati. L'ideazione comune della commissione di più reati potrebbe appoggiarsi ad un'organizzazione episodica o occasionale, che qualifica il concorso di persone nei reati continuati, ovvero, se l'organizzazione è stabile e maggiormente pregnante si potrebbe diversamente configurare un'ipotesi di reato associativo (quando i correi sono in tre o in numero superiore). Non vale pertanto né dal punto di vista del tipo legale né della prassi del caso comune l'equazione per cui ad un'idea criminale comune corrisponde un'organizzazione fattuale stabile e strutturata, ovvero un sodalizio criminoso; solo il caso concreto potrà spiegare le caratteristiche della fattispecie<sup>38</sup>.

A questo punto però si pone un secondo problema, ci si potrebbe chiedere infatti se la presenza di delitti uniti dalla continuazione *ex art.*, 81, cpv., c.p. sia compatibile con il reato associativo; ci si può interrogare cioè se la presenza di una programmazione "per tratti essenziali" non confligga con il fatto che nei delitti associativi il vincolo riguardi una programmazione criminosa indeterminata e generica<sup>39</sup>.

Invero, ben possono coesistere un vincolo associativo tendenzialmente stabile volto a realizzare un programma criminoso indeterminato ed un nesso di continuazione tra i delitti-fine realizzati (continuazione orizzontale), che sottendono una programmazione "a determinazione temperata", perché il momento della fissazione dell'accordo stabile, non occasionale ma destinato a durare a prescindere dalla consumazione di singoli delitti scopo, è diverso da quello della messa in comune dei delitti-fine, uniti da un nesso di continuità logico-temporale<sup>40</sup>. Dunque, delitto associativo e reati fine possono avere una diversa "storia" ideativa da questo punto di vista e, di conseguenza, una diversa trattazione sanzionatoria (più favorevole per i reati fine uniti dalla continuazione); mentre tra delitto associativo e reati uniti dalla continuazione vi sarà l'ordinaria disciplina del concorso di reati.

---

<sup>38</sup> Inoltre, secondo una certa impostazione giurisprudenziale, continuazione di reati non equivale ad abitudine, per cui sarebbe in astratto applicabile la causa di non punibilità *ex art.* 131 bis c.p. anche per i reati continuati, contraria invece altra opzione giurisprudenziale. Una recente pronuncia di Cass., Sez. V, ord. 8 ottobre 2021, n. 38174, Pres. Pezzullo, rel. Carusillo, ha sollevato la questione del contrasto giurisprudenziale alle Sezioni Unite.

<sup>39</sup> Per la dottrina sul tema INSOLERA, *L'associazione per delinquere*, Padova, 1983, 114. Si veda anche DEL CORSO, *I nebulosi confini tra associazione per delinquere e concorso di persone nel reato continuato*, in *Cass. pen.*, 1985, 621.

<sup>40</sup> Sulla possibile coesistenza tra un'associazione dedita allo spaccio di stupefacenti e la continuazione tra i singoli delitti fine cfr. Cass., sez. 5, sent. n. 14863 del 21/12/2020, Rv. 281138; per la dottrina in senso positivo MANTOVANI, *Diritto penale*, cit. 540.

A questo risultato interpretativo si può giungere anche soffermandosi sulle affermazioni giurisprudenziali che distinguono tra le due categorie in esame.

In effetti, la giurisprudenza del tutto prevalente ha fissato dei criteri per distinguere tra concorso di persone nel reato continuato e delitto associativo, specie, come detto, con riguardo all'art. 74 del DPR 309/90<sup>41</sup>; proprio perché il criterio dell'esistenza di un'ideazione comune dei reati non è risolutiva, gli interpreti si concentrano sull'aspetto dell'organizzazione, ovvero della stabilità del vincolo e dunque sull'aspetto strutturale dell'accordo tra i più soggetti, posto che, come detto, l'aspetto soggettivo della programmazione e dell'ideazione comune potrebbe permeare tanto il concorso di persone quanto il reato associativo.

Si afferma, infatti, in giurisprudenza, che: *“L'elemento aggiuntivo e distintivo del delitto di cui all'art. 74 D.P.R. n. 309 del 1990, rispetto alla fattispecie del concorso di persone nel reato continuato di detenzione e spaccio di stupefacenti, va individuato non solo nel carattere dell'accordo criminioso, avente ad oggetto la commissione di una serie non preventivamente determinata di delitti e nella permanenza del vincolo associativo, ma anche nell'esistenza di una organizzazione che consenta la realizzazione concreta del programma criminioso. (In motivazione, la Corte ha precisato che il reato associativo richiede la predisposizione di mezzi concretamente finalizzati alla commissione dei delitti ed il contributo effettivo da parte dei singoli per il raggiungimento dello scopo, poiché, solo nel momento in cui diviene operativa e permanente la struttura organizzativa, si realizza la situazione antigiusuridica che giustifica le gravi sanzioni previste per tale fattispecie).<sup>42</sup>*

Ed ancora, si afferma che: *“L'elemento distintivo tra il delitto di associazione per delinquere e il concorso di persone nel reato continuato, è individuabile nel carattere dell'accordo criminioso, che nel concorso si concretizza in via meramente occasionale ed accidentale, essendo diretto alla commissione di uno o più reati – anche nell'ambito di un medesimo disegno criminioso – con la realizzazione dei quali si esaurisce l'accordo e cessa ogni motivo di allarme sociale, mentre nel reato associativo risulta diretto all'attuazione di un più vasto programma criminioso, per la commissione di una serie indeterminata di delitti, con la permanenza di un vincolo associativo tra i partecipanti, anche indipendentemente e al di fuori dell'effettiva commissione dei singoli reati programmati. (Fattispecie in cui è stata esclusa l'associazione per delinquere in presenza di un programma criminioso ben determinato)<sup>43</sup>. In effetti, in giurisprudenza si è precisato che non può ritenersi integrato il reato associativo di cui all'art. 74 DPR 309/90 per il solo fatto della frequente commissione di reati da parte degli stessi soggetti nel diverso ruolo di acquirente e venditore, essendo invece necessario che tale reiterazione si collochi nell'ambito dell'esecuzione del programma associativo di commissione di una serie indeterminata di reati<sup>44</sup>. In definitiva, il *discrimen* tra reato associativo e concorso di persone nel reato continuato risiede nel fatto che in quest'ultimo l'accordo*

---

<sup>41</sup> Con riguardo, invece, ai reati tributari, di recente affronta il tema della differenza tra associazione per delinquere e concorso di persone nel reato continuato anche Cass., sez 3, sent. n. 11570 del 30/01/2020.

<sup>42</sup> Così Cass., sez. 6, sent. n. 17467 del 21/11/2018, Rv. 275550; vds. anche Cass., sez. 6, sent. n. 18055 del 10/01/2018, Rv. 273008.

<sup>43</sup> Cfr. Cass., sez. 5, sent. n. 1964 del 07/12/2018, Rv. 274442, in materia di reati sessuali.

<sup>44</sup> Cfr. Cass., sez. 6, sent. n. 28252 del 06/04/2017, Rv. 270564.

criminoso è occasionale e limitato, in quanto diretto soltanto alla commissione di più reati determinati, ispirati da un unico disegno che li prevede tutti<sup>45</sup>.

Quindi nel caso di concorso di persone il medesimo disegno criminoso che qualifica il reato continuato esaurisce l'accordo criminoso; in altri termini la programmazione in questo caso non solo è temperata nell'oggetto degli illeciti da compiere ma anche nei tempi perché, anche se non viene prefissato nel dettaglio un momento di conclusione del programma criminoso, però tale programma fa riferimento e si aggancia ad un accordo non durevole ma occasionale: terminato il programma si perfeziona e realizza il disvalore dell'accordo. Dunque, non solo nell'*an* anche nel *quando* il programma della continuazione deve essere ideato almeno nelle sue linee essenziali alla stregua di come l'accordo tra i concorrenti nel reato *ex art.* 110 c.p. è stato fissato. La prova dell'unitarietà del disegno può dunque essere desunta dalla verifica dei fatti entro un periodo ragionevolmente limitato, in modo da risultare compatibile con la deliberazione di una definita strategia operativa, ancorché non dettagliata ma temperata<sup>46</sup>.

Nel concorso di persone nel reato continuato, pertanto, l'accordo tra i soggetti si ripete ogni volta che si realizza una porzione del programma ideato, sempre nell'ambito di un perimetro spazio-temporale limitato (a differenza di ciò che avviene nell'ambito dei delitti associativi).

Nel reato associativo, invece, anche qualora i delitti fine siano uniti dal medesimo disegno criminoso, il vincolo si proietta oltre la realizzazione di tali reati e oltre la programmazione "temperata", che quindi non incide sul fulcro del carattere duraturo della struttura del sodalizio. L'esistenza di un medesimo disegno criminoso, allora, per un verso non equivale a ritenere esistente per ciò solo un'organizzazione stabile ed un sodalizio criminale, per altro verso non preclude la sussistenza di un illecito associativo per il fatto di considerare programmati in continuazione alcuni reati-fine del sodalizio.

Infatti, anche in presenza di una programmazione per linee essenziali, che accomuna i delitti rientranti nel fine criminoso dell'associazione, comunque, in presenza di un vincolo organizzativo stabile, più pregnante del mero accordo *ex art.* 115 c.p., la fattispecie associativa si potrà configurare.

Tutto starà, quindi, a verificare caso per caso l'esistenza di tale vincolo e ricercare negli elementi raccolti nel corso delle indagini le prove di tale caratteristica<sup>47</sup>, dove i partecipanti, anche al di fuori dei singoli reati programmati, assicurino la propria

---

<sup>45</sup> Cfr. Cass., sez. 6, sent. n. 36131 del 13/05/2014, Rv. 260292.

<sup>46</sup> Sul punto P. SPINELLI, *Alcune considerazioni sul concorso di reati*, in *Arch. pen.*, 1984, 487.

<sup>47</sup> Cfr. Cass., sez. 2, sent. n. 53000 del 04/10/2016, Rv. 268540 secondo cui: "Ai fini della configurabilità di un'associazione per delinquere, legittimamente il giudice può dedurre i requisiti della stabilità del vincolo associativo, trascendente la commissione dei singoli reati-fine, e dell'indeterminatezza del programma criminoso, che segna la distinzione con il concorso di persone, dal susseguirsi ininterrotto, per un apprezzabile lasso di tempo, delle condotte integranti detti reati ad opera di soggetti stabilmente collegati. (Fattispecie in cui la Corte ha confermato la sussistenza di un'associazione per delinquere finalizzata alla commissione di frodi in assicurazione osservando che, a fronte della gestione di un numero cospicuo di sinistri simulati, i compartecipi non potevano non rappresentarsi che lo studio professionale di uno di loro fungesse da struttura organizzata per la commissione delle frodi)".



disponibilità duratura al perseguimento del programma criminoso del sodalizio, oltre la realizzazione dei singoli reati-fine programmati in modo anche specifico.

Si è detto, dunque, che da un lato per l'esistenza dell'associazione si richiede il riscontro di una programmazione indeterminata di delitti, dall'altro però in giurisprudenza si ritiene ammissibile la coesistenza tra delitto associativo e reati fine uniti dalla continuazione, quindi, programmati. Da questo si ricava che in realtà quando si parla di programmazione indeterminata per i delitti associativi non si esclude che il programma abbia comunque una ideazione unitaria; non può ritenersi cioè un requisito essenziale per l'associazione l'esistenza di un programma generico perché non è meno pericolosa per l'ordine pubblico un'associazione costituita per la commissione di una serie finita di delitti (così come non è essenziale un programma specifico per il reato continuato). Ciò che conta in definitiva è la struttura stabile che potenzialmente proietta il sodalizio oltre la programmazione dei reati fine che può essere determinata nella continuità sia nell'*an* che nel *quando*.

#### 4. Problematiche in conclusione.

La verifica in concreto circa l'esistenza di un concorso di persone in un reato continuato piuttosto che di un reato associativo non è indifferente dal punto di vista pratico, sia sul versante sostanziale che processuale.

Sotto il primo profilo, sorge senz'altro la problematica relativa al calcolo ed alla quantificazione della pena. Come visto, la disciplina della continuazione prevede il regime del concorso formale delle pene; vi sarà dunque da individuare il reato più grave ed effettuare gli aumenti di pena per i singoli reati in continuazione<sup>48</sup>. Se la disciplina del cumulo prevista dall'art. 81, cpv., c.p. applicato al concorso di persone è di favore per il reo, in caso di presenza di un reato associativo la situazione è peggiorativa dal punto di vista sanzionatorio perché la pena per questo reato si aggiunge a quella dei singoli delitti fine.

---

<sup>48</sup> Su questo argomento si è aperta la discussione in giurisprudenza: una certa opzione ritiene che il giudice, nel determinare la pena complessiva, non solo deve individuare il reato più grave, stabilendo la pena base applicabile per tale reato, ma deve anche calcolare l'aumento di pena per la continuazione in modo distinto per i singoli reati satellite anziché unitariamente, così Cass., sez. 5, sent. n. 16015 del 18/02/2015, Rv. 263591 e da ultimo Cass., sez. 1, sent. n. 800 del 07/10/2020, Rv. 280216. Al contrario, altra opzione ritiene che in tema di determinazione della pena nel reato continuato, non sussiste obbligo di specifica motivazione per ogni singolo aumento, essendo sufficiente indicare le ragioni a sostegno della quantificazione della pena-base, in quanto anche questa operazione rientra nella discrezionalità del giudice di merito che la esercita, come per la determinazione della pena base, in aderenza ai principi enunciati dagli artt. 132 e 133 cod. pen.; cfr. Cass., sez. 5, sent. n. 32511 del 14/10/2020, Rv. 279770 e da ultimo, Cass., sez. 2, sent. n. 22726 del 22/04/2021 e Cass., sez. 2, sent. n. 22473 del 09/04/2021. Con ordinanza del 25.2.2021, Cass., sez. III, n. 10395, è stata rimessa alle Sezioni unite la questione relativa alla discrasia tra gli orientamenti giurisprudenziali sopra indicati. Con la sent. n. 47127 del 24.6.2021, con motivazione depositate il 24.12.2021, le Sezioni unite della Cassazione hanno optato per la soluzione secondo la quale il Giudice deve calcolare e motivare l'aumento di pena in modo distinto per ognuno dei reati satellite.

Una particolare situazione da questo punto di vista si potrebbe verificare in caso di eventuale continuazione tra un reato associativo ed uno o più delitti fine (continuazione verticale) ovvero, per giunta, nell'ipotesi di eventuale continuazione tra due delitti associativi (si pensi al caso, già citato, delle cc.dd. associazioni cerniera). Secondo la giurisprudenza prevalente vi sarà continuazione tra reato associativo e reati fine ovvero anche tra reati associativi solo in presenza della prova di un unico momento deliberativo e quindi di una sorta di predeterminazione dell'ulteriore delitto, anche se non nel dettaglio: quella che abbiamo definito essere la programmazione temperata (nell'*an* e nel *quando*) che in questo caso dovrà coinvolgere il delitto associativo con uno o più delitti fine ovvero due delitti associativi. Quindi, il dato per cui uno o più delitti fine possano rientrare nella programmazione dell'associazione non è sufficiente per ritenere la medesimezza del disegno criminoso; questo aspetto della generica inclusione non rientra cioè tra i "tratti essenziali" della programmazione quale requisito necessario per il riconoscimento del medesimo disegno criminoso. La mera ricomprensione del delitto realizzato nell'ambito del fine criminoso del sodalizio, dunque, rappresenta un dato troppo generico per ritenere raggiunta la programmazione richiesta per il riconoscimento della continuazione.

Allora, al momento della costituzione del sodalizio, ovvero anche dell'ingresso del partecipe, occorre verificare se vi sia stata quella programmazione necessaria dei delitti-fine richiesta dall'art. 81, cpv., c.p., altrimenti, afferma la giurisprudenza, si finirebbe per configurare una sorta di automatismo nel riconoscimento della continuazione e del conseguente beneficio sanzionatorio, in quanto tutti i reati commessi in ambito associativo dovrebbero ritenersi in continuazione con la fattispecie<sup>49</sup>. Non rileva, a questo punto, il tipo di programma dell'associazione per delinquere, che, infatti, può essere indeterminato ma anche, come visto in precedenza, determinato (tale da mettere in continuazione i reati-fine); ciò che rileva è che al momento della formazione del disegno criminoso sia ricompresa anche la struttura organizzativa del sodalizio. Se invece, i reati scopo non erano programmabili *ab origine* perché legati a circostanze ed eventi contingenti e occasionali o, comunque, non immaginabili al momento iniziale dell'associazione, non si potrà riconoscere il nesso della continuazione<sup>50</sup>.

Questa ricerca vale a maggior ragione se si volesse ipotizzare la continuazione tra due o più delitti associativi; in questo caso l'indagine sul medesimo disegno criminoso non può fermarsi a riconoscere l'omogeneità delle violazioni stante la tipologia dei reati (ancor più evidente ad esempio in caso di continuazione tra reati associativi relativi alla medesima organizzazione criminale sulla base del mutamento nel tempo della compagine associativa) ma occorrerà verificare la natura dei vari sodalizi, la loro concreta operatività e la loro continuità nel tempo,

---

<sup>49</sup> Cfr. Cass., sez. 1, sent. n. 23818 del 22/06/2020, Rv. 279430. Per la giurisprudenza, più risalente, contraria alla configurabilità della continuazione tra delitto associativo e reati fine, si veda, ad esempio, Cass. sez. 5, sent. del 24/09/1985, in Cass. pena., 1986, 879.

<sup>50</sup> Cfr. Cass., sez. 5, sent. n. 54509 del 08/10/2018, Rv. 275334 e da ultimo Cass., sez. 6, sent. n. 4680 del 20/01/2021, Rv. 280595.

al fine di accertare l'unicità del momento deliberativo e la sua successiva attuazione attraverso la progressiva appartenenza del soggetto ad una pluralità di organizzazioni, comunque denominate, ovvero ad una medesima organizzazione<sup>51</sup>. Pertanto, se il *pactum sceleris* è del tutto nuovo, non ideato e preventivato nei suoi tratti essenziali sin dall'inizio dal partecipe al sodalizio, vi sarà discontinuità tra i reati, con conseguente cumulo delle pene.

Da un punto di vista pratico, inoltre, si aggiunga che l'esistenza di un reato continuato, anche nell'ambito di una fattispecie concorsuale eventuale, potrebbe in astratto non escludere di per sé la possibilità di applicare la causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto (per uno o più concorrenti), come da ultimo ritenuto dalle Sezioni unite della Suprema Corte in assenza di quelle condizioni previste tassativamente dall'art. 131bis c.p. per escludere la particolare tenuità dell'offesa o per qualificare il comportamento come abituale<sup>52</sup>; al contrario, non vi potrà essere spazio per tale applicazione in presenza di un reato associativo.

Sul versante processuale delle conseguenze pratiche della qualificazione del fatto come concorso di persone nel reato continuato o reato associativo, invece, occorre ragionare ad esempio sul tema della competenza territoriale. Se la sussistenza di un vincolo associativo attrae indiscutibilmente la competenza del Tribunale in cui si consuma tale delitto (salva la maggiore gravità di uno o più delitti fine), in caso di concorso di persone nel reato continuato occorre valutare per ogni singolo concorrente il reato più grave che attrae la competenza. Ciò potrebbe determinare in concreto uno spaccettamento e smembramento del procedimento, con competenza di diversi Tribunali nel territorio nazionale.

La regola giurisprudenziale sul punto è chiara: lo spostamento della competenza per territorio derivante dalla connessione ai sensi degli artt. 12 lett. b) e 16 cod. proc. pen. si applica solo se l'episodio in continuazione riguarda lo stesso o, se sono più d'uno, gli stessi imputati, giacché l'interesse di un imputato alla trattazione unitaria di fatti in continuazione non può pregiudicare quello del coimputato in uno di questi fatti a non essere sottratto al giudice naturale secondo le regole ordinarie della competenza<sup>53</sup>. Ed ancora, si afferma: *“La connessione fondata sull'astratta configurabilità del vincolo della continuazione è idonea a determinare lo spostamento della competenza soltanto quando l'identità del disegno criminoso sia comune a tutti i compartecipi, poiché l'interesse di un imputato alla trattazione unitaria di fatti in continuazione non può pregiudicare quello del coimputato a non essere sottratto al giudice naturale<sup>54</sup>”*.

Dunque, si ritiene che la regola del cambiamento di competenza per territorio in ragione della connessione dei reati, in caso di reati commessi in concorso tra più soggetti, non sia sempre efficace ma risulta applicabile solo qualora la continuazione coinvolga

---

<sup>51</sup> Cfr. Cass., sez. 5, sent. n. 20900 del 26/04/2021, Rv. 281375.

<sup>52</sup> Cfr. Cass., SSUU, 27 gennaio 2022, Pres. Cassano, Rel. De Amicis, informazione provvisoria.

<sup>53</sup> Cfr. Cass., sez. 3, sent. n. 1744 del 30/07/1993, Rv. 194469 e più di recente Cass., sez. 2, sent. n. 57927 del 20/11/2018, Rv. 275519.

<sup>54</sup> Cfr. Cass., sez. 1, sent. n. 5725 del 20/12/2012, Rv. 254808.

gli stessi concorrenti coimputati. Occorrerà verificare allora se tutti o solo alcuni dei concorrenti hanno partecipato ai reati avvinti dal nesso della continuazione.

In definitiva, concorso di persone nei reati uniti dalla continuazione e reati associativi rappresentano due fenomeni criminosi e due fatti tipici in costante dialogo e conversazione. La grammatica di questa conversazione è data dalla manifestazione dei casi concreti e dalla sussunzione dei casi all'interno non solo dei tipi legali, che, come visto, non sono sempre sufficientemente adeguati alla realtà criminale, ma anche dalle regole giurisprudenziali, al fine di perimetrare la storia del singolo evento. È proprio quel ragionamento di inferenza induttiva di cui si parlava con riferimento ai modelli causali, che aiuta l'interprete a dare evidenza dell'individualità di ogni singolo caso e ad enucleare, empiricamente, la regola della vicenda in concreto.

Ponendo una specifica attenzione a questi aspetti della tipicità, una pronuncia giurisprudenziale si può riappropriare del ruolo di affermazione (e verifica) del fatto illecito sostanziale, nel rispetto del paradigma liberale, ma con il coraggio di andare oltre la processualizzazione delle fattispecie concorsuali riconoscendo a queste l'essenza di *fatti* diversi (in aderenza alla previsione dell'art. 530 c.p.p.), con una connotazione criminale autonoma sostanziale trattandosi di fattispecie plurisoggettive eventuali diverse da quelle monosoggettive di parte speciale<sup>55</sup>.

Sia in fase di formazione dell'imputazione da parte dei pubblici ministeri che in fase di definizione del processo, le prove dei fatti non devono mai prendere il posto degli stessi fatti, anche quando questi ultimi non sono sufficientemente coperti da un tipo legale ben definito; in questi ultimi casi lo sforzo motivazionale dovrà essere maggiore ma pur sempre orientato a mantenere il compendio probatorio nel binario degli strumenti di comprensione e verifica degli elementi costitutivi del fatto, collocati invece su un binario differente<sup>56</sup>.

Come il delitto associativo anche il concorso di persone nel reato è un fatto illecito autonomo, non una realtà immateriale che deve suggerire dalle evidenze processuali per manifestarsi; i fatti criminali complessi soggettivamente, sempre più presenti nella modernità, richiedono un'analisi critica rigorosa e puntuale delle contingenze ed evidenze del caso concreto, mediante le regole dell'esperienza e del senso comune, che non deve però mai sostituirsi alla necessaria e certe volte anche coraggiosa affermazione dei requisiti di tipicità del fatto, senza appannamenti, in modo da corrispondere ai dettami costituzionali di legalità.

---

<sup>55</sup> Così la dottrina dominante che preferisce l'impostazione della fattispecie plurisoggettiva eventuale alla teoria dell'accessorietà, da ultimo sul tema, si veda SEMINARA, *Accessorietà e fattispecie plurisoggettiva eventuale nel concorso di persone nel reato. Considerazioni sul senso di una disputa dottrinale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 2, 2021, p. 421 ss.; ID., *Sul "dogma" dell'unità del reato concorsuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 3, 2021, p. 789 ss.

<sup>56</sup> In questa linea, chiariscono l'importanza della distinzione tra prove e fatti le pronunce di SSUU, sent. n. 5307 del 20/12/2007, Rv. 238240, Battistella, con riferimento alla formulazione delle imputazioni e SSUU, sent. n. 40516 del 23/06/2016, Rv. 267629, Del Vecchio, con riferimento alle pronunce giurisprudenziali.

**IL DIVIETO DI AVVICINAMENTO ALLA PERSONA OFFESA  
TRA ESIGENZE DI PROTEZIONE DELLA VITTIMA  
E TUTELA DELLE GARANZIE DI LIBERTÀ DELL'ACCUSATO:  
IL PUNTO DI EQUILIBRIO INDIVIDUATO DALLE SEZIONI UNITE**

*Nota a [Cass., Sez. un., 29 aprile 2021 \(dep. 28 ottobre 2021\),  
n. 39005, Pres. Cassano, est. Di Stefano](#)*

di Livia Bongiorno

SOMMARIO: 1. Il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa: origini e finalità della misura. – 2. Tipicità e determinatezza della misura del divieto di avvicinamento: insufficienze e criticità. – 3. Orientamenti della Corte di cassazione: contrasti interpretativi e rimessione alle Sezioni Unite. – 4. La decisione delle Sezioni Unite.

**1. Il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa: origini e finalità della misura.**

L'attenzione verso la persona offesa, che mostra oggi il proprio volto di persona "in carne ed ossa"<sup>1</sup>, è cresciuta negli anni recenti e si è dipanata attraverso numerosi approdi normativi nazionali raggiunti sotto la spinta di una vivace legislazione europea<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Così L. CARACENI, *La vittima nel procedimento de libertate: i precari equilibri di un nuovo protagonismo ancora troppo poco meditato*, in *Rev. Bras. De dir. Proc. Pen.*, Porto Alegre, v. 7, n. 3, 2021, p. 1785.

<sup>2</sup> La più recente prospettiva vittimologica rintracciabile nella normativa continentale, che molto ha influito su quella nazionale, inizia con la decisione quadro 2001/220/GAI (assunta dal Consiglio d'Europa il 15 marzo 2001) e si compie con la direttiva 2012/29/UE (adottata dal Parlamento e dal Consiglio d'Europa il 25 ottobre 2012), alla quale va assegnato il merito di aver composto un organico corredo di diritti e garanzie, cui gli ordinamenti nazionali devono dare attuazione, per consentire alla vittima di avere un ruolo effettivo nelle dinamiche del procedimento penale e ricevere un trattamento in grado di salvaguardarne la dignità. La direttiva in parola è stata recepita dall'Italia con il d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212 (sul tema v. S. ALLEGREZZA, *Il ruolo della vittima nella direttiva 2012/29/UE*, in AA.VV., *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, a cura di L. Luparia, Padova, 2015. Inoltre, tra le iniziative legislative europee volte a rivalutare la figura della persona offesa e il suo ruolo processuale si ricordano la Convenzione di Lanzarote sulla *protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali*, siglata il 25 ottobre 2007, (l'Italia ha provveduto al suo recepimento con la l. 1 ottobre 2012, n. 172), e la Convenzione di Istanbul sulla *prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*, firmata l'11 maggio 2011 (l'Italia ha provveduto alla sua ratificazione con la l. 27 giugno 2013, n. 77). Infine, le direttive del

In particolare, la lotta a reati odiosi come quelli che colpiscono l'integrità psicofisica e la libertà sessuale di donne e minori ha catturato l'attenzione del legislatore europeo e le ricadute sul fronte interno non hanno tardato ad arrivare. In questo contesto, sulla scia di un allarme sociale diffusosi nell'opinione pubblica, il legislatore penale intervenne con le previsioni contenute nel c.d. "pacchetto sicurezza"<sup>3</sup>, introdotto con il d.l. n. 11/2009, recante «misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori»<sup>4</sup>. Come noto, a tale intervento normativo si deve l'introduzione del delitto di atti persecutori, con l'art 612-*bis* c.p., e, sul versante processuale, l'ingresso della misura cautelare del divieto di avvicinamento alla persona offesa disciplinata dall'art. 282-*ter* c.p.p.: si tratta di istituto che mira a proteggere la persona offesa dalla reiterazione di condotte offensive, tutelandone non soltanto l'incolumità fisica, ma più in generale lo svolgimento della propria vita in condizioni di sicurezza<sup>5</sup>.

Con tale strumento cautelare il giudice può fare divieto al destinatario di avvicinarsi a luoghi determinati abitualmente frequentati dalla persona offesa, ovvero può imporre l'obbligo di mantenere una determinata distanza da tali luoghi o dalla persona offesa, anche disponendo il controllo con le modalità previste dall'art. 275-*bis* c.p.p.<sup>6</sup>. Nello specifico, il divieto di avvicinamento a luoghi determinati, o l'obbligo di mantenere una data distanza da questi, mirano a mettere in sicurezza la vittima in occasione di attività che trovano svolgimento elettivo o circoscritto in precisi contesti spaziali, come l'abitazione o l'ambiente di lavoro dell'offeso; invece, l'obbligo di mantenere una determinata distanza dalla persona offesa si rende necessario in quelle situazioni in cui la ricerca di contatto con la vittima da parte dell'accusato sia

Consiglio d'Europa: la n. 2011/36/UE del 5 aprile 2011, relativa alla *prevenzione e la repressione della tratta degli esseri umani protezione delle vittime*, la n. 2011/92/UE del 13 dicembre 2011, riguardante la *lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile* e la 2011/99/UE del 13 dicembre 2011 sull'*ordine di protezione europeo*. Per una ricostruzione della legislazione europea sul punto v., M. VENTUROLI, [La tutela della vittima nelle fonti europee](#), in *Dir. pen. cont.*, 2012, f. 3 e 4, p. 86 ss., ed anche P. SECHI, *Vittime di reato e processo penale: il contesto sovranazionale*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 850 ss.

<sup>3</sup> Sul punto v., E. MARZADURI, *Il ricorso alla decretazione d'urgenza condizionato dal diffuso allarme sociale*, in *Guida al dir.*, 2009, n. 10, p. 39 ss.

<sup>4</sup> Per un approfondimento sulla normativa in questione v., AA.VV., *Il "Pacchetto sicurezza" 2009*, a cura di O. MAZZA, F. VIGANÒ, Torino, 2009.

<sup>5</sup> Sulla funzione della misura, tra gli altri, v. V. BONINI, *Il sistema di protezione della vittima e i suoi riflessi sulla libertà personale*, Milano, 2018, p. 283 e ss; G. SPANGHER, *La determinazione funzionale del divieto di avvicinamento alla vittima ex art. 282-ter c.p.p.*, in *Giur. it.*, 2015, f. 3, p. 727; A. MARANDOLA, *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 967, secondo la quale si tratta di una misura a cavallo tra l'allontanamento della casa familiare e il divieto di dimora, collocazione questa «discutibile poiché il divieto di avvicinamento avrebbe un'afflittività maggiore rispetto al divieto di dimora comportando maggiori restrizioni».

<sup>6</sup> Tale previsione è stata inserita con l'art. 15, co. 2, L. 19 luglio 2019, n. 69, c.d. *Codice Rosso*, recante *Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*. Per alcuni approfondimenti da punti di vista diversi v., P. DI NICOLA TRAVAGLINI – F. MENDITTO, *Il codice rosso*, Milano Giuffrè, 2020, p. 343; F. PAGLIONICO, [La tutela delle vittime da codice rosso tra celerità procedimentale e obblighi informativi](#), in questa *Rivista*, 2020; T. VITARELLI, *Violenza contro le donne e bulimia repressiva*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, f. 3, 2020, p. 461.



particolarmente insidiosa e diffusa o, comunque, non collegabile ad alcuni luoghi in particolare.

Il contenuto della misura nella sua doppia articolazione è ulteriormente integrabile, qualora sussistano «ulteriori esigenze di cautela», con il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dai prossimi congiunti della persona offesa, o da persone con questa conviventi o comunque legate da una relazione affettiva, ovvero con l'obbligo di mantenere una determinata distanza da tali luoghi o da tali persone, allargando in tal modo il raggio degli spazi protetti. Il giudice può, inoltre, vietare all'imputato di comunicare con qualsiasi mezzo con la persona offesa o con le persone ad essa legate.

Infine, il quarto comma prevede un bilanciamento tra le esigenze di protezione della vittima del reato e quelle proprie dell'accusato, stabilendo che, quando la frequentazione dei luoghi da inibire sia necessaria all'imputato per motivi di lavoro o per esigenze abitative, il giudice dovrà prescrivere le relative modalità di esecuzione della misura e le limitazioni.

Nonostante l'evidente correlazione genetica e funzionale con il contrasto al reato di "stalking", lo strumento in parola si caratterizza per una generale portata applicativa, svincolata da una tipologia predeterminata di illecito penale<sup>7</sup>, ed è volto in maniera diretta ad ingrandire lo schermo di protezione della vittima di atti violenti e persecutori dalle possibili occasioni di contatto con l'aggressore, ispirandosi così all'esperienza angloamericana dello *stay-away order*<sup>8</sup>.

Invero, l'introduzione della finalità "protettiva" in ambito cautelare risale già al 2001, quando con la legge n. 154<sup>9</sup> è stata prevista la misura dell'allontanamento dalla casa familiare *ex art. 282-bis c.p.p.*, di cui il divieto di avvicinamento rappresenta il naturale sviluppo, ampliando e in parte sovrapponendo le tutele offerte dalla misura di precedente conio. Inoltre, la collocazione interna all'ambiente familiare che rappresenta il tratto distintivo dell'istituto introdotto nel 2001 viene superata dal legislatore del 2009, estendendo il raggio protettivo «oltre le criticità esplose tra le mura domestiche»<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Sul punto, v. V. BONINI, *Il sistema di protezione della vittima*, cit., p. 283, che evidenzia come l'art. 612-bis c.p. «sembra rappresentare la fattispecie ideale di riferimento per la misura in parola, pur in assenza di qualsiasi delimitazione normativa che circoscriva le possibilità di disporre il divieto di avvicinamento a ipotesi di reato *nominatim* individuate». Nello stesso senso v., A. GARGANI, *Premessa al d.l. 23.2.2009, n. 11, conv., con modif., in L. 23 aprile 2009, n. 38 (stalking)*, *Leg. pen.*, 2009, p. 426; ancora, L. CARACENI, secondo cui il divieto di avvicinamento ha come «padre nobile» il reato di atti persecutori, così, in *Misure cautelari pro vittima e diritti di libertà dell'accusato: a proposito di una convivenza faticosa*, in *Arch. Nuova proc. pen.*, f. 3, 2017. Sul punto, inoltre, si evidenzia la pronuncia delle S.U. della Corte di cassazione, che qui si commenta, del 29 aprile 2021, dep. il 28 ottobre 2021, n. 39005, (in *Arch. Pen.*, f. n. 1, 2022, con commento di A. MUSCELLA, [Divieto di avvicinamento alla persona offesa e predeterminazione dei luoghi: l'art. 282-ter c.p.p. al vaglio delle Sezioni Unite](#)), nelle cui motivazioni viene affermato, per inciso, che «la misura è in astratto applicabile per qualsiasi reato».

<sup>8</sup> Sul punto v., F. MORELLI, *Commento all'art. 9 d.l. 23 febbraio 2009, n.11*, in *Legisl. pen.*, 2009, p. 496 ss.

<sup>9</sup> L. 4 aprile 2001, 154; per un commento alle disposizioni di rilievo processualpenalistico, v. S. SILVANI, *Misure contro la violenza nelle relazioni familiari*, in *Legisl. Pen.* 2001, p. 677.

<sup>10</sup> Così V. BONINI, *Il sistema di protezione della vittima*, cit., p. 284-285, che sul punto osserva come «vero tratto distintivo dell'art. 282-ter c.p.p., dunque è rappresentato dalla costruzione di un intervento

Insieme, tali misure rappresentano un microsistema cautelare, congegnato in funzione della protezione della vittima, quindi con scopi di prevenzione criminale in forza dell'art. 274, comma 1, lett. c, c.p.p.<sup>11</sup>, mirando ad impedire la reiterazione del reato e la *escalation* criminosa<sup>12</sup>.

## 2. Tipicità e determinatezza della misura del divieto di avvicinamento: insufficienze e criticità.

Fin dai primi commenti della dottrina alla “nuova” misura del divieto di avvicinamento sono state avanzate critiche sotto il suo profilo contenutistico sul piano del rispetto dei principi fondamentali in materia cautelare<sup>13</sup>.

Ciò si deve al fatto che lo strumento cautelare in parola è caratterizzato da una certa duttilità che rende possibile, da parte del giudice, la creazione di una misura sostanzialmente *ad hoc*, in relazione alla fattispecie concreta ed ai pericoli ad essa sottesi. Lo scopo è proprio quello di dare forma ad una tutela ritagliata su una vittima determinata, in modo da innalzare intorno a questa uno schermo protettivo, almeno durante le sue attività quotidiane, nei luoghi ove si svolge la sua socialità.

Proprio per questo sbilanciamento verso le istanze di protezione della vittima, l'art. 282-ter c.p.p. rappresenta, nel sistema delle cautele personali coercitive, «il punto di massima tensione tra diritti individuali contrapposti e si gioca tutto sull'esercizio della discrezionalità giudiziale nel fissare il *quantum* di spazio fisico che deve separare la vita

cautelare finalizzato a operare rispetto a fenomeni criminosi fortemente intrisi della componente relazionale; quest'ultima funge da punto di partenza, segna i binari entro i quali si muove la dinamica criminosa, rappresenta il luogo ove si concentrano i rischi di reiterazione e/o *escalation* delittuosa. Si tratta di un ambito non solo più ampio ma anche trasversale a quello delineabile in tema di abusi familiari e in materia di c.d. violenza di genere, postulando solamente un rapporto umano tra più poli che, calato in qualsiasi contesto relazionale (non solo sentimentale e affettivo, ma anche lavorativo, scolastico, di vicinato, etc.), va incontro ad una profonda degradazione, tale da porre in pericolo i beni fondamentali di uno dei protagonisti del rapporto».

<sup>11</sup> Invero, l'applicabilità di una misura *pro victima* potrebbe dipendere anche da esigenze di prevenzione probatoria ex art. 274, co. 1, lett. a, c.p.p.: in particolare, il presunto colpevole potrebbe condizionare tanto l'acquisizione che la genuinità della prova interferendo nella capacità di autodeterminarsi della vittima. di tale avviso tra gli altri, L. CARACENI, *Misure cautelari pro victima*, cit., p. 260; nello stesso senso, anche, F. ZACCHÈ, *Vecchi automatismi cautelari e nuove esigenze di difesa sociale*, in *Il "Pacchetto sicurezza" 2009*, cit., p. 296, secondo cui la misura è idonea a «soddisfare i bisogni cautelari di cui alla lett. a e c dell'art. 274, comma 1, c.p.p.»; *contra*, F. MORELLI *Commento all'art. 9*, cit., p. 504, secondo cui «nemmeno l'esigenza di prevenzione probatoria si adatterebbe alla misura del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dall'offeso». Anche su questo punto si segnala quanto affermato dalla Corte di Cass. a S.U., sent. 29 aprile 2021, dep. il 28 ottobre 2021, n. 39005, cit., qui in commento, secondo la quale trattandosi di una misura coercitiva inserita nel corpo del codice insieme alle altre, in assenza di divieti legislativi, valgono tutte le regole generali: «la misura è in astratto applicabile per qualsiasi reato e per tutte le esigenze cautelari previste dall'art. 274 c.p.p.».

<sup>12</sup> Sul punto v., F. ZACCHÈ, *Le cautele fra le prerogative dell'imputato e tutela della vittima di reati violenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 651.

<sup>13</sup> Cfr. F. MORELLI, *Commento all'art. 9*, cit., p. 499 ss.

dell'imputato da quella della vittima: tutto ciò in mancanza di indicazioni normative certe»<sup>14</sup>.

Osservando il contenuto basilare della misura, rappresentato dal divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dall'offeso ovvero dall'obbligo di mantenere una certa distanza da tali luoghi o dalla persona offesa, si nota già come sia possibile una modulazione delle prescrizioni a discrezione del giudice; inoltre, tutte e tre le diverse prescrizioni contengono delle spinosità con riferimento ai principi di legalità e determinatezza.

In primo luogo, il giudice della cautela deve individuare le zone da inibire all'accusato sulla base delle abitudini di vita della vittima. Ciò lo obbliga a stabilire, preliminarmente, la giusta accezione del termine "abituale" al fine di individuare i luoghi stessi ed è ovvio che tale esercizio interpretativo può facilmente portare a risultati diversi a seconda del convincimento dell'interprete. Non è chiaro, infatti, cosa voglia intendere il legislatore con «luoghi abitualmente frequentati dalla persona offesa»: se alluda al solo domicilio ed al luogo di lavoro o di studio, ovvero se la cautela si possa estendere anche ad ambienti diversi, ove l'offeso comunque svolge la sua vita di relazione come, a titolo di esempio, palestre, ristoranti, giardini pubblici. Dunque, il concetto di "abituale frequentazione" può risultare inadeguato in punto di determinatezza<sup>15</sup>, poiché la misura del vissuto di ogni luogo è lasciata alla libera interpretazione del giudice che la stabilirà a seconda delle necessità e dello stile di vita dell'offeso.

D'altro canto, non può negarsi che l'inibizione ad avvicinarsi a zone "protette" anche per lungo tempo, sia in grado di incidere in modo apprezzabile sulla libertà personale e di movimento di chi subisce la restrizione, nonché sulle sue relazioni sociali<sup>16</sup>.

Per tali ragioni, si ritiene che i contenuti dell'ordinanza debbano definire i luoghi inibiti e/o il raggio di distanza da mantenere rispetto ai medesimi, in base ad un rigoroso studio da parte del giudice circa le abitudini quotidiane dell'offeso e le sue reali esigenze di protezione<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Così, L. CARACENI, *Misure cautelari pro victima*, cit., p. 259; v., altresì, P. BRONZO, *Profili critici delle misure cautelari "a tutela dell'offeso"*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3473.

<sup>15</sup> Per un approfondimento sul punto v., L. Caraceni, *Misure cautelari pro victima*, cit., p. 259.

<sup>16</sup> Sul punto v., D. NEGRI, secondo il quale si assisterebbe così «all'emarginazione sociale dell'accusato», in *Le misure cautelari a tutela della vittima: dietro il paradigma flessibile, il rischio di incontrollata prevenzione*, *Giur. it.*, 2012, p. 470.

<sup>17</sup> Non saranno quindi rispettose del precetto normativo quelle ordinanze cautelari che indicano un generico "divieto di avvicinamento a tutti i luoghi che la vittima frequenti". Sul punto si evidenzia già ora il contrasto interpretativo tra le sezioni V e VI della Corte di cassazione, risolto dalle S.U. con la sentenza qui in commento, n. 39005 del 2021, cit., ove, secondo un primo orientamento, il divieto cautelare si può risolvere in un generico obbligo di non avvicinamento a qualsiasi luogo frequenti l'offeso, specie nel caso in cui si affianchi l'obbligo a mantenere le distanze dalla persona offesa stessa: in tal caso, infatti, la condotta da prevenire sarebbe caratterizzata dalla persistente ricerca di avvicinamento della vittima indipendentemente dal luogo in cui la stessa si trovi di volta in volta. In questo senso, *Cass. pen.*, Sez. V, n. 18139 del 2018, RV. 273173; *Cass. pen.*, Sez. V, n. 28667 del 2016, RV. 267371; *Cass. pen.*, Sez. V, n. 30926 del 2016, RV. 267792; *Cass. pen.*, Sez. V, n. 48395 del 2014, RV.

Allo stesso modo, allorché il giudice decida di instaurare la cautela, spostando il punto di riferimento dai luoghi alla persona offesa stessa, dovrà essere fissata con precisione la distanza minima da mantenere ai fini dell'osservanza dell'obbligo: a tal fine, nel silenzio della norma, si insinua il dubbio circa la precisa misura della distanza necessaria per assicurare protezione all'offeso<sup>18</sup>. In questa ipotesi applicativa, peraltro, il contenuto della prescrizione, per quanto dettagliato, non assume contorni del tutto definiti all'interno dell'ordinanza, ma può sembrare alquanto "camaleontico": infatti, seguendo gli spostamenti della persona offesa, la misura appare mobile e dipendente, giocoforza, dalla volontà della vittima<sup>19</sup>. Tale particolare conformazione contenutistica rappresenta un tratto esclusivo della misura del divieto di avvicinamento<sup>20</sup> e, senza dubbio, appare anche la più problematica con riferimento al rispetto dei principi di legalità e determinatezza.

Chiaramente il legislatore vuole in tal modo assicurare alla vittima una protezione costante in tutti quei casi in cui il comportamento lesivo non si manifesti solo in un determinato luogo, bensì si configuri come una persistente, invasiva, ossessiva, ricerca di contatto con l'offeso ovunque si trovi. Resta comunque fermo il fatto che in un'ordinanza ove si imponga di mantenere una determinata distanza dalla persona offesa «il bersaglio protettivo si fa mobile e con esso si spostano, in un continuo divenire, i confini posti alla libertà dell'imputato»<sup>21</sup>.

Anche per il secondo comma tutte le problematiche evidenziate permangono, con l'aggravante che, oltre alla individuazione dei luoghi da inibire e la determinazione della distanza da imporre, il giudice dovrà, altresì, stabilire quanto debba essere forte la

---

264210; Cass. pen., Sez. V, n. 19552 del 2013, RV. 255512; Cass. pen., Sez. V, n. 36887 del 2013, RV. 257184; Cass. pen., Sez. V, n. 13568 del 2012, RV. 253296, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3466, con nota di P. BRONZO, *Profili critici delle misure cautelari "a tutela dell'offeso"*. Secondo altra interpretazione, invece, è necessario che il provvedimento del giudice applicativo della misura di cui all'art. 282-ter c.p.p. specifichi in ogni caso i luoghi per i quali vige divieto di avvicinamento. Tale indicazione sarebbe necessaria ai fini della concreta esecuzione del provvedimento impositivo e del controllo del rispetto delle prescrizioni; inoltre, in tal modo, si otterrebbe la massima garanzia per la vittima con il minore sacrificio per la persona sottoposta alle indagini. Così, Cass. pen., Sez. V, n. 28225 del 2015, RV. 265297; Cass. pen., Sez. VI, n. 8333 del 2015, RV. 262456; Cass. pen., Sez. V, n. 5664 del 2014, RV. 262149; Cass. pen., Sez. VI, n. 14766 del 2014, RV. 261721; Cass. pen., Sez. V, n. 27798 del 2013, RV. 25769 Cass. pen., Sez. VI, n. 26819 del 2011, RV. 250728, in *Dir. pen. cont.*, 24 gennaio 2012, con commento di L. COLLINI, [Il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa tra principio di legalità e discrezionalità giudiziale](#).

<sup>18</sup> In tal senso F. MORELLI, *Commento all'art. 9*, cit., p. 500.

<sup>19</sup> Un'indeterminatezza, questa, che «frustrerebbe non soltanto la garanzia della riserva di legge, ma anche quella della riserva di giurisdizione, poiché sarebbe la persona offesa (e non il giudice) a definire l'entità della coazione attuata sul soggetto colpito dalla misura»: in questi termini, L. CARACENI, *Misure cautelari pro victima*, cit., p. 260; ugualmente F. MORELLI, *Commento all'art. 9*, cit., p. 502.

<sup>20</sup> È questa la più significativa novità dal punto di vista contenutistico, un divieto d'avvicinamento all'offeso "materiale e virtuale", cfr. sul punto, F. ZACCHÈ, *Vecchi automatismi cautelari*, cit., p. 297; in definitiva l'ordine impartito è di «stare alla larga da certi luoghi o di non ridurre rispetto a quella prescritta la distanza fisica da alcune persone», così, D. NEGRI, *Le misure cautelari a tutela della vittima*, cit., p. 469.

<sup>21</sup> Così, V. BONINI, *Il sistema di protezione della vittima*, cit., p. 295.

relazione affettiva che lega la vittima ad altre persone, affinché anche a queste venga estesa la protezione della misura<sup>22</sup>. Inoltre, le criticità rilevate con riferimento all'obbligo di mantenere una determinata distanza dalla persona offesa qui potrebbero moltiplicarsi per ogni persona gravitante intorno alla vittima, per la quale al prevenuto verrebbe ordinato di mantenere una distanza determinata.

Sostanzialmente, tutti gli elementi del divieto di avvicinamento presentano un basso tasso di determinatezza descrittiva. Non fa eccezione neanche il quarto comma dell'art. 282-ter c.p.p., ove il bilanciamento tra esigenze di protezione della vittima e necessità abitative, o lavorative, dell'indagato sono rimesse totalmente al potere discrezionale del giudice cautelare<sup>23</sup>.

Ebbene, proprio nella fluidità di tale misura risiede la possibilità di costruire una forma di cautela intorno alla vittima in relazione alla situazione di fatto su cui si proietta il provvedimento<sup>24</sup>. Il legislatore, evidentemente, intende in tal modo affidarsi al giudice ed alla sua discrezionalità per strutturare la misura secondo gli obblighi e i divieti di fare più adatti a soddisfare i *pericula* che il caso concreto prospetta<sup>25</sup>.

La rispondenza ai canoni di legalità costituzionale viene quindi garantita da un provvedimento del giudice quanto più possibile determinato; la rarefazione normativa può trovare così aggiustamento in un'ordinanza dettagliata, che consenta al destinatario di riconoscere i divieti e gli obblighi imposti. Del resto, provvedimenti generici non solo rischierebbero un disallineamento dalle garanzie costituzionali poste a tutela dell'indagato/imputato, ma finirebbero per frustrare anche le esigenze di protezione della persona offesa, che ha interesse a conoscere con precisione i luoghi in cui può muoversi al riparo da incursioni potenzialmente lesive<sup>26</sup>.

### 3. Le decisioni della Corte di cassazione: contrasti interpretativi e rimessione alle Sezioni Unite.

Proprio in ordine al *quantum* di determinatezza del provvedimento applicativo della misura cautelare di cui all'art. 282-ter c.p.p. si registra un intenso dibattito nella giurisprudenza di legittimità sfociato in un'ordinanza di rimessione<sup>27</sup> alle Sezioni Unite, alle quali è stato richiesto di chiarire «se, nel disporre la misura cautelare prevista dall'art. 282-ter c.p.p., il giudice debba determinare specificamente i luoghi oggetto del divieto di avvicinamento e di mantenimento di una determinata distanza».

Il Collegio remittente ha rilevato che, secondo un primo indirizzo<sup>28</sup>, al destinatario della misura cautelare può essere imposto l'obbligo di mantenere una

<sup>22</sup> In tal senso, ancora, F. MORELLI, *Commento all'art. 9*, cit., p. 500.

<sup>23</sup> Per un approfondimento sul punto, v. V. BONINI, *Il Sistema di protezione della vittima*, cit., p. 292-293.

<sup>24</sup> In questi termini, G. FIDELBO, *Lo stalking e le nuove misure cautelari di protezione della vittima dalle violenze familiari*, in *Min. giust.*, 2009, f. 3, p. 70.

<sup>25</sup> Così D. NEGRI, *Le misure cautelari a tutela della vittima*, cit., p. 469.

<sup>26</sup> Di tale avviso, tra gli altri, V. BONINI, *Il sistema di protezione della vittima*, cit., p. 289 ss.

<sup>27</sup> Cass. pen., VI Sez., Ord. 28 gennaio 2021, n. 8087, cit.

<sup>28</sup> Cass. pen., Sez. V, n. 18139 del 2018, RV. 273173; Cass. pen., Sez. V, n. 28667 del 2016, RV. 267371;

determinata distanza dalla persona offesa ovunque essa si trovi, senza che sia necessario specificare i luoghi oggetto del divieto, nel caso in cui la condotta da prevenire sia caratterizzata dalla persistente ricerca di avvicinamento della vittima indipendentemente dal luogo in cui la stessa si trovi.

Le decisioni riconducibili a tale linea interpretativa considerano le finalità della misura del divieto di avvicinamento, la cui introduzione è stata condizionata dalla necessità di tutelare situazioni peculiari, spesso conseguenti alla condotta di atti persecutori *ex art. 612-bis c.p.* In tali circostanze, soprattutto ove si realizzi una persistente ed invasiva ricerca di contatto con la vittima, l'esigenza di protezione dell'offeso e, soprattutto, la possibile degenerazione criminosa, imporrebbe l'applicazione della misura in parola nel suo maggiore grado di afflittività per il destinatario: «non è più rilevante individuare i luoghi di abituale frequentazione della vittima, né può ritenersi che in tale modo l'indagato sia sottoposto a limitazioni della propria libertà personale di carattere indefinito, estranee alle proprie intenzioni persecutorie e di fatto dipendenti dalla volontà della persona offesa. Le prescrizioni, anche quando limitate al generico riferimento al divieto di avvicinarsi alla persona offesa ed ai luoghi in cui la stessa in concreto si trovi, mantengono invero un contenuto coercitivo sufficientemente definito nell'essenziale imposizione di evitare contatti ravvicinati con la vittima, la presenza della quale in un certo luogo è sufficiente ad indicare lo stesso come precluso all'accesso dell'indagato»<sup>29</sup>.

Le ragioni poste alla base delle considerazioni sin ora evidenziate si riconoscono peraltro nelle previsioni della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio UE 2011/99/UE del 13 dicembre 2011, in tema di ordine di protezione europeo (il cui art. 5, lett. c, che contempla il divieto di avvicinamento alla persona protetta, richiede unicamente che sia definito il perimetro all'interno del quale scatta la protezione), e si ricollegano ai contenuti della normativa nazionale di adeguamento alle disposizioni della suddetta direttiva europea, adottata con il d.lgs. 11 febbraio 2015 n. 9<sup>30</sup>, «atteso che tra le misure poste alla base dell'ordine di protezione vi è anche il divieto di cui all'art. 282-ter, c.p.p., che risulta particolarmente efficace ove adottato in forma rafforzata»<sup>31</sup>.

A tale interpretazione dei contenuti della misura in parola si contrappone altro orientamento della giurisprudenza, volto invece a sostenere che l'ordinanza applicativa della misura *ex art. 282-ter c.p.p.* debba necessariamente determinare, in ogni caso, i

Cass. pen., Sez. V, n. 30926 del 2016, RV. 267792 Cass. pen., Sez. V, n. 48395 del 2014, RV. 264210; Cass. pen., Sez. V, n. 19552 del 2013, RV. 255512; Cass. pen., Sez. V, n. 36887 del 2013, RV. 257184; Cass. pen., Sez. V, n. 13568 del 2012, RV. 253296, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3466, con nota di P. BRONZO, *Profili critici delle misure cautelari "a tutela dell'offeso"*. Di uguale avviso, altresì, una pronuncia della stessa Sezione di rimessione, Cass. pen., VI Sez., n. 42021 del 2016, RV. 267898.

<sup>29</sup> In questi termini, Cass. pen., Sez. V, n. 19552 del 2013, RV. 255512; v., altresì, Cass. pen., Sez. V, n. 5664 del 2014, RV. 262149, secondo cui «tale prescrizione non ha un contenuto generico o indeterminato, poiché rimanda ad un comportamento specifico, chiaramente individuabile: quello di non ricercare contatti, di qualsiasi natura, con la persona offesa».

<sup>30</sup> Per un approfondimento v., I. MARCELLI, *L'Italia recepisce la direttiva sull'ordine di protezione europeo*, *Arch. Pen.*, 2015, f. 3, p. 1 ss.

<sup>31</sup> Cass. pen., Sez. V, n. 30926 del 2016, RV. 267792.



luoghi rispetto ai quali è inibito l'accesso all'indagato<sup>32</sup>. Tale indirizzo trova la sua ragion d'essere non solo nel dato normativo nel quale si fa espresso riferimento ai luoghi "determinati" ma, soprattutto, nel fatto che le limitazioni poste all'indagato risulterebbero, altrimenti, eccessivamente gravose rispetto ai suoi diritti di libertà e locomozione: senza una chiara indicazione dell'ambito geografico del divieto egli verrebbe assoggettato a compressioni della propria libertà personale di carattere indefinito.

Solo con l'indicazione dettagliata dei luoghi oggetto del divieto «il provvedimento cautelare assume una conformazione completa, che consente il controllo delle prescrizioni funzionali al tipo di tutela che la legge intende assicurare, garantendo, così, il giusto temperamento tra le esigenze di sicurezza, improntate alla tutela della vittima e al minor sacrificio delle libertà della persona sottoposta alle indagini»<sup>33</sup>.

Sempre secondo la stessa linea ermeneutica, quindi, il contenuto del provvedimento cautelare deve porre il destinatario della misura in condizione di conoscere preventivamente quali siano i luoghi frequentati dalla persona offesa ai quali non deve avvicinarsi in via assoluta. In caso contrario imporrebbe una «condotta di *non facere* del tutto indeterminata e la cui individuazione sarebbe di fatto affidata alla persona offesa»<sup>34</sup>.

La sez. VI della Corte, infine, prima di rimettere la questione alle Sezioni Unite, prospetta una lettura alternativa e, per così dire, intermedia rispetto alle due interpretazioni in contrasto, promuovendo quanto stabilito in una precedente decisione<sup>35</sup>, ove ha affermato che «l'art. 282-ter c.p.p., consente di modulare il divieto di avvicinamento sia guardando ai luoghi frequentati dalla vittima che prendendo, come parametro di riferimento, direttamente il soggetto che ha patito l'azione delittuosa, potendo l'iniziativa cautelare essere strutturata imponendo all'indagato di tenersi ad

<sup>32</sup> Cass. pen., Sez. V, n. 28225 del 2015, RV. 265297; Cass. pen., Sez. VI, n. 8333 del 2015, RV. 262456; Cass. pen., Sez. V, n. 5664 del 2014, RV. 262149; Cass. pen., Sez. VI, n. 14766 del 2014, RV. 261721; Cass. pen., Sez. V, n. 27798 del 2013, RV. 25769 Cass. pen., Sez. VI, n. 26819 del 2011, RV. 250728, in *Dir. pen. cont.*, 24 gennaio 2012, con commento di L. COLLINI, *Il divieto di avvicinamento*, cit.

<sup>33</sup> Così, Cass. pen., Sez. VI, n. 26819 del 2011, RV. 250728. Con tale decisione la Corte ha messo in luce la peculiarità di tale tipo di misura che, differenziandosi dalle tradizionali misure cautelari "interamente predeterminate", generalmente non necessitanti di integrazioni prescrittive, rimette al giudice la individuazione del contenuto prescrittivo della misura «sia la misura di allontanamento dalla casa familiare, che quella del divieto di avvicinamento si caratterizzano perché affidano al giudice della cautela il compito, oltre che di verificare i presupposti applicativi ordinari, di riempire la misura di quelle prescrizioni essenziali per raggiungere l'obiettivo cautelare ovvero per limitare le conseguenze della misura stessa». La Corte, inoltre, nella stessa decisione pare voler superare le disposizioni contenute espressamente nella norma di cui all'art. 282-ter, affermando che «un provvedimento calibrato sul mantenimento di una data distanza dalla persona offesa ovunque essa si trovi in un dato momento non rispetta il contenuto legale e, comunque, prescrive una condotta generica (...) un provvedimento che imponga di mantenere una distanza non inferiore a metri 100 in caso di incontro occasionale con la persona offesa sarebbe caratterizzato da eccessiva gravosità e sostanziale inesequibilità». Gli argomenti di questa decisione sono sempre stati richiamati espressamente dalle successive decisioni che sono giunte a conclusioni analoghe.

<sup>34</sup> Così, Cass. pen., Sez. VI, n. 8333 del 2015, RV. 262456.

<sup>35</sup> Cass. pen., Sez. VI, n. 28666 del 2015, J.A.K.W.S., (non massimata).

una certa distanza dalla vittima; un'unica misura con contenuto flessibile da declinare a seconda delle esigenze di neutralizzazione del rischio di reiterazione imposte dal caso di specie (...). Quando il provvedimento si limiti a fare riferimento alla persona offesa e non anche ai luoghi da questa frequentati, non è necessario delimitare, attraverso l'indicazione di luoghi ben individuati, il perimetro di operatività del divieto; viceversa quando il provvedimento faccia anche riferimento ai luoghi abitualmente frequentati alla persona offesa, il divieto di avvicinamento deve necessariamente indicare in maniera specifica e dettagliata i luoghi rispetto ai quali è inibito l'accesso all'indagato».

Secondo il Collegio remittente, è quindi in relazione alle concrete esigenze di tutela che si vogliono garantire con l'imposizione della misura, nonché in rapporto alle peculiari modalità di esplicazione delle condotte illecite (in particolare, al loro profilo statico o dinamico), che dovrà misurarsi lo sforzo interpretativo, fornendo le opportune precisazioni circa i limiti di applicazione delle prescrizioni secondo le necessità richieste dalla specificità del caso.

#### 4. La decisione delle Sezioni Unite.

Dopo un'analisi delle ragioni poste a fondamento dei due diversi filoni giurisprudenziali, la Suprema Corte afferma, innanzitutto, la sussistenza di un contrasto sull'applicazione dell'art. 282-ter c.p.p., riconoscendone la portata e constatando allo stesso tempo che, sostanzialmente, la diversità delle decisioni che ha dato luogo al contrasto appare determinata soprattutto dalle differenti situazioni di fatto nelle singole vicende.

La valutazione della Sezione rimettente, secondo cui le due opzioni interpretative non sono da intendere necessariamente in termini di alternatività, potendo portare, insieme, alla precisazione dei limiti di applicazione delle prescrizioni secondo le necessità richieste dalla specificità del caso, appare secondo la Corte corretta. Da questo punto fermo inizia il suo argomentare rivolgendo l'attenzione, *in primis*, agli sviluppi normativi da cui è sorta la misura del divieto di avvicinamento.

In particolare, con un *excursus* sulla *ratio* degli istituti introdotti dal legislatore in materia di protezione della vittima di reati violenti, la Corte guarda dapprima alla misura speculare dell'allontanamento dalla casa familiare, introdotta con la l. 154 del 2001, per poi soffermarsi sul carattere incisivo delle previsioni del pacchetto sicurezza del 2009, a cui si deve l'introduzione dell'art. 282-ter c.p.p. Infine, la Corte richiama l'ulteriore «perfezionamento del sistema di protezione della vittima», rappresentato dalla l. n. 69/2009 (c.d. Codice Rosso), che tra le altre previsioni ha introdotto anche per la misura cautelare di cui all'art. 282-ter c.p.p., la possibilità di utilizzare le procedure di controllo mediante mezzi elettronici, di cui all'art. 275-bis c.p.p.

Dall'analisi degli istituti passati in rassegna, viene osservato come le misure protettive, che trovano ispirazione nell'esperienza già maturata in altri ordinamenti, mirano «a prevenire sviluppi criminogeni potenzialmente degenerativi, in quanto proprio la distanza tra indagato e persona offesa dal reato dovrebbe evitare le occasioni di contatto agevolatrici della prosecuzione di condotte delittuose». Sulla base di tali

considerazioni la Corte, concentrandosi sulla interpretazione letterale della disposizione in questione, rileva come essa si presenti inequivoca nello stabilire due tipologie di prescrizioni finalizzate a precludere il contatto fisico tra persona offesa e indagato: in particolare, mediante il mantenimento della distanza dai luoghi abitualmente frequentati dalla persona offesa, ovvero dalla persona offesa in quanto tale, ovunque essa effettivamente si trovi nel dato momento<sup>36</sup>. Tali prescrizioni, precisa la Corte, sono «autonome» e possono essere applicate «alternativamente e congiuntamente»<sup>37</sup>.

Invero, le Sezioni Unite osservano che proprio con riferimento ai contenuti della misura in parola, l'orientamento giurisprudenziale più rigoroso pone diversi dubbi sulla possibilità che una misura così peculiare nel limitare i diritti dell'indagato, secondo schemi nuovi per il nostro ordinamento, sia conforme ai diritti fondamentali ed in generale ai principi di legalità e determinatezza delle misure cautelari. Al riguardo le Sezioni Unite rilevano che l'art. 272 c.p.p., «pilastro fondamentale del sistema cautelare che sancisce il principio di stretta legalità», non vuole sottolineare solo la necessità della previsione legale delle misure cautelari «che già scaturisce dalla doppia riserva, di legge e di giurisdizione, dettata dall'art. 13, secondo comma, Cost.»; piuttosto, il proposito è quello di ridurre ad un "numero chiuso" le figure limitative della libertà utilizzabili in funzione cautelare nel corso del procedimento penale, «sicché non possono essere applicate misure diverse da quelle espressamente considerate»<sup>38</sup>. Ciò detto, la Corte stabilisce la piena conformità della misura in parola ai principi fondamentali poiché, di fatto, il legislatore ha provveduto ad inserire l'art. 282-ter c.p.p. tra le misure cautelari personali coercitive dell'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria (art. 282 c.p.p.)

---

<sup>36</sup> Le Sezioni Unite pongono in evidenza, inoltre, la corrispondenza della misura cautelare del divieto di avvicinamento così interpretata con la normativa sovranazionale di promozione della tutela delle vittime di aggressione mirate: in particolare la Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio U.E. n. 2001 del 13 dicembre 2011 sull'ordine di protezione europeo: le misure di protezione nazionali previste da tale direttiva ai fini della disposizione di un ordine di protezione anche a livello europeo sono infatti sovrapponibili a quanto previsto dall'art. 282 ter, c.p.p., ossia il divieto di frequentazione dei luoghi o località in cui la persona protetta risiede o che la stessa frequenta; l'interdizione da contatti telefonici/telematici; il divieto o la regolamentazione dell'avvicinamento alla persona protetta entro un perimetro definito.

<sup>37</sup> La Corte afferma, inoltre, che «come spesso segnala la giurisprudenza, proprio il reato di atti persecutori – di cui si ribadisce lo stretto collegamento con la misura, rispetto al quale la condotta oggetto della temuta reiterazione può avere i connotati della persistente ed invasiva ricerca di contatto con la vittima in qualsiasi luogo in cui la stessa si trovi – tendenzialmente impone il ricorso ad entrambe le prescrizioni, considerato che il divieto di avvicinamento ai luoghi consente di valutare con sospetto ogni avvicinamento anche in assenza della vittima». Oltre a ciò, aggiunge a riguardo che «la unicità della misura cautelare, modulabile con più prescrizioni funzionali a garantire la massima tutela nel caso concreto per la persona offesa esclude, quindi, che possa ritenersi violato il divieto di cumulo di più misure cautelari», facendo così espresso riferimento alla sentenza delle S.U., n. 29907 del 30 maggio 2006, La Stella, RV. 234138, ed al divieto di cumulo di più misure cautelari con essa stabilito: «la somma delle prescrizioni, del resto, non ha certamente l'effetto di creare una nuova misura non corrispondente al paradigma normativo tipico, ma anzi realizza l'unico modello ed i suoi effetti».

<sup>38</sup> Le Sezioni Unite fanno qui ancora espresso riferimento al precedente S.U., 30 maggio 2006, La Stella, RV 234138, che «affronta il tema della cumulabilità delle misure cautelari svolgendo argomenti che, *mutatis mutandis*, possono essere riferiti anche alla misura del divieto di avvicinamento».

e quelle dell'obbligo e del divieto di dimora (art. 283 c.p.p.), ritenendo che le relative prescrizioni facciano capo alle stesse tipologie di limitazioni, ponendosi in una scala di graduazione delle misure disciplinate dagli artt. 280 a 285 c.p.p. Secondo il supremo Consesso si tratta, infatti, di «situazioni che trovano disciplina nell'art. 13 della Costituzione per cui si è in presenza di libertà che, nella cornice della rigida disciplina legale, possono essere limitate nel rispetto di una esigenza costituzionale di proporzione e gradualità che deve trovare riscontro nella scelta fatta con il provvedimento del giudice e nella sua motivazione».

Con riferimento invece al grado di determinatezza del divieto di avvicinamento, le Sezioni Unite affrontano le critiche mosse alle prescrizioni contenute dalla misura, in merito ad un provvedimento cautelare contenente un espresso divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa o un obbligo di mantenere una determinata distanza dagli stessi, anche cumulativamente all'obbligo di mantenere una data distanza anche dall'offeso. La Corte afferma che in tal caso è necessario che l'ordinanza individui chiaramente e nel dettaglio i luoghi oggetto della preclusione: «la individuazione di tali spazi serve a garantire che la persona offesa sia libera nei suoi contesti quotidiani» e, al contempo, «a dare certezza all'indagato sulla estensione del divieto», nonché a facilitare e rendere efficaci i controlli sul rispetto delle prescrizioni da parte del destinatario della misura<sup>39</sup>.

In buona sostanza, la necessità di indicare precisamente i luoghi interdetti all'accusato è strettamente collegata all'esigenza di conformare la misura al rispetto delle regole di esigibilità della condotta e conoscibilità delle prescrizioni e, più in generale alla necessità di completare e colmare quel vuoto di determinatezza lasciato nella norma da parte del legislatore. Il principio di determinatezza, nel caso di un divieto di avvicinamento ai luoghi, impone, dunque, uno sforzo da parte del giudice al fine di una puntuale individuazione dei luoghi da inibire al prevenuto ma, prima ancora, uno sforzo da parte dell'organo inquirente nel fornire, a corredo della richiesta di applicazione della misura cautelare, ogni elemento utile a delineare da un lato le modalità di estrinsecazione della condotta delittuosa, e dall'altro le abitudini di vita della persona offesa ed i pericoli connessi.

Ciò detto, i giudici di legittimità evidenziano che anche un'ordinanza contenente un divieto di avvicinamento "mobile" alla persona offesa, sganciato quindi dalla individuazione di qualsiasi luogo determinato, ma con le dovute indicazioni circa la distanza da tenere, risulta sufficientemente specifica, determinata ed eseguibile, imponendo all'indagato di non cercare il contatto con la persona offesa, con la conseguenza che «persino nell'ipotesi di incontro casuale, il soggetto, acquisita la consapevolezza della presenza della persona offesa, è tenuto ad allontanarsi, ripristinando la distanza determinata a lui imposta»<sup>40</sup>. Non trovano accoglimento

---

<sup>39</sup> Tali luoghi, aggiunge la Corte, sono sempre inibiti all'indagato, anche quando allo stesso è noto che la persona offesa si trovi in tutt'altro posto.

<sup>40</sup> In realtà, come già osservato, una tale prescrizione non potrà mai raggiungere un sufficiente grado di determinatezza, a prescindere dallo sforzo di precisione dei contenuti da parte del giudice. Un aiuto in tal senso potrebbe arrivare dalla nuova previsione relativa all'utilizzo, anche per queste particolari

neanche le critiche sulla eccessiva gravosità di una tale misura per il destinatario: le Sezioni Unite affermano, infatti, che tali obiezioni non sono in alcun modo determinanti, essendo una chiara scelta del legislatore quella di prevedere la possibilità di impartire solo un obbligo di distanza dalla persona offesa.

In ogni caso, trattandosi di una misura coercitiva, «il giudice chiamato ad applicarla ha ampia discrezionalità nella scelta e nella graduazione per il caso concreto con la valutazione circa l'intensità delle esigenze cautelari e l'applicazione delle comuni regole di valutazione dell'adeguatezza e della proporzionalità della misura per il caso concreto», pertanto, «la comune applicazione delle regole degli artt. 272 ss. c.p.p., garantisce che tale prescrizione venga disposta solo se strettamente necessaria nel caso concreto».

Secondo la Corte, dunque, il corretto utilizzo dello strumento cautelare in parola implica che, al ricorrere delle condizioni di cui agli artt. 273 e 274 c.p.p., l'applicazione graduale delle varie prescrizioni andrà correlata alla intensità delle esigenze cautelari da soddisfare, soprattutto in ragione del rischio di aggressione fisica o psicologica della vittima, facendo riferimento al criterio generale di adeguatezza e proporzionalità di cui all'art. 275, commi 1 e 2, c.p.p.<sup>41</sup>.

Se si dovesse invece affermare l'impossibilità di applicare un divieto di avvicinamento "mobile" ovunque si trovi la parte offesa, la scelta della misura cautelare utile nel singolo caso potrebbe di certo ricadere su una di quelle maggiormente gravose e limitative della libertà personale rispetto a quella prevista dall'art. 282-ter c.p.p.: a ben vedere, dunque, «la misura in questione ha un profilo di favore proprio per l'indagato che, certamente, vedrà una minore limitazione della propria libertà rispetto alle altre misure maggiormente afflittive (artt. 284 ss. c.p.p.), in grado di impedire il contatto fisico e visivo con la persona offesa».

In conclusione, secondo la Corte, è legittimo sia quel provvedimento cautelare che preveda un divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla vittima e, in tal caso, tali luoghi devono essere specificatamente individuati, sia un'ordinanza che dispone solo un obbligo di mantenere una determinata distanza dalla persona offesa da parte dell'accusato, a prescindere dal luogo in cui questa si trovi. Nel primo caso, l'elencazione dettagliata dei luoghi ai quali è vietato l'accesso al prevenuto si rende necessaria non solo ai fini della determinatezza della misura, ma anche ai fini del controllo del rispetto dei limiti imposti da parte del destinatario della misura stessa e, allo stesso tempo, per far sì che la persona offesa abbia la possibilità di acquisire maggiore sicurezza presso i luoghi da lei abitualmente frequentati, senza il timore di incontrare l'accusato. Nel

---

forme di cautela a protezione della vittima, dei dispositivi di controllo elettronici *ex art. 275-bis c.p.p.* Se non fosse che, in concreto, ciò venga sostanzialmente precluso dall'annosa problematica relativa alla scarsa disponibilità di tali preziosi strumenti.

<sup>41</sup> La alternatività fra le prescrizioni contemplate dall'art. 282-ter c.p.p., potrebbe tra l'altro rappresentare una «necessità funzionale: basti pensare al personaggio perseguitato in luoghi esterni ove esercita la sua attività (un esponente politico, dello spettacolo, etc.), che mantenga segreto il dato della residenza e dei luoghi abituali»; in tali casi la necessaria indicazione dei luoghi abitualmente frequentati dall'offeso porterebbe ad effetti controproducenti, suggerendo di fatto allo *stalker* trasgressivo dove estendere la sua attività di persecuzione.

secondo caso, invece, un divieto mobile di avvicinamento all'offeso consente di gestire quelle situazioni peculiari in cui la continua ricerca di contatto da parte dell'accusato fa sì che lo scudo di protezione debba accompagnare la persona offesa in ogni ambiente ed in ogni circostanza.

Le Sezioni Unite risolvono, quindi, il contrasto fornendo il principio di diritto per cui «il giudice che ritenga adeguata e proporzionata la sola misura cautelare dell'obbligo di mantenere una determinata distanza dalla persona offesa (art. 282-ter, comma 1, cod. proc. pen.) può limitarsi ad indicare tale distanza. Nel caso in cui, al contrario, nel rispetto dei predetti principi, disponga, anche cumulativamente, le misure del divieto di avvicinamento ai luoghi da essa abitualmente frequentati e/o di mantenimento della distanza dai medesimi, deve indicarli specificamente».

La pronuncia nel suo complesso rappresenta un invito per gli interpreti a riconoscere la misura in parola quale risultato del faticoso bilanciamento operato dal legislatore tra le istanze di protezione della vittima di reati insidiosi e violenti e le garanzie di libertà dell'accusato.

A ben vedere, in effetti, un provvedimento coercitivo frutto di una marcata discrezionalità del giudice, che tenga conto delle caratteristiche del reato, delle peculiarità della condotta, individuando le risposte più opportune a bisogni cautelari mirati, rappresenta senza dubbio una novità nel sistema *de libertate*. Peraltro, l'ampliamento del ventaglio cautelare attraverso l'inserimento dei c.d. *protection orders* contribuisce a valorizzare i principi di adeguatezza e proporzionalità e allontana lo spettro del ricorso a meccanismi di intensa compressione della libertà personale attraverso le tradizionali forme custodiali, così prestandosi ad attuare il principio del minimo sacrificio della libertà personale insito nell'art. 13 della Costituzione.



## DALL'EMERGENZA ALLA LEGGE DELEGA AL GOVERNO: VERSO UN PROCESSO PENALE VERAMENTE TELEMATICO?

di Francesco Cananzi

*Il processo penale è certamente in ritardo quanto alla sua declinazione telematica rispetto al processo civile. L'autore esamina il grado di sviluppo del processo penale telematico, analizzando normativa e giurisprudenza prima della pandemia, osservandone lo sviluppo durante il periodo emergenziale, che pur nella sua tragicità ha imposto una accelerazione in termini di competenze e implementazione normativa e strutturale per assicurare il servizio giustizia. Il tutto viene poi confrontato con i principi in tema di processo penale telematico previsti dalla legge di delega di riforma "Cartabia", che imporrà di selezionare alcune delle esperienze maturate nel periodo pandemico, al fine di semplificare, ridurre i tempi di trattazione del processo penale come gli obiettivi del PNNR impongono. L'autore auspica un metodo comunicativo e dialogico nella fase di sperimentazione e che non solo la celerità del processo, ma anche la qualità della risposta di giustizia possano essere accresciute dal processo penale telematico, grazie a una transizione digitale che sia anche ecologica.*

SOMMARIO: 1. Il virtuale è reale. – 2. Uno sguardo al recente passato: l'accelerazione delle competenze fra politica delle sospensioni e sviluppo telematico. I pilastri telematici e le prospettive della legge delega di riforma del processo penale. – 3. Le notifiche telematiche solo 'in uscita'. – 4. La legge di delega al Governo in tema di notifiche telematiche. – 5. Irricevibilità e irregolarità delle notifiche telematiche, da parte dei difensori, 'in entrata' verso gli uffici giudiziari prima della pandemia. Oneri di prova e onere di valutazione da parte del giudice. Ritualità delle notifiche fra le parti private a mezzo PEC. – 6. La pandemia ha favorito il deposito telematico degli atti 'in entrata': gli sviluppi previsti della legge di delega. – 7. Impugnazioni pandemiche a mezzo PEC dopo la conversione del decreto legge n. 137 con legge 176/2020. – 8. La questione dell'opposizione ex art. 410 c.p.p.: deposito in PDP in via esclusiva o in alternativa alla PEC? – 9. La delega al Governo in tema di obbligatorietà del deposito digitale, fra federalismo giudiziario e malfunzionamento. Nella delega nessun riferimento alla sinteticità degli atti: il PPT non è figlio di un Dio minore rispetto al PCT. – 10. Prospettive e proposte per il PPT. Transizione digitale ma anche ecologica: accelerare con qualità per il giusto processo penale telematico.

### 1. Il virtuale è reale.

È stato giustamente osservato come non sia immaginabile una società che viva solo in remoto. Eppure l'isolamento forzato al quale ci ha costretto la pandemia globale ha fatto in modo che l'*online* non venga più percepito come un momento marginale,

bensì sempre più come un momento sostanziale della vita per le persone, anche nell'esercizio delle prerogative di cittadini, consumatori, lavoratori<sup>1</sup>.

Ovviamente questo 'esistere' attraverso la rete, anche nelle attività essenziali, come accaduto per le prestazioni lavorative in *smart working*, per i rapporti con la pubblica amministrazione, nonché in tema di giustizia per i soggetti del processo, determina nuove prospettive di sviluppo e implica nuove problematiche, imponendo anche ulteriori cautele.

Mai come in questo momento, a distanza di due anni dall'inizio della pandemia, occorre fare un bilancio anche per rilanciare, non più sull'onda della sola emergenza, lo sviluppo del processo penale telematico, affinché si caratterizzi per una sua organicità fra normativa primaria e quella, secondaria, di carattere tecnico informatica.

Occorre provare a procedere di pari passo nella riforma del processo e in quello degli applicativi informatici, cogliendo anche l'occasione per temperare l'effetto di formalismi che, da fattori di rallentamento e di complicazione anche informatica, devono lasciare il posto alle forme fisiologiche del procedimento che assicurino garanzie reali.

Può anche essere utile avviare questa riflessione, in termini più generali, con la prima affermazione che si legge nel Manifesto della Comunicazione Non Ostile: "Il virtuale è reale". È un invito alla riflessione, viene intesa come una indicazione di comportamento, un avviso eticamente necessario, per tener presente che "dico e scrivo in rete solo cose che ho il coraggio di dire di persona"<sup>2</sup>. Il Manifesto nasce per sollecitare un uso responsabile della Rete, elenca dieci principi utili a migliorare lo stile e il comportamento di chi la frequenta, sollecita un impegno ad una responsabilità condivisa, per favorire comportamenti rispettosi e civili e per realizzare un luogo accogliente e sicuro per tutti.

Se questo auspicio continua ad esser ancor più vero con l'implementazione e la frequenza ormai "obbligatoria" della Rete a causa della pandemia, è chiaro che avervi a che fare per funzioni di vita ormai essenziali, e non più solo social, rende l'espressione "virtuale è reale" sempre più vera. Oggi anche la partecipazione dei soggetti al processo penale 'reale' si è realizzata in modo 'virtuale' e il processo penale virtuale è ormai sempre più realtà. Il che non significa che si debba aspirare o promuoverne una equiparazione *tout court*. La realtà resta comunque diversa dal virtuale e deve rimanere tale perché la 'relazione di giustizia' richiede anche compresenza, corporeità, *vis-a-vis*: ma la strada da intraprendere è quella del giusto equilibrio fra le esigenze di efficienza e quelle della fisicità propria dei luoghi della giustizia. Una deriva verso una giustizia meramente funzionalista, informalizzata e priva del necessario rituale, per così dire senz'anima, va arrestata. La distanza fra il giudice, che dal suo studio, e non in un'aula, legge il dispositivo di sentenza in nome del popolo italiano, e l'imputato, che di quel popolo è parte, che lo vede e lo ascolta attraverso un applicativo informatico, senza la possibilità di garantire la pubblicità del dibattito (art. 6 CEDU), nulla ha a che vedere

---

<sup>1</sup> BENNATO D., [Internet ai tempi del covid-19: gli effetti della pandemia sulla nostra vita digitale](#), in *Agenda Digitale*, 30 marzo 2020.

<sup>2</sup> Il Manifesto si può leggere in <https://paroleostili.it/>, ove si trovano le declinazioni del 'virtuale è reale' anche per la politica, lo sport, le aziende.

con l'umanesimo giuridico del quale il diritto, in epoca post-moderna, deve nutrirsi e con la dignità della persona che, sia vittima o imputato, la nostra Costituzione mette sempre al centro, anche nel mondo della giustizia.

Non possono venire meno contestualmente sia i luoghi della giustizia che la compresenza dei soggetti del processo, almeno uno dei due elementi deve essere assicurato. E, d'altro canto, è stato giustamente osservato come il fatto che l'autorità dello stato si esprima attraverso luoghi formali, quale è un'aula con segni distintivi ben visibili, si traduce in una garanzia di democraticità, serve a palesare la distanza fra realtà e diritto, cittadino e cittadino, accusato e giudice, e a manifestare al tempo stesso la tensione a colmarla propria del processo, il che costituisce una garanzia per l'imputato<sup>3</sup>.

## **2. Uno sguardo al recente passato: l'accelerazione delle competenze fra politica delle sospensioni e sviluppo telematico. I pilastri telematici e le prospettive della legge delega di riforma del processo penale.**

La tragedia della pandemia ha indotto processi di acquisizione di competenze telematiche che in tempi ordinari avrebbero richiesto infiniti corsi di aggiornamento professionale, scetticismi culturali, lentezze applicative e infrastrutturali. Invece, la necessità di garantire servizi essenziali nonostante e, in certo senso, contro la pandemia, per assicurare la continuità di vita democratica, istituzionale, sociale e professionale, ha imposto al sistema paese di adattarsi a nuove modalità di vita e di azione comunicativa attraverso la tecnologia.

Questo processo si è imposto anche per il servizio giustizia, che in quanto essenziale ha dovuto procedere con una accelerazione immediata seppur diacronica: infatti mentre il processo civile telematico (PCT) era già una realtà sviluppata e sperimentata, il processo penale telematico (PPT) era ancora tutto da realizzare.

Non a caso, con una felice metafora, si è fatto riferimento all'enorme velocizzazione intervenuta per necessità, a fronte di un sopito processo di innovazione tecnologica del processo penale che aveva una andatura 'da biga' e che solo 'le frustrate' della pandemia hanno risvegliato<sup>4</sup>.

Gli interventi di innovazione normativa e tecnica per il processo penale sono stati quindi necessitati dall'urgenza, perché anche durante la pandemia lo svolgimento delle indagini e dei processi doveva continuare, contemperando con le ragioni della salute pubblica gli altri beni in gioco, quali la tutela delle vittime, la libertà personale, l'obbligatorietà dell'azione penale, il diritto di difesa, il buon andamento della pubblica amministrazione.

---

<sup>3</sup> GARAPON A., *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2007, 262 sss.; sul punto anche GUGLIELMI M.R., [Quel "rito" al quale non possiamo facilmente rinunciare](#), in *Diritto dif.*, fasc. 2, 1 giugno 2020, 255 ss.

<sup>4</sup> PROCACCINO A., *Between a rock and a hard place. La faticosa "digitalizzazione" del processo penale tra fonti tradizionali e soft law*, in *Cass. pen.*, fasc. 4/2021, 1432 ss.

Oltre a dover celebrare i processi e a far avanzare i procedimenti per le condotte di reato già consumate, la realtà continuava a scorrere anche nel presente e i delitti ad essere commessi. Infatti, da un punto di vista criminologico, in modo esperienziale, è emerso come solo durante il lockdown più 'stretto' vi sia stata una ovvia riduzione dei delitti 'da strada', ma come invece non si siano ridotti, anzi si siano incrementati, i delitti domestici.

Interessante è il dato dell'andamento delle denunce per maltrattamenti in famiglia e violenze domestiche, ridotti nel periodo di marzo e novembre 2020 – fasi di lockdown *forte* - perché le vittime risultavano sottoposte a controllo da parte degli uomini del nucleo convivente, pure costretti in casa, salvo poi aversi comunque un incremento successivo delle denunce alla fine dei periodi di restrizione, come riferisce l'Istat nel recente rapporto del 24.11.2021 su "*L'effetto della pandemia sulla violenza di genere per gli anni 2020-2021*"<sup>5</sup>. Rilevante risulta un altro dato: nel 2017 gli uomini erano vittime di omicidio nella proporzione di 2 a 1 rispetto alle donne, mentre nel periodo pandemico la proporzione è stata di 3 a 2, a conferma della circostanza che queste ultime vengono di solito ad essere vittime di persone a loro note, familiari, conviventi, conoscenti, con i quali il lockdown non aveva fatto troncarsi i rapporti, mentre gli uomini sono vittime di solito di killer sconosciuti, conoscenti occasionali, criminali organizzati, che nel periodo di lockdown invece non incontravano<sup>6</sup>.

Di fronte all'emergenza pandemica si è fatto fronte, come misura di salute pubblica, ad una politica della sospensione di processi e termini<sup>7</sup>. Il primo provvedimento legislativo – d.l. 8 marzo 2020 n.11 – individuava un periodo di sospensione dell'attività giurisdizionale fino al solo 22 marzo 2020, cui ha fatto seguito il d.l. 17 marzo 2020, n.18, con l'art. 83 che disponeva il rinvio di ufficio di tutti i processi a data successiva al 15 aprile 2020, termine poi ulteriormente prorogato. Veniva anche disposta la generalizzata sospensione dei termini per lo stesso periodo, in relazione al compimento di qualsiasi atto (impugnazioni, deposito sentenze, termini per le indagini preliminari).

Facevano eccezione, per il penale, i soli procedimenti che non dovevano essere sospesi, in quanto da trattare perché ritenuti urgenti in sé. Si trattava di quelli richiedenti una pronuncia immediata per dettato costituzionale (art. 13) o per pericolo di imminente scarcerazione, quindi aventi ad oggetto la libertà personale o un pericolo per la pubblica incolumità: pertanto venivano trattati i procedimenti di convalida di arresto e fermo o allontanamento dalla casa familiare, quelli che nei sei mesi successivi avessero visto intervenire la scadenza del termine massimo di custodia cautelare ex art. 304 c. 6 c.p.p., nei quali era stata richiesta o applicata la misura di sicurezza detentiva del ricovero in

---

<sup>5</sup> Il rapporto si rinviene in [www.istat.it/it/archivio/263847](http://www.istat.it/it/archivio/263847).

<sup>6</sup> MANENTE T., *La violenza nei confronti delle donne durante l'emergenza sanitaria*, in *Giustizia Insieme*, 7 aprile 2020; VIGLIONE G., *Codice rosso ed emergenza Covid-19*, in *unicost.eu*, 29 aprile 2020; PERINU I., *Le indagini preliminari aventi ad oggetto i reati da Codice Rosso e la normativa processuale introdotta dal d.l. n. 18/2020 e successive modificazioni e dal d.l. 137/2020*, in *rivistaaldirittovivente.it*, 2 novembre 2020.

<sup>7</sup> Per una accurata analisi della normativa emergenziale, BOVE V., *La normativa emergenziale* in AA.VV. *Il processo penale telematico*, Giuffrè, Milano, 2021, 7 ss.

Rems ovvero che avessero ad oggetto l'extradizione e la consegna di un imputato per l'estero.

Potevano essere comunque trattati, solo se ritenuti urgenti a richiesta delle parti, quindi su istanza dell'imputato o del Pubblico ministero, i procedimenti a carico di persone detenute o sottoposte a misure cautelari o di sicurezza (per i quali non fosse stata prevista la predetta trattazione obbligatoria) o di misure di prevenzione, nonché i procedimenti ove fosse indifferibile l'acquisizione della prova, suscettibili di incidente probatorio o di dichiarazione di urgenza deliberata dal Tribunale.

La politica delle sospensioni garantiva nell'immediato che nei palazzi di giustizia le misure di distanziamento sociale fossero assicurate – anche grazie all'attribuzione dei poteri ai capi degli uffici di limitazione e contingentamento degli accessi ex art. 83 c. 7 - e consentiva anche di 'prendere tempo' per mettere a punto le innovazioni per garantire la ripresa delle attività giudiziarie<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Si rinvia per la prima e immediata analisi della normativa di emergenza alla relazione dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione n. 34/20 del 23 marzo 2020, [Ricadute del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 sui giudizi penali in Cassazione](#), in questa Rivista, 25 marzo 2020; in tema di incidenza del "distanziamento sociale" sull'attività giudiziaria e di moduli consensuali, frutto di protocolli organizzativi, a BARONE G., *Pandemia e processi penali da remoto: modelli a confronto e prospettive future*, in *Cass. pen.*, fasc. 2/2021, 698 e ss.; sul decreto legge n. 137 del 2020, PUTZOLU D., [La normativa in materia penale per il periodo di vigenza dell'emergenza epidemiologica introdotta dal decreto legge n. 137 del 28.10.2020](#), in *Dir. dif.*, fasc. 4/2020, 1009 ss.; VERGINE F. – MICHELI G., *Emergenza epidemiologica da covid-19, efficienza e processo penale*, in *Il Processo*, fasc. 3/2020, 843 e ss.; BIANCHI M., *La distanza nel processo. appunti preparatori - trial by remote. preliminary notes*, in *Cass. pen.*, fasc. 11/2020, 4389; MANES V., [Prime rilevazioni empiriche sugli effetti del processo penale telematico: la "Video Enabled Justice Programme: University of Surrey Independent Evaluation"](#), in *Dir. dif.*, fasc. 2/2020, 395 ss.

Per altro, il succedersi 'compulsivo' di disposizioni processuali ha indotto a una pluralità di commenti, necessitati dall'indispensabile bisogno di confronto e di ricerca delle soluzioni ermeneutiche più appropriate, per fornire una 'bussola' ai magistrati e agli avvocati che da un giorno all'altro si sono trovati di fronte al processo penale dell'emergenza, per altro anche in continuo mutamento, e alla necessità della sua celebrazione giorno dopo giorno. Il dibattito giuridico che ne è scaturito, sui siti delle riviste dell'associazionismo giudiziario, dimostra ancora una volta la vitalità e la consapevolezza del delicato ruolo del magistrato, ancor più in un contesto quale è quello emergenziale. A seguire solo alcuni dei contributi sui temi del processo telematico e sulle misure emergenziali seguite nel suo evolversi: BELTRANI S., [I procedimenti penali e i dd.ll. dell'emergenza COVID-19](#), in *unicost.eu*, 4 giugno 2020; AGOSTINI M. – PETRINI M., [Decreto legge Ristori, le disposizioni emergenziali per l'esercizio della attività giurisdizionale](#), in *Giustizia Insieme*, 30 ottobre 2020; BELTRANI S., [Prima lettura delle ulteriori misure urgenti per la giustizia penale disposte con d.l. n. 137 del 2020](#), in *rivistaidirittovivente.it*, 3 novembre 2020; BOZZAOTRE M., [Decreto legge Ristori, il deposito telematico degli atti penali: significative novità e sconsolanti conferme](#), in *Giustizia Insieme*, 30 ottobre 2020; DI GIOIA R., [D.L. n. 28 del 2020 e informatizzazione del processo penale. Avanti \(?\) con brio](#), in *unicost.eu*, 7 maggio 2020; DE CHIARA M., [L'udienza penale da remoto al tempo dell'emergenza: il d.l. 28/2020](#), in *unicost.eu*, 6 maggio 2020; SANTALUCIA G., [Decreto legge 30 aprile 2020 n. 28](#), in *Giustizia Insieme*, 1° maggio 2020; PETRUCCI L. – TOMASINO R., [Emergenza Corona Virus FAQ sul Processo Penale dopo la conversione del d.l. n. 18](#), in *unicost.eu*, 30 aprile 2020; SPANGHER G., [Giustizia penale e ideologie emergenziali](#), in *Giustizia Insieme*, 27 aprile 2020; LEONARDO F., [La sospensione dei termini di custodia cautelare nella normativa emergenziale da Covid-19](#), in *unicost.eu*, 24 aprile 2020; BALATO F., [Le misure di prevenzione al banco di prova dell'emergenza da Covid 19: riflessioni sparse](#), in *unicost.eu*, 15 aprile 2020; SANTALUCIA G., [La tecnica al servizio della giustizia penale. Attività giudiziaria a distanza nella conversione del decreto "cura Italia"](#), in *Giustizia Insieme*, 10 aprile 2020; PETRUCCI L., [Emergenza Corona Virus FAQ sul Processo Penale telematico \(terza parte\) Come fare per lavorare tutti \(il più possibile\) da casa?](#), in *unicost.eu*, 1 aprile 2020; URBANI F., [Atti](#)



Oltre alla sospensione della trattazione dei procedimenti non urgenti, infatti, il legislatore dell'emergenza ha previsto anche i cd. rimedi telematici. Il dormiente processo penale telematico si è attivato intorno a tre pilastri (udienze da remoto, deposito telematico di atti e giudizio cartolare) grazie a un corredo normativo adattato e adottato per le singole fasi procedimentali e per i vari gradi di giudizio<sup>9</sup>.

Certamente, va qui evidenziato, come non sussista un nesso di inscindibilità fra i primi due pilastri. Il processo penale a distanza non è parte necessaria del PPT. Il PPT attiene alle modalità telematiche di implementazione degli atti del processo (deposito di atti delle parti, deposito di verbali, o documentazione a mezzo verbali nativi digitali, ai sensi degli artt. 134 e ss. c.p.p. delle indagini e dell'istruttoria dibattimentale, deposito dei provvedimenti decisori), all'accesso e alla consultazione, nonché alla estrazione di copia degli atti del processo, nelle varie fasi e nei vari gradi di giudizio; il processo penale a distanza riguarda le modalità di partecipazione da remoto dei soggetti del processo alla fase delle indagini, all'udienza camerale, alla fase preliminare e poi alla istruttoria dibattimentale, comprendendovi anche la fase decisionale. In sostanza attiene alle modalità del contraddittorio sulla prova e per la prova, nonché alle modalità di escussione a distanza o in presenza della fonte di prova, sia esso testimone, consulente, perito. La nozione di telematica<sup>10</sup> consente di comprendere nel concetto di PPT anche il processo penale a distanza. La scelta di includere o meno nel PPT anche il processo a distanza è allora di politica giudiziaria e, come si leggerà a seguire, la scelta del legislatore della delega è stata, con molto equilibrio, nell'ottica della semplificazione e per garantire maggiore celerità, quella di consentire tale opzione solo su consenso delle parti.

Tornando alla disciplina emergenziale (rifluita e arricchita negli artt. 23, 24 e ss. del d.l. 137/2020 convertito con modificazioni dalla L. 18 dicembre 2020, n. 176, nonché nell'art. 221 D.l. 19 maggio 2020 n. 34 conv. con modificazioni dalla legge n. 77 del 17 luglio 2020) è stata da poco prorogata fino al 31 dicembre 2022, dall'art. 16 d.l. 228/2021

---

[urgenti d'indagine e sospensione dei termini della fase delle indagini preliminari di cui al d.l. 18/2020, intercettazione e altro](#), in *Giustizia Insieme*, 25 marzo 2020; PETRUCCI L. – BISOGNI M., [Emergenza Corona Virus FAQ sul Processo Penale telematico \(seconda parte\) È possibile depositare provvedimenti da remoto?](#), in *unicost.eu*, 25 marzo 2020; PETRUCCI L. – BISOGNI M., [Emergenza Corona Virus. Faq sul processo penale dopo il D.L. N. 18](#), in *unicost.eu*, 20 marzo 2020; ORANO G., [L'attività del Pubblico Ministero nella fase delle indagini preliminari e le misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19](#), in *unicost.eu*, 18 marzo 2020; DE CHIARA M., [Misure straordinarie per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e Giudice per le indagini preliminari](#), in *unicost.eu*, 12 marzo 2020; PETRUCCI L. – BISOGNI M., [Emergenza Corona Virus FAQ sul Processo Penale Telematico](#), in *unicost.eu*, 11 marzo 2020; SANTALUCIA G., [La giustizia penale di fronte all'emergenza da epidemia da COVID-19 \(Brevi note sul d. l. n. 11 del 2020\)](#), in *Giustizia Insieme*, 9 marzo 2020.

<sup>9</sup> Il riferimento ai tre pilastri e una analisi accurata sugli istituti del processo penale telematico si leggono in BOVE V. – PATSCOT R., *Processo Penale Telematico: dalla fase emergenziale alla digital transformation della giustizia penale*, in *Il Processo Telematico*, 6 aprile 2021.

<sup>10</sup> La voce *Telematica* della Enciclopedia Treccani (in [www.treccani.it/enciclopedia/telematica/](http://www.treccani.it/enciclopedia/telematica/)) ne offre la seguente nozione: l'insieme delle soluzioni tecniche e metodologiche adottate per permettere l'elaborazione a distanza di dati ovvero per far comunicare applicazioni residenti in sistemi di elaborazione remoti e collegati tra loro.



<sup>11</sup> (cd. milleproroghe), convertito con L. 25 febbraio 2022, n. 15, seppur con qualche ‘selezione’, anche in tema di partecipazione dell’imputato detenuto da remoto, partecipazione che tornerà ad essere ordinaria prima della fine dell’anno 2022 se cesserà, come si auspica, lo stato di emergenza da Covid <sup>12</sup>. Ulteriore eccezione temporale si registra quanto alla sospensione di vigenza delle norme emergenziali per i giudizi di appello e cassazione per il mese di gennaio 2022, determinata dalla tardività della proroga medesima.

Pertanto, per tutto il 2022 avranno vigenza le norme emergenziali, con alcune eccezioni fra le quali quelle indicate, ben oltre il termine del 31 marzo 2022, al quale allo stato si arresta lo ‘stato di emergenza’ da pandemia.

Tale discrasia è stata oggetto di critica da parte dell’avvocatura, che ha temuto in particolare la proroga del regime delle camere di consiglio da remoto<sup>13</sup>. Allo stato – salve evoluzioni in sede di conversione - si vedrà sovrapporsi al processo telematico emergenziale quello ‘strutturato’ della riforma del processo penale, oggetto della legge di delega al Governo n. 134 del 2021: infatti, l’art.1 di tale ultimo provvedimento dispone che l’adozione dei decreti legislativi debba avvenire entro il 19 ottobre 2022.

Va evidenziato come la legge delega<sup>14</sup>, nell’ambito della più ampia riforma del penale, sostanziale e processuale, abbia recepito solo in parte l’esperienza emergenziale,

<sup>11</sup> L’art. 16 cit. recita: 1. Le disposizioni di cui all’articolo 221, commi 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 10 del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77, nonché le disposizioni di cui all’articolo 23, commi 2, 4, 6, 7, 8, primo, secondo, terzo, quarto e quinto periodo, 8-bis, primo, secondo, terzo e quarto periodo, 9, 9-bis e 10, e agli articoli 23-bis, commi 1, 2, 3, 4 e 7, e 24 del decreto-legge 28 ottobre 2020 n. 137, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, in materia di processo civile e penale, continuano ad applicarsi fino alla data del 31 dicembre 2022. 2. Le disposizioni di cui all’articolo 23, commi 8, primo, secondo, terzo, quarto e quinto periodo, e 8-bis, primo, secondo, terzo e quarto periodo, e 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, non si applicano ai procedimenti per i quali l’udienza di trattazione è fissata tra il 1° gennaio 2022 e il 31 gennaio 2022. Quindi non trovano applicazione, con riferimento ai procedimenti per i quali l’udienza di trattazione è fissata tra il 1° e il 31 gennaio 2022, le disposizioni che consentono il rito camerale nelle ipotesi previste dagli articoli 23 commi 8 e 8-bis e 23-bis commi 1, 2, 3, 4 e 7, d.l. n. 137/2020 (ricorso per cassazione e appello).

<sup>12</sup> In sede di conversione all’art. 16 è stato aggiunto il comma 1-bis che limita la proroga della vigenza dell’articolo 23, comma 4, del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, in materia di processo penale, che richiede di assicurare la partecipazione a qualsiasi udienza delle persone detenute, internate, in stato di custodia cautelare, fermate o arrestate, mediante videoconferenze o con collegamenti da remoto, solo fino alla data di cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19. Allorchè verrà meno tale stato di emergenza – a differenza di ciò che accade per le altre norme processuali sperimentate durante il periodo emergenziale e prorogate dall’art. 16 fino al 31 dicembre 2022 – si tornerà alla partecipazione all’udienza dei detenuti secondo le regole ordinarie.

<sup>13</sup> Cfr. il [comunicato della Giunta dell’Unione Camere Penali Italiane](#) in [camerepenali.it](#).

<sup>14</sup> Sulla legge delega, quali primi commenti anche in tema di processo penale telematico, si segnalano GATTA G.L., [Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della ‘legge Cartabia’](#), in questa *Rivista*, 15 ottobre 2021; BRONZO P., *Delega al governo per l’efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d’appello*, in *Cass. pen.*, fasc. 10/2021, 1 ottobre 2021, 3276 ss.; AA.VV., *Giustizia penale, al via la riforma. Meno processi e giudizi più veloci*, Focus de Il Sole24ore, 7 ottobre 2021; BASSI A. – PARODI C., *La riforma del sistema penale. L. n.134/2021: la delega e le norme immediatamente applicabili*, Giuffrè, Milano, 2021; CANZIO G., [Il modello “Cartabia”. Organizzazione](#)

per altro in modo temperato, come si è anticipato. Fissa i principi di alcune disposizioni in tema di PPT prescrivendo la formazione e conservazione digitale degli atti e documenti, l'obbligo del deposito digitale e delle comunicazioni e notifiche in modalità telematiche (art. 1 c.5), delegando in tema di notifiche all'imputato non detenuto la possibilità anche dell'elezione del domicilio telematico (art. 1 c. 6 lett. a) nonché la regolamentazione delle notifiche successive alla prima da eseguirsi presso il difensore (lett. b); quanto alle attività di indagine e dibattimentali, delega altresì una normativa in tema di registrazione audiovisiva come documentazione dell'interrogatorio anche quando non si svolga in udienza, nonché della prova dichiarativa assunta nel corso del dibattimento<sup>15</sup>, la definizione dei casi di obbligatoria audioregistrazione dell'assunzione delle dichiarazioni di persone informate dei fatti (art. 1 c. 8), nonché delle ipotesi per le quali la partecipazione all'atto e o all'udienza possa avvenire a distanza, previo consenso delle parti.

I due provvedimenti legislativi, quello emergenziale e quello di riforma strutturale, andranno a sovrapporsi cronologicamente e anche contenutisticamente e in tal senso appare ragionevole che la proroga fino al 31 dicembre 2022 sia stata prevista

---

[giudiziaria, prescrizione del reato, improcedibilità](#), in questa *Rivista*, 14 febbraio 2022.

<sup>15</sup> In tal senso la tecnologia consentirà, come auspicato anche dalla Commissione Lattanzi, di compensare il deficit di immediatezza richiesto dall'art. 525 c.p.p., come interpretato dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione (Sez. U, Sentenza n. 41736 del 30/05/2019 Ud. (dep. 10/10/2019) Rv. 276754 – 02, ric. PG/Bajrami), senza rinunciare all'oralità, anche al fine di consentire al giudice di disporre o meno la rinnovazione della testimonianza valutandone la necessità. Infatti la Relazione della Commissione Lattanzi afferma che «lo sviluppo tecnologico e l'abbattimento dei costi hanno reso la videoregistrazione dell'attività di assunzione di dichiarazioni una forma di documentazione diffusa negli altri Paesi e valorizzata, tanto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, quanto dalle fonti eurolitarie (si pensi, tra le altre, alla direttiva 2012/29/UE). Peraltro, la stessa Corte costituzionale ha auspicato l'introduzione di meccanismi di riproduzione dell'assunzione di prove dichiarative, che non solo potrebbero fungere da rimedi compensativi nell'ipotesi di deroghe al canone di immediatezza (Corte cost., 29 maggio 2019, n. 132), ma potrebbero valorizzare proprio quest'ultimo principio, consentendo al giudice di motivare sull'attendibilità della prova dichiarativa potendo disporre di una verbalizzazione attendibile e puntuale dell'assunzione della prova. Com'è ben noto, laddove non ve ne sia traccia nel verbale di udienza, il giudice difficilmente potrebbe valorizzare in sentenza i tratti non verbali della comunicazione: con la videoregistrazione della dichiarazione assunta si avrebbe, invece, una documentazione affidabile anche di quei tratti prosodici del discorso, di guisa che il giudice potrebbe essere messo nelle condizioni di apprezzare la prova della testimonianza nel suo complesso» (cfr. la [Relazione](#) della 'Commissione di studio per elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato, attraverso la formulazione di emendamenti al Disegno di legge A.C. 2435, recante Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello', in questa *Rivista*, 25 maggio 2021, 15 ss.). Sul tema della immediatezza e della emergenza, MAZZA O., *Immediatezza e crisi sanitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 2/2021, p. 461.

sia per il PCT<sup>16</sup> che per il PPT, e non anche per i processi telematici delle altre giurisdizioni, per le quali non è in cantiere alcuna riforma di sistema<sup>17</sup>.

In effetti, qualora vi fosse una soluzione di continuo, fra l'attuale disciplina e quella che verrà, si creerebbe uno spazio intermedio di discontinuità normativa, latore di ulteriori problematiche intertemporali. E, d'altro canto, molti timori, che il dibattito ha palesato, appaiono infondati a fronte dei principi e criteri direttivi della delega, che non vanno in una direzione di stabilizzazione *tout court* di tutte le attuali regole emergenziali (ad esempio, la delega non ha ad oggetto la disciplina delle camere di consiglio a distanza, oggetto di critica anche in sede di audizione dell'Unione Camere Penali<sup>18</sup>) e che certamente terranno in conto sia l'esperienza processuale pandemica, sia anche la necessità di un ritorno alla normalità processuale.

Senza disperdere però le semplificazioni che possono assicurare oltre che una maggiore efficienza, anche più effettive prerogative e garanzie difensive.

In tal senso esemplificativo di una esperienza di 'remotizzazione' da mantenere, è certamente l'interrogatorio di garanzia dell'imputato detenuto fuori circondario da parte del Gip che ha emesso l'ordinanza restrittiva, senza dover ricorrere alla cd. rogatoria ex art. 294 c. 5. c.p.p. È evidente la maggiore garanzia per l'indagato che si difende dinanzi al 'proprio' giudice. Nello stesso solco ai sensi dell'art. 127 c. 3 c.p.p., in luogo delle dichiarazioni da rendere al magistrato di sorveglianza del luogo di detenzione, potrebbe essere garantito il collegamento da remoto all'imputato, come pure auspicabilmente il ricorso allo strumento telematico potrebbe abbreviare i tempi per il conferimento di incarichi di consulenza o peritali, specie se ai sensi dell'art. 299 comma 4 ter c.p.p., che ha termini ristretti, ricorrendo a esperti del luogo di detenzione del periziando. Ovviamente il ricorso alla testimonianza da remoto ben sarebbe possibile anche per l'escussione di appartenenti alla polizia giudiziaria nel frattempo trasferiti altrove. D'altro canto la legge delega rimette alla disponibilità delle parti le opzioni della remotizzazione e del contraddittorio cartolare, essendo richiesto il consenso quale presupposto derogatorio, prospettandosi di fatto procedimenti a geometria variabile quanto alla presenza fisica e alle modalità di interlocuzione<sup>19</sup>. Forse, in relazione alle

<sup>16</sup> Anche per il processo civile è stata approvata la legge 26 novembre 2021, n. 206, «Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata» (G.U. n. 292 del 9 dicembre 2021), alla quale dovranno seguire i decreti legislativi.

<sup>17</sup> In senso critico, MARANDOLA A., *Camere di consiglio da remoto: l'emergenza non diventi ordinarietà*, in *Il dubbio*, 5 gennaio 2022; GIAGNONI A., *Decreto "milleproroghe": la disciplina emergenziale del processo penale è stata estesa fino al 31 dicembre 2022*, in questa *Rivista*, 19 gennaio 2022.

<sup>18</sup> Si rinvia al [comunicato dell'UCPI](#) del 17 febbraio 2022, reperibile in [camerepenali.it](#).

<sup>19</sup> L'art. 1 della legge n. 134/2021 prevede testualmente al comma 8 lett. c): *individuare i casi in cui, con il consenso delle parti, la partecipazione all'atto del procedimento o all'udienza possa avvenire a distanza*; al comma 13 lett. g): *prevedere la celebrazione del giudizio di appello con rito camerale non partecipato, salvo che la parte appellante o, in ogni caso, l'imputato o il suo difensore richiedano di partecipare all'udienza*; al comma 13 lett. m): *prevedere che la trattazione dei ricorsi davanti alla Corte di cassazione avvenga con contraddittorio scritto senza l'intervento dei difensori, salva, nei casi non contemplati dall'articolo 611 del codice di procedura penale, la richiesta delle parti di discussione orale in pubblica udienza o in camera di consiglio partecipata; prevedere che,*

prime ipotesi di remotizzazione, che certamente assicurerebbero una maggiore garanzia all'imputato, la delega sarebbe potuta essere più coraggiosa e maggiormente assertiva, poiché in quei casi davvero non si coglie quale possa essere lo svantaggio per l'esercizio del diritto di difesa e la necessità del consenso del detenuto fuori circoscrizione.

### 3. Le notifiche telematiche solo 'in uscita'.

Lo sviluppo del processo penale telematico è ancora in *feri*.

La vicenda pandemica e il tumultuoso susseguirsi di disposizioni, ormai sostanzialmente stabilizzate, quanto alla innovazione telematica, consentono un esame dello stato dell'arte sugli strumenti telematici a sostegno del processo penale.

Prima della riforma emergenziale le uniche forme di trasmissione telematica di atti, normativamente consentite per il processo penale, erano quelle effettuate con posta elettronica certificata (PEC) così come disciplinate dall'art. 16 d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla legge 17 novembre 2012, n. 221<sup>20</sup>. Il dettato dell'art. 16 comma 4 – secondo cui *"nei procedimenti civili le comunicazioni e le notificazioni a cura della cancelleria sono effettuate esclusivamente per via telematica all'indirizzo di posta elettronica certificata risultante da pubblici elenchi o comunque accessibili alle pubbliche amministrazioni, secondo la normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici. Allo stesso modo si procede per le notificazioni a persona diversa dall'imputato a norma dell'art. 148 c.p.p., comma 2-bis, artt. 149 e 150 c.p.p. e art. 151 c.p.p., comma 2"* – fa riferimento all'uso della posta certificata per le notificazioni nel processo penale, limitandone però l'impiego agli adempimenti rivolti a persone diverse dall'imputato. Inoltre la parte finale della disposizione prevede che *"la relazione di notificazione è redatta in forma automatica dai sistemi informatici in dotazione alla cancelleria"*.

Se ne è tratta una duplice conseguenza.

---

*negli stessi casi, la Corte di cassazione possa disporre, anche in assenza di una richiesta di parte, la trattazione con discussione orale in pubblica udienza o in camera di consiglio partecipata; prevedere che la Corte di cassazione, ove intenda dare al fatto una definizione giuridica diversa, instauri preventivamente il contraddittorio nelle forme previste per la celebrazione dell'udienza.*

L'esperienza dei mesi dell'emergenza ha evidenziato come le parti abbiano prestato il consenso ad una trattazione a base dialettica-documentale, rinunciando del tutto, ora al contraddittorio orale in favore di quello cartolare, ora anche a quello in presenza fisica, grazie a collegamenti da remoto, in favore di quello a distanza. In tal senso, la subordinazione al consenso o alla 'richiesta' delle parti integra una garanzia adeguata e rappresenta un giusto punto di equilibrio fra le esigenze di celerità e quelle di ponderazione proprie di un contraddittorio che mai viene meno, ma può assumere forme, appunto, a geometria variabile, secondo la volontà delle parti, per altro emulando la graduazione della cameralità ex art. 127 c.p.p. che da modello base si connota poi con maggiori o minori garanzie a seconda dei beni in gioco.

<sup>20</sup> Sulla situazione normativa e tecnica all'epoca, CAPUTO G., *Circolare del Ministero di giustizia, 11 dicembre 2014: «avvio del sistema di notificazioni e comunicazioni telematiche penali (SNT)»*, in *Cass. pen.*, fasc. 5/2015, 2093; RUSSO C., *Le notifiche telematiche nel processo penale. alcune note a margine dell'art. 4, comma 3, della l. 22 febbraio 2010, n. 24*, in *Cass. pen.*, fasc. 9/2011, 3241. Per una ricostruzione in tema di normativa pre-emergenziale in tema di notifiche telematiche nel processo penale BOVE V., *Le notificazioni telematiche*, in AA.VV. *Il processo penale telematico*, op. cit., 32-38.

Per un verso una limitazione soggettiva attiva, quanto al disponente la notifica a mezzo PEC, da individuarsi solo nell'autorità giudiziaria. Infatti non è possibile, per dettato normativo, una relazione di notifica attraverso applicativi diversi da quelli in uso alla cancelleria. D'altro canto, anche il rinvio dell'art. 16 agli artt. 148 c. 2-*bis*, 149 e 150, che riguardano le diverse forme di notifica da parte del giudice e del pubblico ministero (art. 151), non lasciano dubbio alcuno sulla limitazione soggettiva attiva, non essendovi alcun richiamo, infatti, alle notificazioni richieste dalle parti private (art. 152).

Per altro verso, ulteriore limitazione soggettiva, questa volta passiva, l'art. 16 opera quanto al destinatario della PEC, richiamando esclusivamente le notifiche a persona diversa dall'imputato.

L'applicazione di tale normativa ha comunque condotto a effetti di innegabile accelerazione ed efficienza nel processo ma solo per le notifiche ad alcuni soggetti.

Gli uffici giudiziari hanno trasmesso avvisi di udienza e altri atti con PEC ai difensori e l'interpretazione giurisprudenziale ha esteso gradualmente l'ambito dei destinatari delle notifiche telematiche, ammettendole anche quando indirizzate a quelle parti processuali obbligate per legge a dotarsi di PEC, escludendo la necessità di un decreto ex art. 150 c.p.p.<sup>21</sup>, essendo di fatto l'idoneità tecnica della PEC già valutata dal legislatore con l'art. 16 legge 221 del 2012, fermo restando il divieto di ricorrere a PEC per la notifica all'imputato<sup>22</sup>.

Quanto alla limitazione riguardo ai destinatari, come noto è ben possibile la notifica a mezzo PEC all'imputato presso il difensore ex art. 161 c. 4 c.p.p. – in caso di domicilio eletto inadeguato – o in caso di elezione di domicilio presso il legale<sup>23</sup>: infatti la PEC non può essere utilizzata solo per le notifiche effettuate direttamente alla persona fisica dell'imputato, non anche per quelle eseguite mediante consegna al difensore, seppure nell'interesse dell'assistito. E ciò pure in assenza dei decreti attuativi prescritti dall'art. 16 citato, in quanto la posta certificata veniva ritenuta – ex art. 148, comma 2-*bis* – mezzo tecnico idoneo alla notifica<sup>24</sup>.

Come pure pacificamente si è affermato, da parte della giurisprudenza di legittimità, che il difensore debba curare la corretta tenuta della propria casella di posta certificata, incombando sullo stesso il rischio della mancata ricezione in caso di casella piena o non adeguatamente mantenuta<sup>25</sup>.

Diversamente, prima della disciplina emergenziale, non si è considerata rituale da parte del Tribunale la comunicazione a mezzo PEC al pubblico ministero di un provvedimento di revoca della misura di prevenzione, non essendo previsto

<sup>21</sup> Cfr. Cass. Sez. 3, Sentenza n. 49162 del 04/05/2018 Ud. (dep. 29/10/2018) Rv. 275024 – 01, ric. Chiarucci.

<sup>22</sup> Anche in tema di procedimento applicativo delle misure di prevenzione è utilizzabile la PEC per la notifica del provvedimento di primo grado ad una società terza interessata, anche da parte del Pm (cfr. Cass. Sez. 6, Sentenza n. 21740 del 10/04/2018 Cc. (dep. 16/05/2018) Rv. 272934 – 01, Fasulo e altri).

<sup>23</sup> Cfr. Cass. Sez. 4, Sentenza n. 16622 del 31/03/2016 Ud. (dep. 21/04/2016) Rv. 266529 – 01, ric. Severi.

<sup>24</sup> Cfr. Cass. Sez. 6, Sentenza n. 51348 del 13/10/2016 Ud. (dep. 01/12/2016) Rv. 268619 – 01, ric. Lantigua Fortuna.

<sup>25</sup> Cfr. Cass. Sez. 3, Sentenza n. 54141 del 24/11/2017 Cc. (dep. 01/12/2017) Rv. 271834 – 01, ric. Carbone. Sul punto, SCARABELLO M., *Casella pec del destinatario "piena": conseguenze derivanti dall'impossibilità di ricevere la notificazione*, in *ilpenalista.it*, 23 gennaio 2018.

esplicitamente l'uso della posta elettronica certificata anche nei rapporti fra tribunale e pubblico ministero<sup>26</sup>.

#### 4. La legge di delega al Governo in tema di notifiche telematiche.

La delega al Governo, inserita nelle riforme richieste dal PNNR, ha fra le sue *mission* la transizione digitale anche nel processo penale e, più in generale, l'impiego delle nuove tecnologie con finalità di velocizzazione nella trattazione dei processi, che nel settore penale devono vedere ridotta la durata del 25%, oltre che l'obiettivo del risparmio di risorse.

La transizione digitale del processo si concretizza in primo luogo con l'obbligo di compiere tutte le comunicazioni e notificazioni, tranne specifiche eccezioni, con modalità telematiche (art. 1, c.5 della legge n. 134/21). In sostanza segreteria del pubblico ministero e cancelleria del giudice dovranno utilizzare la modalità telematica obbligatoriamente, con maggiore efficienza rispetto alle notifiche a mezzo posta o ufficiale giudiziario<sup>27</sup>.

Unico limite attiene all'imputato non detenuto, al quale alcuni atti andranno notificati personalmente.

Infatti la delega introduce per un verso la notifica al difensore come equipollente a quella all'imputato non detenuto, nonché la notifica telematica a quest'ultimo che abbia eletto domicilio telematico, disciplina che andrà a modificare l'art. 157 e ss. c.p.p.

La delega appare equilibrata, richiedendo che il Governo assicuri che gli atti introduttivi delle fasi del procedimento e del processo, quelli della *vocatio in ius*, siano notificati personalmente all'imputato, per consentirgli di avere piena contezza della fase processuale che si va ad aprire e per poter spiegare al meglio le sue difese, anche nella prospettiva delle modifiche da apportare alla disciplina del *processo in absentia* previste dalla medesima legge di delega (art. 1 c. 7).

Tornando alle notifiche per l'imputato, la prima notificazione, nella quale l'imputato non detenuto prende conoscenza del procedimento a suo carico, e quelle relative alla citazione a giudizio in primo grado e in sede di impugnazione, dovranno

---

<sup>26</sup> Cass. Sez. 5, Sentenza n. 3181 del 14/11/2018 Cc. (dep. 23/01/2019) Rv. 275411 – 01, ric. PG c/ Raffaelli rileva come in tema di procedimento di prevenzione non sia consentito alla cancelleria del giudice effettuare comunicazioni o notificazioni al pubblico ministero mediante l'utilizzo della posta elettronica certificata (c.d. PEC), atteso il mancato richiamo dell'art. 153 cod. proc. pen. da parte dell'art. 16, commi 4 e 9, lett. *c-bis* del d.l. 12 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221; ne consegue che i termini per l'impugnazione del decreto di revoca della misura da parte del pubblico ministero decorrono dalla comunicazione eseguita nelle forme di cui all'art. 153, comma 2, cod. proc. pen., ovvero, nel caso in cui si sia proceduto nelle forme della comunicazione digitalizzata, dal giorno in cui il pubblico ministero ha avuto materiale conoscenza del provvedimento. Annota la pronuncia PISATI M., *Escluse nel procedimento di prevenzione (ma anche nel procedimento penale) le comunicazioni via p.e.c. al pubblico ministero*, Cass. pen., fasc. 10/2019, 3713.

<sup>27</sup> MELZI D'ERIL C., *L'imputato dovrà indicare i recapiti, anche telematici*, in *Giustizia penale, al via la riforma*, op. cit., 4.



essere effettuate personalmente all'imputato, come si è anticipato. Tutte le altre potranno essere effettuate per l'imputato al difensore di fiducia. Si introduce un meccanismo di responsabilità del difensore in forza del mandato professionale, senza possibilità di rifiuto (l'art. 1, comma 6 della l. 134/2021), come invece oggi previsto dal comma 8-bis dell'art. 157, che andrà soppresso.

Con il decreto legislativo l'imputato non detenuto avrà l'obbligo, sin dal primo contatto con l'autorità procedente, di indicare non solo i luoghi ora previsti dall'art. 157, ma anche i recapiti telefonici e telematici di cui ha disponibilità e avrà la facoltà di dichiarare un domicilio telematico. A tal fine dovrà essere modificato l'art. 161 c.p.p.

Come anticipato le notifiche successive alla prima potranno essere effettuate al difensore a mezzo PEC: unica eccezione, a garanzia della effettiva conoscenza dell'atto, quella relativa al caso in cui l'imputato non abbia ricevuto la prima notificazione personalmente, o attraverso il convivente o l'addetto (art. 157 c. 1) e sia assistito da un difensore di ufficio: in tali ultime ipotesi manca un rapporto fiduciario, cosicché non vi è certezza circa l'effettiva conoscenza del procedimento penale da parte dell'imputato.

L'imputato dovrà essere avvisato, con il primo atto notificato, che tutte le successive notificazioni (diverse dalla citazione in giudizio e con eccezioni per le impugnazioni) saranno effettuate mediante consegna al difensore.

L'imputato dovrà quindi indicare al difensore, e costantemente aggiornare, un recapito idoneo, anche telefonico o telematico, al quale potranno essergli inoltrate le successive comunicazioni da parte del legale. In caso di omessa o ritardata comunicazione all'assistito da parte del difensore del contenuto di una notifica, per causa imputabile al medesimo assistito, non dovrà intendersi inadempimento degli obblighi derivanti dal mandato professionale.

In sostanza il difensore assume un ruolo centrale nella comunicazione fra autorità giudiziaria e imputato: ne ha la responsabilità, il che esprime un corretto onere di collaborazione istituzionale, ferma restando l'esclusione di responsabilità contrattuale e disciplinare in caso di assistito inadempiente, quanto alla omessa indicazione dei luoghi fisici, telefonici e telematici, a fini della sua reperibilità.

Va anche segnalata la circostanza che se la notifica degli atti di citazione in giudizio dovrà avvenire personalmente all'imputato (e non al suo difensore), in caso di impugnazione proposta nell'interesse dell'imputato, questi deve dichiarare o eleggere domicilio a pena di inammissibilità, al fine di consentire la notifica del decreto di citazione per il giudizio di impugnazione (cfr. art. 1 cc. 6 lett. f) e 13 lett. a). La prescrizione appare di assoluto rilievo, in quanto eviterà all'atto della fissazione del giudizio di dover reperire eventuali precedenti luoghi di reperibilità, garantendosi così una immediata e certa fissazione del giudizio di impugnazione.

**5. Irricevibilità e irregolarità delle notifiche telematiche, da parte dei difensori, 'in entrata' verso gli uffici giudiziari prima della pandemia. Oneri di prova e onere di**

## valutazione da parte del giudice. Ritualità delle notifiche fra le parti private a mezzo PEC.

Per le notifiche ‘in entrata’, effettuate prima dell’avvento della disciplina emergenziale ad opera delle parti private verso gli uffici giudiziari, si era consolidato l’orientamento che escludeva l’utilizzo della posta elettronica certificata nel processo penale<sup>28</sup>.

La ragione di tale preclusione è nella assenza di una norma che, simmetricamente all’art. 16 d.l. n. 179/2012, consentisse ai difensori di inviare atti con PEC o in modalità telematica agli uffici giudiziari e permettesse, quindi, alle parti private il deposito telematico di atti, come invece già previsto per il processo civile.

Ne conseguivano le dichiarazioni di irritualità delle memorie depositate nel giudizio di legittimità a mezzo PEC da parte del difensore<sup>29</sup>, come pure del deposito della lista testimoniale<sup>30</sup>, dell’istanza di legittimo impedimento<sup>31</sup>, dell’impugnazione da proporsi nelle forme tipiche e tassative prescritte dagli artt. 582 (presentazione) e 583 (spedizione), modalità che si riteneva non ammettessero equipollenti<sup>32</sup>.

Ha osservato anche di recente la Corte di legittimità – in relazione a vicende processuali antecedenti la legislazione emergenziale - a riprova della inammissibilità delle notifiche telematiche in entrata, che neanche sono indicate le forme nelle quali dovrebbero essere redatte le relazioni delle notificazioni eseguite dalle parti private; anche se la PEC fosse adoperata solo per trasmettere un’istanza e non per effettuare una

<sup>28</sup> Cfr. Cass. Sez. 1, Sentenza n. 26877 del 20/03/2019 Cc. (dep. 18/06/2019) Rv. 276915 – 01, ric. Antille. Sul punto PICCIOTTO G., *Istanze difensive inviate tramite pec: irritualità delle forme ed oneri per il difensore*, in *ilpenalista.it*, 5 agosto 2019; BOVE V., *Il deposito con PEC prima della normativa emergenziale*, in AA.VV. *Il processo penale telematico*, op. cit., 84 ss.

<sup>29</sup> Cfr. Cass. Sez. 3, Sentenza n. 48584 del 20/09/2016 Ud. (dep. 17/11/2016) Rv. 268192 – 01, ric. Cacciatore.

<sup>30</sup> Cass. Sez. 3, Sentenza n. 6883 del 26/10/2016 Ud. (dep. 14/02/2017) Rv. 269197 – 01, ric. Manzi; d’altro canto se il deposito a mezzo PEC ha raggiunto lo scopo, come si leggerà a seguire nel testo, nel senso che la cancelleria ha provveduto alla stampa tempestiva della lista pervenuta e all’inserimento nel fascicolo, mettendo il Giudice in condizione di valutarla, il deposito in tale forma è ammissibile; sul punto, GIORDANO L., *Sull’invio della lista testi a mezzo pec*, in *ilpenalista.it*, 28 giugno 2021.

<sup>31</sup> Cass. Sez. 2, Sentenza n. 31314 del 16/05/2017 Ud. (dep. 22/06/2017) Rv. 270702 – 01, ric. P.; in applicazione del principio indicato nella nota che precede, quanto alla valutabilità in concreto dell’istanza, GIORDANO L., *Istanza via pec al giudice: per ritenersi conosciuta basta che sia pervenuta all’indirizzo dell’ufficio?*, in *ilprocessotelematico.it*, 14 maggio 2021; GIORDANO L., *Dalla corte di cassazione ancora parole chiare sull’uso della pec nel processo penale*, in *ilprocessotelematico.it*, 17 marzo 2021.

<sup>32</sup> Cass. Sez. 3, Sentenza n. 38411 del 13/04/2018 Cc. (dep. 09/08/2018) Rv. 276698 – 01, ric. B.; inoltre Cass. Sez. 1, Sentenza n. 28540 del 15/09/2020 Cc. (dep. 14/10/2020) Rv. 279644 – 01, ric. Santapaola, riteneva inammissibile il ricorso per cassazione trasmesso mediante posta elettronica certificata in quanto l’uso di tale mezzo informatico è riservato alle sole comunicazioni degli atti del giudice, anche dopo l’introduzione dell’art. 83, comma 11, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, contenente disposizioni per contrastare l’emergenza epidemiologica da Covid-19, conv. nella legge 24 aprile 2020, n. 27, che ha limitato tale possibilità ai soli ricorsi civili. (Conf. n. 28541/2020). Come si leggerà nel testo a seguire, in sede di conversione del decreto legge il legislatore ammetterà esplicitamente la proposizione dell’impugnazione a mezzo PEC.

notificazione, d'altra parte, permarrebbe la necessità di documentare l'attività compiuta e dovrebbe prendersi atto della mancata regolamentazione di tale adempimento<sup>33</sup>.

Una differenza di orientamento deve registrarsi in ordine alla ricevibilità o meno delle istanze (non delle impugnazioni) inviate a mezzo PEC.

Infatti, premessa l'irritualità dello strumento telematico, una parte della giurisprudenza rilevava come l'istanza trasmessa dal difensore o dall'imputato a mezzo posta certificata fosse da ritenersi irricevibile o inammissibile<sup>34</sup>. Altro orientamento – sempre prima della normativa emergenziale - non riteneva irricevibile o inammissibile l'istanza inviata a mezzo PEC e il giudice, qualora ne avesse avuto contezza tempestiva, era tenuto a valutarla.

Questa impostazione comparava l'impiego della posta elettronica certificata con l'istanza inviata a mezzo telefax. Nell'uno come nell'altro caso la trasmissione avveniva in violazione dell'art. 121, che richiede la presentazione di memorie e richieste mediante deposito in cancelleria. Da ciò, però, non deriverebbe l'inammissibilità, o irricevibilità, bensì la mera irregolarità<sup>35</sup>. Ovviamente, spetta alla parte assumersi il rischio della mancata tempestiva trasmissione anche materiale dell'istanza al giudice, avendo optato per un mezzo di deposito irrituale, cosicché la parte interessata ha l'onere di verificare che sia effettivamente pervenuta nella cancelleria – che potrebbe riceverla tardivamente per omesso controllo della casella di posta - e sia stata portata all'attenzione del giudice per tempo<sup>36</sup>. Se non offre la prova del pervenire tempestivo all'attenzione del giudice, non può la parte dolersi della omessa valutazione<sup>37</sup>.

Va anche evidenziato come si sia stato confermato, anche recentemente, la ritualità della notifica tramite posta elettronica effettuata tra parti private del processo. I casi esaminati dalla Corte di legittimità afferivano entrambi alle notifiche richieste dall'art. 299 c. 3 c.p.p. quale requisito di ammissibilità della istanza di revoca o sostituzione del regime cautelare in atto.

Si è ritenuto, in modo assolutamente condivisibile, che l'utilizzo del mezzo telematico sia per un verso giustificato dalle esigenze di celerità della trattazione dell'istanza "de libertate", per altro verso sia privo di incompatibilità sistematiche con le

---

<sup>33</sup> Cass. Sez. 6, sentenza n. 35579 del 29/04/2021, (ud. 29/04/2021, dep. 27/09/2021).

<sup>34</sup> Cass. Sez. 3, n. 7058 del 11/02/2014, Vacante, Rv. 258443, sempre in tema di istanza di rinvio per impedimento del difensore; Cass. Sez. 2, n. 51665 del 7/11/2017, Cali, in relazione alla comunicazione del difensore dell'adesione all'astensione deliberata dall'Unione della Camere penali.

<sup>35</sup> Cass. Sez. 3, n. 923 del 10/10/2017 – dep. 2018, Salvo ed altri; Cass. Sez. 2, n. 56392 del 23/11/2017, Ishlyamski; Cass. Sez. 2, n. 47427 del 07/11/2014, Pigionanti, Rv. 260963.

<sup>36</sup> In ambito di comunicazioni a mezzo fax, Cass. Sez. 2, n. 9030 del 5/11/2013 (dep. 2014), Stucchi, Rv. 258526; inoltre Cass. Sez. 5, n. 7706 del 16/10/2014 (dep. 2015) Rv. 262835; Cass. Sez. 2, n. 24515 del 22/05/2015, Mennella ed altro, Rv. 264361; Cass. Sez. 2, n. 1904 del 16/11/2017 (dep. 2018), Deriù, Rv. 272049. Sul punto BOVE V., *Il contenuto di una richiesta del privato alla a.g. non è provato dalla sua trasmissione con pec*, in *ilprocessotelematico.it*, 16 ottobre 2017.

<sup>37</sup> Cass. Sez. 1, n. 38336 del 1/08/2017, Musolino, ha affermato la legittimità della celebrazione dell'udienza per la quale era stata inoltrata istanza di differimento via PEC per un impedimento a comparire del difensore, che non risultava allegata agli atti del fascicolo.

disposizioni del processo penale telematico, in quanto rende effettive le facoltà processuali riconosciute alla parte, senza sacrifici per altri interessi contrastanti<sup>38</sup>.

## 6. La pandemia ha favorito il deposito telematico degli atti ‘in entrata’: gli sviluppi previsti della legge di delega.

Dapprima l’art. 83 d.l. n. 18/2020, quindi il decreto Ristori e, infine, la legge n. 176/2020 di conversione, che ha apportato significative modifiche con nuove disposizioni nell’ambito dell’art. 24 d.l. 137/2020 prevedendo una specifica disciplina per le impugnazioni, hanno introdotto il deposito telematico degli atti.

E così, se nella fase delle indagini preliminari i difensori trasmettono atti al P.M. o con PEC o attraverso il portale del processo telematico degli atti, individuato nel Portale Deposito Atti Penali (PDP)<sup>39</sup> istituito già con la “prima” normativa emergenziale, ossia con l’art. 83, c. 12 quater, d.l. 17 marzo 2020 n. 18 e poi nuovamente regolamentato dal d.l. Ristori e dalla legge di conversione n. 176/2020, in tutte le fasi del procedimento è oggi possibile, in base sempre alla normativa emergenziale, inviare a mezzo PEC – e dunque depositare telematicamente – ogni tipologia di atto, comprese anche le impugnazioni, caso nel quale, a legislazione ordinaria, la giurisprudenza è sempre stata ferma nell’escludere tale modalità di presentazione, prevedendo la normativa primaria forme tipizzate di proposizione.

Durante le indagini è la tipologia di atti che determina la modalità di deposito.

Vanno depositati nel PDP, che è in gestione alle Procure della Repubblica, gli atti tipici indicati ai commi 1 e 2 dell’art. 24. Il comma 1 fa esplicito riferimento, con selezione diretta del legislatore, alle memorie, documenti, richieste ed istanze indicate dall’art. 415-*bis* c.p.p. Il comma 2 rimette la scelta degli atti da depositare in PDP al decreto ministeriale, che in effetti interviene il 13 gennaio 2021 ad opera della Direzione Generale per i servizi informativi automatizzati (DGSIA). In particolare selezione quali atti da depositare nel Portale la denuncia di cui all’art. 333 c.p.p., la querela di cui all’art. 336 c.p.p. e la relativa procura speciale, la nomina del difensore e della rinuncia o revoca del mandato ex art. 107 c.p.p, l’istanza di opposizione all’archiviazione ex art. 410 c.p.p.

<sup>38</sup> Si è affermato che nei rapporti tra le parti private la notificazione tramite posta elettronica è da ritenersi equiparabile alla notificazione a mezzo posta; cfr. Cass. Sez. 5, *Sentenza n. 23127 del 03/07/2020 Cc.* (dep. 29/07/2020) Rv. 279403 – 01, ric. F; nello stesso senso recentissima Cass. sez. 6, n.5758, ud. 26/01/2022, dep. 17/02/2022, ric. B.M. Sul tema, GIORDANO L., *È consentito alla parte privata l’uso della pec per notificare propri atti altre parti?*, in *ilprocessotelematico.it*, 23 settembre 2020.

<sup>39</sup> Sulle caratteristiche tecniche del PDP e del Portale delle Notizie di Reato-NDR, del quale si parlerà nel testo a seguire, si rinvia a MARRO R. – PATSCOT R., *Il processo penale telematico tra “protoapplicativi” e funzioni digitali di traslazione documentale*, e PATSCOT R., *Il Portale del processo penale telematico* in AA.VV. *Il processo penale telematico*, op. cit., 38-41 e 51-58, nonché sulle caratteristiche tecniche per il deposito in PDP (formato di atti e documenti allegati, differente regime del deposito mediante PEC, il formato degli atti soggettivamente complessi e la concorrenza della firma digitale con quella analogica), nonché sul procedimento di acquisizione dell’atto e dei documenti, si rinvia a PATSCOT R., *Portale Deposito atti Penali (PPT)*, in *ilprocessotelematico.it*, 11 gennaio 2020.

Con il deposito in PDP l'atto trasmesso in formato PDF e firmato digitalmente dal difensore, dopo la sua accettazione da parte dell'ufficio, transita fino all'applicativo Document@Tiap realizzando per la prima volta anche un flusso nativo digitale all'interno del processo penale telematico.

Il CSM, con la Relazione sullo stato della Giustizia telematica, evidenzia come l'accesso a mezzo PDP dovrebbe essere esteso a tutti i depositi da parte dei difensori, al fine di eliminare l'attuale frammentazione dei sistemi (portale, PEC e depositi cartacei) e sottolinea l'indispensabile necessità del potenziamento dell'infrastruttura informatica rilevati i frequenti malfunzionamenti lamentati dall'utenza<sup>40,41</sup>.

Al netto dei depositi tassativamente destinati al PDP, tutti gli altri atti possono essere inviati a mezzo PEC, per quanto previsto dall'art. 24 c. 4 su citato: per tutti gli atti, documenti e istanze comunque denominati diversi da quelli indicati nei commi 1 e 2 – ossia diversi da quelli che vanno depositati presso gli uffici di Procura attraverso il PDP – e fino alla scadenza del termine, che allo stato è quello del 31 dicembre 2022 per effetto del 'decreto milleproroghe', è consentito il deposito con valore legale mediante posta elettronica certificata.

La portata della norma è chiara: il difensore può depositare con PEC qualunque tipo di atto, per esempio la richiesta di accesso alle registrazioni delle conversazioni intercettate<sup>42</sup>, purché non depositabile nel PDP.

Si tratta di una ulteriore facoltà riconosciuta al difensore, che si affianca alle usuali modalità di deposito, tanto che il legislatore utilizza l'espressione "è consentito".

Ovviamente occorre la certezza della PEC cui inviare l'atto e da cui si invia l'atto, tanto che l'art. 24 c. 4 richiede che il deposito con PEC, per avere valore legale, sia effettuato "mediante invio dall'indirizzo di posta elettronica certificata inserito nel Registro generale degli indirizzi certificati di cui all'articolo 7 del regolamento di cui al decreto del Ministro della giustizia 21 febbraio 2011, n. 44" – inseriti, cioè nel cd. REGINDE - e che "il deposito con le modalità di cui al periodo precedente deve essere effettuato presso gli indirizzi PEC degli uffici giudiziari destinatari ed indicati in apposito provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati, pubblicato nel portale dei servizi telematici. Con il medesimo provvedimento sono

<sup>40</sup> Relazione sullo stato della Giustizia telematica – anno 2021. (delibera 21 dicembre 2021), in <https://www.csm.it/documents/21768>.

<sup>41</sup> Diverso dal PDP è il Portale delle Notizie di Reato (NDR), che è invece accessibile solo alle forze di polizia e ad altri soggetti abilitati per l'invio dei propri atti Il CSM rileva nella predetta Relazione quanto al Portale NDR: *Consente alla polizia giudiziaria (P.G.) di accedere al SICP per effettuare "annotazioni preliminari" sul registro informatico della Procura, annotazioni modificabili e non vincolanti per l'Ufficio requirente, ma che riducono la tempistica del data entry da parte dell'ufficio giudiziario. L'utilizzo di NDR dal lato Procura velocizza dunque sensibilmente le iscrizioni e, dal lato P.G., fornisce immediato riscontro sul numero del procedimento e sul magistrato titolare dello stesso limitando gli accessi fisici in Procura da parte della stessa P.G. Per rendere l'applicativo ancora più efficiente dal punto di vista della P.G. appare tuttavia necessario un collegamento con la banca dati SDI in uso alle forze dell'ordine al fine di consentire alle stesse forze dell'ordine un unico inserimento dei dati (attualmente replicato in SDI e nel portale). Il portale, inoltre, è stato recentemente implementato con un collegamento diretto al Document@ che consente alla notizia di reato in formato PDF di transitare direttamente nel fascicolo informatico.*

<sup>42</sup> Cass Sez. 6, Sentenza n. 35290 del 06/09/2021 Cc. (dep. 23/09/2021) Rv. 281986 – 01, ric. El Janati.

indicate le specifiche tecniche relative ai formati degli atti e alla sottoscrizione digitale e le ulteriori modalità di invio.”

In sede di conversione è stato poi aggiunto, sempre nell’ottica di disciplinare più nel dettaglio la modalità di trasmissione, che “quando il messaggio di posta elettronica certificata eccede la dimensione massima stabilita nel provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati di cui al presente comma, il deposito può essere eseguito mediante l’invio di più messaggi di posta elettronica certificata. Il deposito è tempestivo quando è eseguito entro la fine del giorno di scadenza.”

Non vi sono limiti, dunque, in fase emergenziale alla trasmissione telematica con PEC alla A.G. di qualunque tipologia di atto da parte del difensore (purchè ovviamente diversi da quelli da depositarsi in PDP).

## 7. Impugnazioni pandemiche a mezzo PEC dopo la conversione del decreto legge n. 137 con legge 176/2020.

Dopo l’emanazione dell’art. 24 nella versione del DL 137/2020 restava dubbio se il deposito a mezzo PEC potesse essere effettuato anche per le impugnazioni<sup>43</sup>.

Infatti, proprio nella fase della prima vigenza, la Corte di cassazione aveva negato il deposito telematico delle impugnazioni<sup>44</sup>. Da qui la disciplina dell’art. 24 in sede di conversione, che vede introdotti i commi da 6-*bis* a 6-*undecies* che regolano specificamente il regime delle impugnazioni<sup>45</sup>.

L’art. 24, nella sua formulazione finale, prevede la possibilità di presentare l’impugnazione da parte del difensore con PEC (applicandosi agli atti di impugnazione di qualsiasi tipo, agli atti di opposizione e ai reclami giurisdizionali, ed anche alle impugnazioni straordinarie come la rescissione del giudicato ex art. 629-*bis* c.p.p.<sup>46</sup>) e, tra

<sup>43</sup> DI STEFANO P., *L’apertura della normativa emergenziale all’uso della PEC “in ingresso”. L’art. 24 comma 4 del d.l. n. 137/2020*, in AA.VV. *Il processo penale telematico*, op. cit., 85 ss.

<sup>44</sup> Osservava la Corte di cassazione che in tema di impiego della posta elettronica certificata nel procedimento penale, l’art. 24, comma 4, del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, allora in attesa di conversione, potesse trovare applicazione esclusivamente in relazione agli atti di parte per i quali il codice di rito non disponesse specifiche forme e modalità di presentazione, stante la natura non derogatoria del suddetto comma rispetto alle previsioni sia del codice di procedura penale, sia del d.l. 29 dicembre 2009, n. 193, convertito con modificazioni dalla l. 22 febbraio 2010, n. 24, e sia anche del regolamento delegato adottato con decreto del Ministro della giustizia 21 febbraio 2011, n. 44, concernente le regole tecniche per il processo civile e penale telematici. In applicazione del principio, la Corte riteneva inammissibili i motivi nuovi trasmessi mediante posta elettronica certificata dal procuratore generale nell’ambito di giudizio ex art. 311 cod. proc. pen. (cfr. Cass. Sez. 1, Sentenza n. 32566 del 03/11/2020 Cc. (dep. 19/11/2020) Rv. 279737 – 01, ric. Pmt C/ Caprioli Giuseppe. Rilievi critici in dottrina venivano sollevati su tale orientamento da VITRANI G. e ARCELLA R., *Inammissibilità (presunta?) degli atti di impugnazione depositati a mezzo pec nel processo penale, in ilprocessotelematico.it*, 27 novembre 2020; DI STEFANO P., *La limitazione ai difensori*, in AA.VV. *Il processo penale telematico*, op. cit., 87 e ss.; GASPARRE A., *Normativa covid: inammissibile il ricorso penale per cassazione presentato a mezzo pec*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 6/2021, 9.

<sup>45</sup> Sul punto, PETRUCCI L., [Il Legislatore supera la Cassazione sulle impugnazioni trasmesse a mezzo PEC](#), in *unicost.eu*, 14 gennaio 2021.

<sup>46</sup> Cass. Sez. 4, Sentenza n. 44103 del 04/11/2021 Cc. (dep. 29/11/2021) Rv. 282168 – 01, Ric. Scifos



le varie disposizioni, introduce un nuovissimo principio, stabilendo all'art. 24, co. 6 *septies* che sia il giudice che ha emesso il provvedimento – e non già, come è regola, il giudice dell'impugnazione – a dichiarare, anche d'ufficio, le nuove cause di inammissibilità, disponendo l'esecuzione del provvedimento impugnato.

Dunque sono introdotte due innovazioni: a) alcune nuove cause di inammissibilità che si aggiungono a quelle tradizionali già previste dall'art. 591 c.p.p. (difetto di legittimazione, carenza di interesse, rinuncia alla impugnazione, mancata osservanza delle disposizioni sulla formulazione e presentazione dell'impugnazione); b) viene individuato un secondo giudice dell'inammissibilità, che non è più il solo giudice dell'impugnazione ex art. 591 c. 2 c.p.p., ma anche **il giudice del provvedimento impugnato**.

Quanto alle nuove cause di inammissibilità telematica<sup>47</sup> introdotte, le stesse si verificano ex comma 6 *sexies* dell'art. 24 cit.: a) quando l'atto di impugnazione non è sottoscritto digitalmente dal difensore<sup>48</sup>; b) quando le copie informatiche per immagine degli allegati non sono sottoscritte digitalmente dal difensore per conformità all'originale; c) quando l'atto è trasmesso da un indirizzo di posta elettronica certificata che non è presente nel ReGINDE; d) quando l'atto è trasmesso da un indirizzo di posta elettronica certificata che non è intestato al difensore; e) quando l'atto è trasmesso a un indirizzo di posta elettronica certificata diverso da quello indicato per l'ufficio che ha emesso il provvedimento impugnato dal provvedimento del Direttore generale DGSIA o, nel caso di richiesta di riesame o di appello contro ordinanze in materia di misure cautelari personali e reali, a un indirizzo di posta elettronica certificata diverso da quello indicato per il tribunale di cui all'art. 309, c. 7, c.p.p. dal provvedimento del Direttore DGSIA.

Pertanto, resta ferma la regola generale degli artt. 582 e 309, per cui l'impugnazione deve essere presentata, anche a mezzo PEC, presso la cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento e per i gravami cautelari presso il Tribunale del Riesame.

Ovviamente occorre che, a pena di inammissibilità, l'impugnazione sia recapitata a mezzo PEC all'indirizzo indicato da DGSIA per quell'ufficio giudiziario.

A tal proposito, quanto al caso sub e), è stata già ritenuta inammissibile l'impugnazione inviata a un diverso indirizzo, anche se indicato dal capo dell'ufficio nell'ambito dei provvedimenti organizzativi del comma 7 dell'art. 83 D.l. 18/20 e succ. mod., e però non corrispondente a quello indicato nel REGINDE<sup>49</sup>; in affermazione della stessa prevalenza, dell'indirizzo attribuito da DGSIA all'ufficio giudiziario, è ammissibile l'impugnazione ivi proposta anche se non coincidente con l'indirizzo indicato dal capo dell'ufficio in quanto rilevante ai soli fini organizzativi interni<sup>50</sup>.

---

Alexandru.

<sup>47</sup> Sul punto, VITRANI G., *L'atto di impugnazione inviato via pec è inammissibile se non rispetta i requisiti previsti dal decreto ristori*, in *ilprocessotelematico.it*, 25 ottobre 2021.

<sup>48</sup> Cass. Sez. 6, Sentenza n. 26313 del 03/06/2021 Cc. (dep. 09/07/2021) Rv. 281537 – 01, ric. E.

<sup>49</sup> Cass. Sez. 6, Sentenza n. 46119 del 09/11/2021 Cc. (dep. 16/12/2021) Rv. 282346 – 01, ric. M.

<sup>50</sup> GIORDANO L., *Impugnazione inviata ad un indirizzo pec assegnato al tribunale, ma non destinato alla ricezione*

I commi 5 e 6 novies affidano di fatto l'attestazione del deposito alla cancelleria. Ovviamente la provenienza e la sottoscrizione digitale, anche degli allegati, verrà da parte della cancelleria, in relazione alle cause di inammissibilità informatica, sottoposta al giudice per il controllo. Il giudice dell'atto impugnato è il solo che può valutare la ritualità della PEC, perché il giudice dell'impugnazione, tradizionalmente deputato a dichiararla, non ha accesso, tramite la sua cancelleria, a PEC diverse da quelle proprie<sup>51</sup>. Da qui l'introduzione della nuova competenza del giudice 'impugnato' per la declaratoria di inammissibilità telematica.

Se per i difensori è dunque rituale l'impugnazione a mezzo PEC, non lo è per il pubblico ministero.

Infatti è stata ritenuta inammissibile l'impugnazione a mezzo posta elettronica ordinaria o PEC da parte del pubblico ministero in quanto l'art. 24 del d.l. 28 ottobre 2020, n.137, come modificato dalla legge di conversione 18 dicembre 2020, n. 176, consente tale modalità di deposito alle sole parti private, cui testualmente si riferisce la norma in esame, richiedendo anche che l'atto sia sottoscritto con firma digitale, strumento di cui attualmente non dispongono gli uffici di Procura<sup>52</sup>.

Tornando ai difensori, è ben possibile che, a fronte di una prima dichiarazione di inammissibilità telematica dell'impugnazione, proponga una seconda impugnazione<sup>53</sup>: questa di fatto è una ulteriore ragione che giustifica, nell'ottica del *principio del favor impugnationis*, la declaratoria di inammissibilità da parte del giudice "impugnato". In sede di riesame, ad esempio, qualora la cancelleria rilevi la sussistenza di una causa di inammissibilità telematica, potrà trasmettere l'atto *ad horas* al Collegio perché la valuti, senza richiedere e attendere la trasmissione degli atti ex art. 309 c. 5.: ciò sia per evitare una attività che potrebbe non essere necessaria, sia anche per consentire una immediata

---

*di tali atti: è ammissibile?*, in [ilpenalista.it](http://ilpenalista.it), 12 agosto 2021.

<sup>51</sup> In questo senso, la Nota del Primo Presidente della Corte di cassazione del 5 marzo 2022, diretta ai Presidenti delle Corti di appello, con la quale si evidenzia come *sia essenziale che le cancellerie dei giudici di merito verifichino e facciano constare che l'atto pervenuto tramite pec è sottoscritto con firma digitale al pari degli atti eventualmente allegati. Il giudice dell'impugnazione, infatti, riceve una copia <cartacea> di tipo anastatico dalla quale non è possibile verificare il rispetto dei suddetti requisiti che la legge richiede a pena di inammissibilità*, con ulteriori istruzioni tese ad disporre la stampa del messaggio di posta elettronica ricevuto (ai fini della verifica successiva della correttezza degli indirizzi del mittente e del destinatario) e ad aprire l'atto di impugnazione e gli allegati, per verificare la ritualità della firma digitale. La Nota si rinviene in <http://www.camerapenaleligure.it/corte-di-cassazione-impugnazioni/>. Sul punto si rinvia anche a BOVE V. – PATSCOT R., *Processo Penale Telematico: dalla fase emergenziale alla digital transformation della giustizia penale*, op. cit., 6.

<sup>52</sup> Cass. Sez. 6, Sentenza n. 29199 del 11/05/2021 Cc. (dep. 26/07/2021), ric. Pmt c/Adamo Enzo, che oltre a ad affermare il principio indicato nel testo, ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale prospettata dal ricorrente, in riferimento agli art. 3, 32 e 111 Cost., costituendo la norma, ad operatività temporalmente limitata al perdurare della emergenza pandemica, un ragionevole punto di compromesso tra esigenze concorrenti, avuto riguardo alle difficoltà tecniche legate all'implementazione dello strumento della firma digitale ed ai flussi enormemente più contenuti degli accessi agli uffici giudiziari legati ai depositi della parte pubblica, rispetto a quelli relativi all'utenza privata. Sul punto in dottrina, GRILLO P., *Invio dell'appello del pm a mezzo pec: secondo la cassazione è inammissibile*, in *Diritto & Giustizia*, 2021.

<sup>53</sup> Cass. Sez. 3, Sentenza n. 37196 del 19/11/2020 Cc. (dep. 23/12/2020) Rv. 280823 – 01, ric. Russo Mario.

declaratoria di inammissibilità, a seguito della quale il difensore, se nei termini, potrà riproporre il gravame.

Va infine evidenziato che l'art. 24 c. 6 decies specifica, in ragione del principio generale del *tempus regit actum*, che le disposizioni introdotte in sede di conversione dei commi da 6-bis a 6-novies debbano trovare applicazione per le impugnazioni proposte successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione n. 176/20, quindi dal 25 dicembre 2020. Aggiunge la disposizione che fino alla suddetta data conservano efficacia gli atti di impugnazione di qualsiasi tipo, gli atti di opposizione e i reclami giurisdizionali in formato elettronico, sottoscritti digitalmente, trasmessi a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto legge alla casella di posta elettronica certificata del giudice competente.

In sostanza, in sede di conversione il legislatore precisa, con una norma di fatto di interpretazione autentica, che fin dall'entrata in vigore del decreto legge n. 137, val a dire dal 29 ottobre 2020, era ben possibile presentare anche impugnazione a mezzo PEC nelle giuste forme<sup>54</sup>.

#### **8. La questione dell'opposizione ex art. 410 c.p.p.: deposito in PDP in via esclusiva o in alternativa alla PEC?**

Il quesito che introduce questo paragrafo è conseguente all'alternarsi di normativa primaria e secondaria e all'assenza di un coordinamento che chiede all'interprete di offrire una soluzione.

L'art. 24 introdotto con il decreto legge n. 137 del 28 ottobre 2020, in vigore dal 29 ottobre 2020, come si è evidenziato, stabilisce al comma 1 che le memorie, i documenti, le istanze e le richieste ex art. 415-bis c.p.p. debbano essere depositate esclusivamente mediante deposito in PDP con le modalità stabilite con provvedimento del DGSIA. Il comma 2, come si è già evidenziato, estende la possibilità del deposito ad ulteriori atti così individuati dal Ministro della Giustizia:

*2. Con uno o piu' decreti del Ministro della giustizia, saranno indicati gli ulteriori atti per quali sarà reso possibile il deposito telematico nelle modalità di cui al comma 1.*

Il comma 4 prevede che per gli atti diversi da quelli indicati ai commi 1 e 2, da versare nel Portale, sia consentito il deposito con valore legale a mezzo PEC.

Infine il comma 6 prevede che per gli atti ex art. 415-bis c.p.p. e per quelli che saranno individuati dal decreto ministeriale ex comma 2, *l'invio tramite posta elettronica certificata non è consentito e non produce alcun effetto di legge.*

La legge n. 176 del 2020, di conversione del decreto legge n. 137, in vigore dal 25 dicembre 2020 come si è visto introduce i commi da 6-bis a 6-novies relativamente alle impugnazioni, sulle quali vi era stata incertezza in ordine alla possibilità di

---

<sup>54</sup> Di natura meramente ricognitiva delle norme in sede di conversione si legge in DI STEFANO P., *In particolare le impugnazioni via PEC*, in AA.VV. *Il processo penale telematico*, op. cit., 90.

presentazione a mezzo PEC, poi ammessa senza incertezze grazie alla legge di conversione, e in particolare al comma 6-quinquies si legge:

*Le disposizioni di cui ai commi 6-bis, 6-ter e 6-quater si applicano a tutti gli atti di impugnazione, comunque denominati, e, in quanto compatibili, alle opposizioni di cui agli articoli 410, 461 e 667, comma 4, del codice di procedura penale e ai reclami giurisdizionali previsti dalla legge 26 luglio 1975, n. 354 (...)*

In sostanza alla data del 25 dicembre 2020 le opposizioni ex art. 410 c.p.p., come anche le opposizioni a decreto penale e alle ordinanze assunte *de plano* dal giudice dell'esecuzione, sono da proporsi, equiparate alle altre impugnazioni, a mezzo PEC.

Nessun intoppo interpretativo fino al 21 gennaio 2021, quando viene pubblicato Gazzetta Ufficiale il decreto del Ministro della Giustizia del 13 gennaio 2021, in esecuzione del comma 2 dell'art. 24, che indica anche l'istanza di opposizione all'archiviazione tra gli atti per i quali il deposito avviene esclusivamente mediante deposito telematico ai sensi dell'art. 24, comma 1 – dunque deposito in PDP con le modalità individuate con provvedimento del direttore generale dei sistemi informativi automatizzati del Ministero della giustizia.

In sostanza, dapprima il legislatore in sede di conversione – dal 25 dicembre 2020 – specifica che fra gli atti di impugnazione vi è anche l'opposizione all'archiviazione e che la stessa può essere proposta a mezzo PEC. Successivamente il Ministro della Giustizia, con decreto in vigore dal 5 febbraio 2021, in forza della delega del comma 2 dell'art. 24, ne dispone il deposito in via esclusiva attraverso il PDP.

Si pone un problema di gerarchia delle fonti e di coordinamento delle disposizioni. Certo potrebbe ritenersi che il decreto ministeriale successivo, che però ha natura tecnica e a ben vedere non risponde al modello regolamentare dell'art. 17 l. 400/88, se dovesse ritenersi avere forza di norma primaria per delegazione, abroghi quella precedente contenuta nell'art. 24 c. 6 quinquies: in sostanza il legislatore, dopo aver fissato il principio che l'opposizione possa essere presentata a mezzo PEC, attribuisce al Ministro della Giustizia, in forza della delega, il potere di abrogare tale disciplina.

Ma, a ben vedere, la delega insita nel comma 2 dell'art. 24, nel momento in cui viene esercitata, non sembra possa andare contro il dettato normativo della disposizione primaria, che comunque esplicitamente consente la presentazione dell'opposizione a mezzo PEC: il decreto ministeriale ha un limite, per il principio di legalità, proprio nel contenuto della legge delegante.

Tali considerazioni sulla gerarchia delle fonti potrebbero escludere *tout court* la vigenza del decreto ministeriale citato quanto alle modalità di presentazione dell'opposizione ex art. 410 c.p.p.

Deve però approfondirsi il tema, rilevandosi come il contrasto fra le disposizioni sia solo apparente: e ciò per la peculiarità dell'atto di opposizione e la pluralità di possibili destinatari del deposito, che induce a una distinzione per fasi, per così dire.

In vero gli atti da depositare nel PDP sono quelli indirizzati alla Procura della Repubblica per dare inizio alle indagini (querelle e denunce), per l'esercizio del diritto di difesa in fase di indagine (nomine e revoca del difensore), nonché per le iniziative difensive conseguenti all'avviso ex art. 415-bis c.p.p.

Non a caso lo stesso decreto ministeriale del 13 gennaio 2021 esordisce limitando il destinatario dell'atto da depositare alle sole Procure della Repubblica: *“Negli uffici delle Procure della Repubblica presso i Tribunali il deposito da parte dei difensori dell'istanza di opposizione all'archiviazione indicata dall'articolo 410 del codice procedura penale, della denuncia ... avviene esclusivamente mediante deposito telematico ai sensi dell'articolo 24, comma 1, del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, tramite il portale del processo penale telematico e con le modalità individuate con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi automatizzati del Ministero della giustizia”*.

Tanto premesso, l'opposizione all'archiviazione è atto conseguente alla relativa richiesta e il pubblico ministero, disposta la notifica dell'avviso alla persona offesa ex art. 408 c. 2 c.p.p., deve attendere l'esito della notifica e il decorso del termine per l'opposizione, trasmettendo solo dopo il fascicolo al Gip (art. 126 disp. att. c.p.p.); data la natura non perentoria, bensì ordinatoria del termine di presentazione dell'opposizione, che se tardiva non determina inammissibilità<sup>55</sup>, può accadere che il pubblico ministero, atteso il buon esito della notifica, trasmetta il fascicolo al Gip ex art. 408 c.1 c.p.p., senza che gli sia pervenuta l'opposizione, che invece potrebbe a quel punto essere presentata direttamente al Gip<sup>56</sup>, come anche in via cartacea accadeva nella prassi.

La dinamica descritta palesa come l'atto di opposizione possa tanto essere presentato al pubblico ministero quanto al Gip.

Proprio tale duplice possibilità, a seconda se il fascicolo sia ancora presso l'ufficio di procura o presso l'ufficio gip, consente di dare una lettura sistematica alla disciplina del deposito ex art. 24: quando il deposito deve avvenire presso il pubblico ministero, l'opposizione va depositata in via esclusiva nel PDP, il portale è strumento telematico nel governo del pubblico ministero, pur se gli effetti si rendono disponibili anche per il Gip, che rinviene comunque l'opposizione in Tiap; quando invece l'opposizione è da depositare al Gip, perché ormai autorità procedente avendo ricevuto il fascicolo con la richiesta di archiviazione, dovrà essere presentata a mezzo PEC direttamente alla cancelleria del giudice. Tale interpretazione sistematica appare la più sostenibile e rende conto della *ratio* della doppia opzione, prendendo atto che l'opposizione ex art. 410, a

---

<sup>55</sup> Cfr. Cass. Sez. 4, Sentenza n. 18828 del 30/03/2016 Cc. (dep. 05/05/2016) Rv. 266844 – 01, ric. P.O. in proc. Martelli, afferma che l'opposizione della persona offesa alla richiesta di archiviazione proposta oltre il termine di dieci giorni dalla notifica dell'avviso della richiesta non ne determina l'inammissibilità e non esonera, quindi, il giudice che nel frattempo non abbia già provveduto, dal valutarla.

<sup>56</sup> Sul punto Cass. Sez. 5, Sentenza n. 42791 del 19/09/2016 Cc. (dep. 10/10/2016) Rv. 268459 – 01, ric. P.O. in proc. Morazzano, afferma che è legittima la presentazione dell'opposizione alla richiesta di archiviazione presso la segreteria del P.M., da cui la persona offesa abbia ricevuto la notifica della richiesta di archiviazione, stante la previsione di cui all'art. 126 disp. att. cod. proc. pen., per la quale il P.M., nel caso di cui all'art. 408, comma secondo, cod. proc. pen., trasmette gli atti al Gip dopo la presentazione dell'opposizione della P.O. ovvero dopo la scadenza del termine non perentorio dei dieci giorni, ex art. 408, comma terzo, cod. proc. pen. A detta alternativa per il P.M., corrisponde, infatti, la duplice possibilità per la p.o. di depositare l'atto di opposizione – oltre che presso la cancelleria del Gip investito della predetta richiesta di archiviazione – anche presso l'ufficio del P.M. ed, in quest'ultimo caso, non possono esserle addebitati i ritardi nella trasmissione dell'atto di opposizione dovuti a inefficienze dell'Ufficio.

differenza dell'opposizione a decreto penale e in sede di esecuzione che vanno sempre presentate al Gip, era suscettibile di una duplice forma di deposito già in cartaceo, dato il dinamismo della fase procedimentale e la circostanza che l'opposizione deve intervenire prima del provvedimento di opposto archiviazione, dunque anticipando il contraddittorio rispetto al provvedimento, a differenza delle altre ipotesi di opposizione citate dall'art. 24 c. 6 quinquies ove il contraddittorio oltre a essere eventuale è comunque successivo al provvedimento opposto.

È evidente che in sede di delega il Governo dovrà meglio disciplinare il regime di presentazione dell'opposizione ex art. 410.

**9. La delega al Governo in tema di obbligatorietà del deposito digitale, fra federalismo giudiziario e malfunzionamento. Nella delega nessun riferimento alla sinteticità degli atti: il PPT non è figlio di un Dio minore rispetto al PCT.**

La delega al Governo introduce il principio di obbligatorietà del deposito telematico per tutti gli atti e documenti, in ogni fase e grado del procedimento (art. 1, comma 5 lett. a), recependo l'indicazione della Commissione Lattanzi, con unica eccezione per gli atti compiuti dalle parti personalmente: potrà essere il caso di atti personalissimi, quali l'opzione per il rito abbreviato o per l'applicazione di pena concordata, se formulati direttamente dall'imputato, per i quali residuerà l'alternatività del deposito telematico o in forma cartacea.

Gli effetti dell'obbligatorietà del deposito telematico si avranno, ad esempio in tema di impugnazioni, con l'abrogazione gli articoli 582, comma 2, e 583 c.p.p. e con la necessità di coordinare la disciplina del deposito degli atti di impugnazione con quella generale, prevista per il deposito di tutti gli atti del procedimento (art. 1 c. 13 lett. b). In sostanza, come avvenuto per il PCT, le opzioni telematiche determinano innovazioni sulla struttura del processo, anche nel senso della semplificazione per tutte le parti.

È prevista poi la necessità di una disciplina transitoria (c. 5 lett. c). Per un principio di realtà la delega richiede che si tenga in conto la *gradualità, differenziazione e adeguatezza delle strutture amministrative centrali e periferiche, il razionale coordinamento e della successione temporale tra la disciplina vigente e le norme di attuazione della delega*, nonché la necessità di un *coordinamento del processo di attuazione della delega con quelli di formazione del personale coinvolto*.

Il Parlamento ha preso atto dell'esistenza di diversi gradi di sviluppo infrastrutturale e tecnologico negli uffici giudiziari, ma anche di competenze amministrativo-informatiche differenziate sul territorio. A ben vedere la disposizione è certamente opportuna, in quanto la natura essenziale del servizio di giustizia richiede certezza di funzionamento del deposito telematico obbligatorio. Non di meno, però, deve auspicarsi che si colga il momento presente da parte del Ministero della Giustizia per accrescere la qualità della rete e delle infrastrutture informatiche, la garanzia di un servizio di assistenza tempestivo e capillare, implementando ulteriormente la formazione informatica del personale amministrativo, già notevolmente accresciutasi durante l'emergenza. Il rischio è quello del replicarsi di un "federalismo giudiziario",



con regole diverse ufficio per ufficio. Se durante la pandemia una differenziazione territoriale era indotta anche dalla distribuzione del fenomeno epidemico sul territorio, in alcune fasi a *macchia di leopardo*, tanto da prevedere misure rimesse alle valutazioni dei singoli capi degli uffici giudiziari (art. 83 c. 7, cit.), per una riforma come quella in cantiere l'auspicio è che si proceda a un intervento complessivo su base nazionale, con una previa sperimentazione in alcuni uffici giudiziari e la successiva applicazione contestuale delle nuove regole su tutto il territorio nazionale<sup>57</sup>.

Ad ogni buon conto, la delega prevede che con regolamento adottato con decreto ministeriale, sentiti CSM e CNF, si possano individuare gli uffici ove attenuare l'obbligatorietà del deposito telematico.

Ovviamente l'obbligatorietà del deposito telematico impone anche norme a garanzia della autenticità, integrità, leggibilità, reperibilità e, se del caso, segretezza dei documenti, oltre che conservazione e formazione in modo digitale. Si tratta di prescrizioni indispensabili, alle quali dovrebbe essere aggiunta quella non prevista della sinteticità degli atti, che diventa esigenza peculiare per il PPT. Il deposito telematico diffuso determinerà che il giudice penale avrà a che fare solo con scritti digitali. Il tema della sinteticità è stato affrontato sempre più progressivamente per il PCT e non si vede perché analoga attenzione non debba valere anche per il PPT. Pur nella distinzione del processo civile da quello penale, non di meno il legislatore dovrebbe fare tesoro dell'esperienza e dell'evoluzione del processo civile telematico per poter giungere immediatamente ad un PPT già evoluto, tanto più che anche nella legge delega di riforma del processo civile, plurimi sono i riferimenti alla sinteticità degli atti delle parti e dei giudici, disponendosi di prevedere che i provvedimenti del giudice e gli atti del processo, per i quali la legge non richiede forme determinate, possano essere compiuti nella forma più idonea al raggiungimento del loro scopo, nel rispetto dei principi di chiarezza e sinteticità (art. 1 c. 17 lett. d, legge 26 novembre 2021, n. 206). Per altro l'art. 16-bis del d.l. 179/2012, che ha introdotto l'obbligatorietà del deposito telematico degli atti processuali nel processo civile, esplicitamente al comma 9 octies prevede che gli atti di parte e i provvedimenti del giudice depositati con modalità telematiche siano redatti in maniera sintetica.

La legge delega nulla prevede per il PPT. Vi si dovrà provvedere in occasione della disciplina del deposito obbligatorio telematico penale, poiché l'avvento del PPT imporrà, come si legge nella relazione di accompagnamento al maxi emendamento governativo per la legge delega del processo civile, *“nuove e più agili modalità di consultazione e gestione degli atti processuali da leggere tramite video, tanto per le parti quanto per i giudici”*. Il rischio che il PPT sia figlio di un Dio minore deve essere scongiurato.

Tornando alla delega, deve invece condividersi sia la necessità di una disciplina in tema di malfunzionamento dei sistemi informatici (lett. e) che di certezza del deposito telematico con un messaggio di perfezionamento (lett. e).

---

<sup>57</sup> Di disomogeneità fra i Fori e fra gli uffici giudiziari si legge in MELZI D'ERIL C., *Il deposito telematico è evitabile solo per gli atti compiuti di persona.*, in *Giustizia penale, al via la riforma*, op.cit., 4.

Quanto al malfunzionamento del dominio @giustizia.it ne vanno disciplinati i casi. Il dominio è l'insieme delle risorse hardware e software, mediante il quale il Ministero della giustizia tratta in via informatica e telematica qualsiasi tipo di attività, di dato, di servizio, di comunicazione e di procedura (art. 2, co. 1, lett. a), DM 21 febbraio 2011, n. 44). La legislazione emergenziale ha già approntato una disciplina – art. 24 d.l. n. 137/2020 come poi modificata dall'art. 38 del dl 77/2021 conv. con modificazioni con legge n. 108/2021 – che prevede ai commi 2-*bis* e 2-*ter* che il malfunzionamento debba essere attestato dal Direttore di DGSIA con un provvedimento pubblicato nel Portale dei servizi telematici del Ministero della giustizia e deve recare l'indicazione del relativo periodo di inoperatività. Ciò perché, in tale ipotesi, il termine di scadenza per il deposito degli atti nel PDP è prorogato di diritto fino al giorno successivo al ripristino della funzionalità del Portale. In sostanza, non è più necessaria una singola istanza tesa a ottenere la restituzione in termini ex art. 175 c.p.p. da parte del singolo difensore, con dimostrazione della sussistenza della forza maggiore o del caso fortuito, in quanto trattandosi di una disfunzione di carattere generale, anche se legata ad un solo ambito territoriale, il termine viene prorogato *ex lege* in presenza dell'attestato di malfunzionamento DGSIA.

D'altro canto è sempre previsto che l'autorità giudiziaria possa autorizzare il deposito di singoli atti e documenti in formato analogico per ragioni specifiche, come possono essere quelle afferenti all'urgenza in quanto si verta, ad esempio, in tema di libertà personale.

A fronte di questo quadro normativo attuale, il Governo dovrà prevedere, per i casi di malfunzionamento dei sistemi informatici, che siano dettate in modo automatico soluzioni alternative ed effettive alle modalità telematiche, che consentano il tempestivo svolgimento delle attività processuali, in sostanza non richiedendosi l'autorizzazione volta per volta da parte dell'autorità giudiziaria al deposito cartaceo.

È richiesto che sia monitorata in tempo reale ogni *défaillance*, con la predisposizione di sistemi di accertamento effettivo e di registrazione dell'inizio e della fine del malfunzionamento, in relazione a ciascun settore interessato: dunque dovrà essere predisposto un meccanismo non collegato alle segnalazioni da parte degli utenti, bensì di autodiagnosi automatica delle criticità di sistema, che renda certo l'arco temporale interessato dal malfunzionamento. Anche in merito alle modalità di comunicazioni del difetto di funzionamento e del ripristino dovrà prevedersi la comunicazione tempestiva della notizia a tutti gli interessati, con comunicazione pubblica.

Altra parte di rilievo della delega quella che, in base alla lettera f), prevede che si dovrà assicurare che il deposito telematico di atti e documenti possa avvenire anche mediante soluzioni tecnologiche che garantiscano la generazione di un messaggio di avvenuto perfezionamento del deposito, fatto salvo il rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici.

Questo tema è molto delicato. Deve convenirsi sulla necessità che la delega indichi come obbligatoria la necessità della generazione del messaggio di perfezionamento del deposito, che costituisce un fattore di 'credibilità del sistema

informatico' nei confronti del difensore, il quale deve avere la certezza che l'invio abbia avuto un esito positivo, in ordine alla ricezione corretta del documento e alle sue caratteristiche<sup>58</sup>.

In sostanza, come si coglie anche nel parere reso dal CSM ai sensi dell'art. 10 della Legge 24 marzo 1958 n. 195<sup>59</sup>, la facoltatività che si coglie nella delega attiene alle possibili modalità di deposito (PEC, PNR, PDP, altri applicativi), non anche al messaggio di perfezionamento del deposito che deve comunque essere assicurato.

Il controllo potrà anche avvenire in modo automatizzato, attraverso algoritmi, ferma restando la necessità di una verifica *a posteriori* da parte dell'operatore umano, in ordine alla correttezza della delibazione automatica. Sul punto deve richiamarsi la Risoluzione del Parlamento europeo del 12 febbraio 2020 sui processi decisionali automatizzati, che al punto 10 *sottolinea che, sebbene i processi decisionali automatizzati possano migliorare l'efficienza e la precisione dei servizi, gli esseri umani devono sempre essere responsabili, in ultima istanza, delle decisioni prese nell'ambito di servizi professionali quali le professioni mediche, forensi e contabili, e nel settore bancario, nonché essere in grado di revocare tali decisioni; ricorda l'importanza del controllo o della vigilanza indipendente da parte di professionisti qualificati nel caso di processi decisionali automatizzati dove sono in gioco legittimi interessi pubblici*<sup>60</sup>.

D'altro canto analogo principio viene espresso anche da legislatore italiano con l'art. 8 del D.lvo 51/2018 che ha ritenuto, *"vietate le decisioni basate unicamente su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che producono effetti negativi nei confronti dell'interessato, salvo che siano autorizzate dal diritto dell'Unione europea o da specifiche disposizioni di legge"*.

Pertanto, il controllo automatizzato potrà riguardare anche la ritualità della firma digitale e delle altre caratteristiche indispensabili dell'atto, salva ogni ulteriore necessaria verifica, prevedendo ad esempio un *alert* in caso di irritualità che richieda l'intervento umano in verifica.

Infine, la delega prevede, alla lett. b) dell'art. 1 c. 5, che con decreto ministeriale siano definite le regole tecniche di deposito, la certezza del compimento dell'atto e l'idoneità del mezzo. È stato opportunamente osservato che il testo emendato non indica

<sup>58</sup> In modo condivisibile critica la facoltatività, laddove ritenuta, MELZI D'ERIL C., *Il deposito telematico*, cit., 4. D'altro canto non sembra ritiene facoltativo la necessità del messaggio di perfezionamento il Dossier della Camera dei Deputati del 31 luglio 2021 *Riforma del processo penale*, A.C.-2435-A, che annota come *si dovrà prevedere che il deposito telematico di atti e documenti possa avvenire anche mediante soluzioni tecnologiche che assicurino la generazione di un messaggio di avvenuto perfezionamento del deposito, fatto salvo il rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici*.

<sup>59</sup> Parere del CSM n. 19/PP/2020 *sul Disegno di Legge AC n. 2435: Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello (delibera 29 luglio 2021)*, in <https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2021/08>.

<sup>60</sup> La [Risoluzione](#) è in *eur-lex.europa.eu*. Sul punto dei controlli automatizzati si rinvia a PATSCOT R., *Le procedure di controllo mediante algoritmi: forme di intelligenza artificiale si affacciano al processo penale? La tracciabilità dei sistemi digitali ministeriali*, in AA.VV. *Il processo penale telematico*, op.cit., 57 ss.; sul tema della intelligenza artificiale, da ultimo BISOGNI M. – PATSCOT R., *Intelligenza artificiale e dati giudiziari: verso una "iurisfera" digitale del procedimento penale (telematico)?*, in *ilprocessotelematico.it*, 17 marzo 2022.

il momento in cui il deposito si intende avvenuto, per chi lo effettua e chi lo riceve, probabilmente rimettendo la disciplina di questo aspetto alle modifiche che saranno adottate per il decreto del Ministro della Giustizia n. 44/2011. Sul punto appare, comunque, opportuno evidenziare la necessità che, ove dal momento del deposito per gli uffici riceventi decorrano termini per adempimenti, come quelli prescritti dall'art. 309 c. 5 c.p.p., la cui tardiva esecuzione refluisca sull'efficacia di atti o è in altro modo processualmente sanzionata, si eviti che la loro decorrenza abbia inizio nei giorni festivi o (se si tratta di termini previsti *ad horas*) in orari di chiusura degli uffici <sup>61</sup>.

Va inoltre evidenziato come, grazie alla implementazione informatica e alla sperimentazione pandemica, le criticità in ordine al deposito della nomina del difensore nel PDP cui seguiva il deposito successivo del documento, creandosi una dilazione che poteva pregiudicare la tempestività del deposito dell'atto, sembrano essersi risolte a seguito delle nuove disposizioni assunte da DGSIA, come riportate con particolare e utile accuratezza in dottrina <sup>62</sup>.

A riguardo deve evidenziarsi come sarebbe auspicabile che il legislatore delegato non rimetta alla delegificazione definizioni e profili di immediato e significativo rilievo processuale, lasciando alla normativa regolamentare i profili esclusivamente tecnici, anche perché il giusto processo è quello regolato dalla legge e, fatta salva la natura di riserva di legge relativa e il rispetto della previsione dell'art. 17 c. 3 L. 400/1988, non di meno occorre una assunzione di responsabilità politica nell'esercizio della delega da parte del Governo, non essendo per altro previsto alcun ulteriore passaggio parlamentare.

## **10. Prospettive e proposte per il PPT. Transizione digitale ma anche ecologica: accelerare con qualità per il giusto processo penale telematico.**

La transizione digitale diventa quindi certamente uno strumento per superare la lentezza del processo. È una scommessa non da poco, considerando che la sperimentazione del PCT costituì in origine un fattore di rallentamento, non di accelerazione. Di quella esperienza va fatto tesoro per evitare le lentezze del passato. Certo una riflessione andrebbe fatta sull'idea che ogni accelerazione si limiti sempre e sostanzialmente a intervenire sul processo, e mai sul diritto sostanziale. Questa del PNNR poteva essere – e potrebbe ancora essere – una occasione per affrontare il tema della pubblica amministrazione, non in grado di garantire controllo di legalità e sanzioni conseguenti, di fatto delegando a riguardo in modo diffuso l'incriminazione penale, inducendo così il rischio della paralisi del processo penale.

Su queste basi di una rinnovata pubblica amministrazione ben potrebbe effettuarsi una seria depenalizzazione, senza rinunciare al controllo di legalità e rimettendo al giudice penale la tutela di soli beni essenziali. Invece, anche per la fretta

<sup>61</sup> Così il CSM nel parere n. 19/PP/2020 su richiamato.

<sup>62</sup> BOVE V. – PATSCOT R., *Processo Penale Telematico: dalla fase emergenziale alla digital transformation della giustizia penale*, in *ilprocessotelematico.it*, 6 aprile 2021, 12.

dei tempi e degli impegni assunti, si è deciso di intervenire sulla accelerazione del processo e solo su questo.

Per raggiungere gli obiettivi del PNNR, quello della riduzione del 25% dei tempi di trattazione dei processi penali, occorre certamente superare lo scarso livello di digitalizzazione degli atti e di informatizzazione delle procedure, sia nella trattazione delle indagini e poi dei singoli gradi di giudizio, sia anche nei passaggi dei fascicoli cartacei da un grado all'altro di giudizio. Lo sviluppo ancora limitato del PPT richiede una transizione digitale che vada dall'inizio delle indagini al giudizio di cassazione, consentendo a tutti i soggetti del processo, in ogni grado, di poter accedere a un fascicolo telematico e di poterlo implementare con le proprie attività. Deve essere una transizione anche ecologica, non solo in termini di risparmio di carta e di tempi, o di limitazione degli spostamenti fisici, ma anche di miglioramento dell'equità del processo, perché il "digitale" deve aiutare il giudice, il pubblico ministero e gli avvocati a lavorare meglio, a concentrarsi su ciò che conta del processo, non deve fraporsi come un ostacolo, per limiti infrastrutturali di rete e di sistema, come accaduto per il PCT, alla giusta decisione.

È stato opportunamente evidenziato come occorra una strategia complessiva, sul piano organizzativo, che la riforma affida a un piano triennale per la transizione digitale dell'amministrazione della giustizia (art. 2, co. 18-19) e a un Comitato tecnico-scientifico per la digitalizzazione del processo (art. 2, co. 20)<sup>63</sup>.

La transizione digitale richiede interventi normativi di adeguamento del codice di rito, oggetto della legge delega. Sul punto deve aversi però piena consapevolezza che dematerializzare gli atti e gestirli in sede digitale non è solo questione tecnica.

I software dovranno essere adeguati alle esigenze dei soggetti del processo, magistrati, avvocati, personale amministrativo, e non dovranno costituire ulteriori fattori di rallentamento: in sostanza il recupero del tempo ottenuto da un lato, verrebbe negativamente compensato dalla complessità, inadeguatezza o vetustà del software, che causa un rallentamento nella immissione dei dati e nel recupero degli atti necessari alla decisione o all'esercizio del mandato<sup>64</sup>.

Ovviamente una prima soluzione è certamente nella natività digitale del dato<sup>65</sup>, nonché nella fruibilità dello stesso anche nelle fasi successive all'inserimento: se il dato nativo digitale che fa ingresso nel PNR o nel PDP non è reso disponibile in forma digitale trattabile, anche per il giudice delle indagini preliminari, che deve emettere la misura

---

<sup>63</sup> GATTA G.L., *Riforma della giustizia penale*, op. cit.

<sup>64</sup> Il SICP, Sistema Informativo della Cognizione Penale, ad esempio, è certamente un sistema complesso, non sempre adeguato alla conformazione del processo penale e richiede tempo per l'inserimento dei dati, impegnando non poco le segreterie e le cancellerie.

<sup>65</sup> Nella Relazione del CSM sullo stato della Giustizia telematica – anno 2021 (delibera 21 dicembre 2021), in <https://www.csm.it/documents/21768>, 7, si osserva: *Va comunque ricordato ... che la dematerializzazione degli atti del processo penale è tuttora ad uno stato embrionale. A differenza di quanto accade nel processo civile, laddove gli atti sono nella maggior parte dei casi nativi digitali, nel processo penale gli atti, originariamente analogici (con alcune eccezioni consentite dall'applicativo NDR e dal portale dei depositi telematici), vengono successivamente dematerializzati attraverso il Document@ con la conseguente duplicazione di attività organizzative e materiali.*

cautelare o autorizzare una intercettazione, non è cioè ribaltato e disponibile nelle varie fasi del processo attraverso un unico applicativo, non si otterrà alcuna ecologia digitale.

E anche il provvedimento del giudice dovrà essere quanto prima nativo digitale, dovendo offrire il software l'instanziazione della sentenza, rendere disponibile la sentenza stessa per il difensore o il pubblico ministero che devono impugnarla, in termini digitali, consentendosi anche al pubblico ministero e al giudice, come per il difensore già accade, di poter depositare e firmare digitalmente il provvedimento, nonostante alcune disposizioni già lo prevedano in tema di intercettazioni, pur se sono rimaste inattuato<sup>66</sup>.

In sostanza il PPT, perché abbia efficacia, dovrà incidere sugli atti del procedimento, sulla formazione e sulla loro struttura, non è semplice modifica tecnica od organizzativa degli uffici giudiziari, come è stato osservato dal CSM: è attività giurisdizionale e dunque le scelte relative non sono neutre in termini di politica giudiziaria e di ricaduta per i magistrati e gli avvocati. La rilevanza per il PPT della rete infrastrutturale è tale che, i malfunzionamenti, impedendo la prosecuzione del procedimento, potrebbero dover costituire causa di sospensione del decorso del termine di prescrizione e di improcedibilità: probabilmente occorrerà integrare le relative discipline del codice penale e di rito.

L'intervento in cantiere esorbita dalla sola dimensione della organizzazione e del funzionamento dei servizi relativi alla giustizia, ai sensi dell'art. 110 Cost. attribuiti al Ministro di Giustizia, incidendo invece sulle modalità della giurisdizione e quindi sulla autonomia e l'indipendenza della magistratura e anche sull'effettività del diritto di difesa rimesso all'avvocatura.

Da qui la necessità che CSM e CNF abbiano piena voce in capitolo, che la sperimentazione sia verificata negli uffici giudiziari e che siano i soggetti del processo siano i primi autonomi verificatori dell'innovazione digitale, perché possano nell'immediato riferirne le criticità e i miglioramenti possibili, senza dover poi faticosamente modificare sistemi già confezionati e a regime<sup>67</sup>.

Ciò vale ancora di più se si considera che il Ministro della Giustizia dovrà operare di concerto con i Ministri della innovazione tecnologica e della transizione digitale e per la pubblica amministrazione, come previsto dalla legge di delega, per il piano triennale per la transizione digitale. Di tutto ciò, di un metodo di lavoro il più possibile partecipato

---

<sup>66</sup> Allo stato il comma 6 dell'art. 2 del d.l. n. 161/2019, conv. con legge n. 7/2020 in tema di riforma del regime delle intercettazioni, prevede la necessità di predisporre la firma digitale, allo stato non ancora consentita: *Con decreto del Ministro della giustizia, adottato previo accertamento della funzionalità dei servizi di comunicazione, sono stabilite le modalità e i termini a decorrere dai quali il deposito degli atti e dei provvedimenti relativi alle intercettazioni è eseguito esclusivamente in forma telematica, nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici.* Analoga disposizione era anche contenuta nel decreto ministeriale del 20 aprile 2018, all'art. 1 c. 3 in tema di archivio riservato delle intercettazioni, nella forma che segue: *Con l'attuazione del processo penale telematico, la formazione dei verbali, delle annotazioni e degli atti avrà luogo con modalità telematiche, nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici.*

<sup>67</sup> Sul punto la Relazione del CSM sullo stato della Giustizia telematica, cit., 35.



a magistrati, giudici onorari di pace, avvocati e personale amministrativo dovrà preoccuparsi il Comitato tecnico scientifico per la digitalizzazione del processo.

In tal senso l'esperienza del PCT ha visto attivarsi gli Osservatori della giustizia civile, con il coinvolgimento di magistratura, avvocatura e personale amministrativo, iniziative replicabili anche per il PPT, mentre va implementata la formazione da parte degli Uffici Distrettuali per l'Innovazione con i Referenti della Formazione decentrata della Scuola superiore della Magistratura, da estendersi anche all'avvocatura, sulla conoscenza dei software, l'importanza della pulizia del dato, la preparazione al PPT, ma anche come laboratorio per proposte di innovazione.

Sarà indispensabile che il magistrato e l'avvocato possano interagire in sicurezza con il fascicolo telematico, anche dallo studio professionale, come accade per il PCT, dovendo però sperare nella fornitura a tutti i soggetti abilitati esterni di un software ministeriale unico, a differenza di quanto accaduto nel civile<sup>68</sup>.

Se la pandemia ha accelerato il processo di innovazione, per consentire l'amministrazione della giustizia penale nonostante il distanziamento sociale, va ora colto l'appello che è insito nella crisi della giustizia penale e nella fase di cambiamento che stiamo vivendo, acchè tutti, avvocati, giuristi, magistrati, grazie ai concreti obiettivi del PNRR ma anche con una prospettiva ideale, abbiano consapevolezza dell'importanza dell'analisi della realtà del "come eravamo", perché ciò è necessario alla migliore costruzione del "come saremo".

Il tempo della nuova normalità richiede un rinnovato spirito di comunità e senso di responsabilità che si concreta, quanto alla transizione digitale ed "ecologica" del processo penale, nel declinare un principio di coordinamento orizzontale, fra istituzioni, Ministero della Giustizia, CSM, CNF, ma anche verticale, fra Ministero, CSM e CNF e gli uffici giudiziari e l'avvocatura territoriali: la nuova normalità deve significare l'opportunità di una nuova giustizia penale, dove la dematerializzazione deve garantire e servire non l'efficientismo, bensì la garanzia di maggiori risorse e tempi, per una giustizia penale che abbia al centro la persona, sia essa imputato, sia essa vittima del reato. La sfida sarà vinta se il PPT garantirà una giustizia più giusta in sé, non solo perché più ragionevole quanto alla sua durata.

---

<sup>68</sup> Si legge nella Relazione del CSM sullo stato della Giustizia telematica, cit., 11 quanto al PCT: *La scelta operata all'origine da parte degli uffici competenti di non rilasciare un software ministeriale per lo svolgimento delle attività dei soggetti abilitati esterni non è stata supportata da un sistema informativo che fornisce alle case produttrici di software per i professionisti documentazione completa sulla struttura, sulla codifica e sulle modifiche degli atti previsti dai sistemi con la conseguenza che gli avvocati non sono mai prontamente e sufficientemente informati in ordine alle variazioni, agli aggiornamenti, all'introduzione di nuove funzionalità. Ciò genera una maggiore frequenza di errori nei depositi e dunque nella corretta implementazione dei registri di cancelleria e dei fascicoli.*