

Il diritto *vivente*

Rivista quadrimestrale di Magistratura Indipendente



01 2026

Il diritto vivente**Direttore**

Giovanni MAMMONE, *Presidente emerito della Corte di cassazione*

Comitato di direzione

Alberto BARBAZZA, *Magistrato addetto all'Ufficio studi del Consiglio superiore della magistratura*

Cecilia BERNARDO, *Magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*

Manuel BIANCHI, *Magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*

Paolo BRUNO, *Esperto nazionale distaccato presso la Direzione giustizia della Commissione europea*

Alessandro CENTONZE, *Consigliere della Corte di cassazione*

Marina CIRESE, *Consigliere della Corte di cassazione*

Vittorio CORASANITI, *Magistrato addetto al Gabinetto del Ministro della Giustizia*

Luca D'ADDARIO, *Magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*

Antonio D'AMATO, *Procuratore della Repubblica di Messina*

Alessandro D'ANDREA, *Consigliere della Corte di cassazione*

Cosimo D'ARRIGO, *Componente della Commissione di garanzia degli statuti e per la trasparenza e il controllo dei rendiconti dei partiti politici*

Lorenzo DELLI PRISCOLI, *Assistente di studio presso la Corte costituzionale*

Paola D'OVIDIO, *Componente del Consiglio superiore della magistratura*

Gianluca GRASSO, *Consigliere della Corte di cassazione*

Stefano GUIZZI, *Consigliere della Corte di cassazione*

Ferdinando LIGNOLA, *Sostituto Procuratore generale presso la Corte di cassazione*

Nicola MAZZAMUTO, *Presidente del Tribunale di sorveglianza di Palermo*

Enrico MENGONI, *Consigliere della Corte di cassazione*

Loredana MICCICHÉ, *Consigliere della Corte di cassazione*

Corrado MISTRI, *Procuratore generale presso la Corte di appello di Trento*

Antonio MONDINI, *Consigliere della Corte di cassazione*

Cesare PARODI, *Procuratore della Repubblica aggiunto presso il Tribunale di Torino*

Giuseppe PAVICH, *già Consigliere della Corte di cassazione*

Francesca PICARDI, *Consigliere della Corte di cassazione*

Paolo PORRECA, *Consigliere della Corte di cassazione*

Guido ROMANO, *Magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*

Alessio SCARCELLA, *Consigliere della Corte di cassazione*

Ugo SCAVUZZO, *Presidente di sezione del Tribunale di Messina*

Paolo SPAZIANI, *Consigliere della Corte di cassazione*

Giselda STELLA, *Magistrata addetta all'Ufficio legislativo del Ministero della giustizia*

Luca VARRONE, *Consigliere della Corte di cassazione*

Andrea VENEGONI, *Componente della Procura europea - EPPO*

Antonio MONDINI, *Giudice del tribunale di Lucca*

Il diritto vivente

Rivista quadrimestrale di Magistratura Indipendente

Pubblicazione online editata dalla Associazione Magistratura Indipendente

ISSN 2532-4853 Il diritto vivente [online]

In copertina: Vasilij Vasilevič Kandinskij, *Paesaggio con ciminiera di una fabbrica*

Sommario

Gli autori	4
● Banche dati giurisprudenziali e intelligenza artificiale: l'esperienza di Italgire di Alessio SCARCELLA	5
● La sorte del diritto di difesa nel complicato rapporto tra evoluzione tecnologica ed esigenze investigative, ovvero a proposito dell'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni disposte da un'autorità giudiziaria straniera su una piattaforma informatica criptata e su criptofonini di Teresa ZAPPIA	17
● Il tempo, nel tempo: la disciplina intertemporale della prescrizione del reato all'indomani della riforma Cartabia di Sara PRANDI.....	37
● Confisca "ripristinativa", reati tributari e responsabilità degli enti giuridici (brevissime note) di Manuel BIANCHI	49

Legenda

- Civile ● Ordinamento Giudiziario ● Tributario

Gli autori

Giovanni MAMMONE, *Direttore della Rivista*

Alessio SCARCELLA, *Direttore del Centro elettronico di Documentazione della Corte Suprema di cassazione*

Teresa ZAPPIA, *tirocinante presso la Corte di cassazione*

Sara PRANDI, *assegnista di ricerca presso l'Università degli Studi di Torino*

Manuel BIANCHI, *Magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*

Luigi CAVALLARO, *consigliere della Corte di cassazione*

Roberto CONTI, *consigliere della Corte di cassazione*

Lorenzo DELLI PRISCOLI, *Assistente di studio presso la Corte costituzionale*

BANCHE DATI GIURISPRUDENZIALI E INTELLIGENZA ARTIFICIALE: L'ESPERIENZA DI ITALGIURE

di Alessio Scarcella

Direttore del Centro elettronico di Documentazione della Corte Suprema di cassazione

Sommario:

1. **Introduzione: La ricerca giuridica nell'era digitale e della società della conoscenza.**
2. **La digitalizzazione della giurisprudenza italiana: storia, strumenti e impatti.**
 - 2.1. **Dalle fonti cartacee alle banche dati digitali: un percorso evolutivo e culturale.**
3. **L'intelligenza artificiale nella ricerca giurisprudenziale e nella giustizia digitale.**
 - 3.1. **Potenzialità e applicazioni innovative dell'IA nella ricerca giuridica.**
 - 3.2. **Rischi, limiti e questioni etiche nell'adozione dell'IA.**
4. **Le banche dati giuridiche e l'integrazione dell'IA: strumenti e accessibilità.**
5. **La legge n. 132 del 23 settembre 2025 e la ricerca giurisprudenziale: principi e assenza di divieti.**
 - 5.1. **La delibera del CSM 8 ottobre 2025 e la ricerca giurisprudenziale: le cautele richieste.**
 - 5.2. **I riflessi operativi della delibera consiliare sulla banca dati Italgiureweb.**
6. **L'evoluzione delle tecnologie e l'impatto sulla formazione giuridica.**
7. **Considerazioni conclusive.**

1. INTRODUZIONE: LA RICERCA GIURIDICA NELL'ERA DIGITALE E DELLA SOCIETÀ DELLA CONOSCENZA.

La ricerca giuridica contemporanea si colloca in un contesto di trasformazioni epocali, segnate dall'avvento della società della conoscenza e dalla rivoluzione digitale. Essa non è più confinata all'ambito specialistico degli operatori del diritto, ma si estende a una platea più ampia, comprendente studiosi interdisciplinari, professionisti, cittadini e istituzioni pubbliche¹. La digitalizzazione ha radicalmente modificato le modalità di accesso, analisi e diffusione delle fonti normative e giurisprudenziali, trasformando la conoscenza giuridica in un bene collettivo essenziale per la tutela dei diritti fondamentali, la partecipazione democratica e la trasparenza istituzionale².

Storicamente, la ricerca giuridica si fondava su strumenti cartacei quali repertori, raccolte di massime, codici commentati e riviste specialistiche, che presentavano limiti strutturali significativi: aggiornamenti lenti, difficoltà di accesso, frammentazione delle fonti e complessità nell'individuazione delle soluzioni più pertinenti. La digitalizzazione ha superato queste barriere, offrendo strumenti di consultazione immediata, integrata e interattiva, capaci di mettere in relazione normativa, giurisprudenza e dottrina in modo organico e sistematico. Questa trasformazione non è solo tecnologica, ma anche culturale e organizzativa. Essa richiede agli operatori del diritto competenze digitali avanzate, una sensibilità critica verso i rischi e le opportunità delle tecno-

[1] Il presente contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta dall'Autore, sul medesimo tema, presso la Scuola Superiore della Magistratura in Roma il 2 dicembre 2025 (corso FPP25052).

[2] European Law Institute (ELI), *Digitalisation of Civil Justice Systems in Europe*, Vienna, 2023.

logie, e un approccio interdisciplinare che coniughi diritto, informatica, scienze sociali ed etica.

La formazione digitale assume un ruolo strategico, non limitato all'acquisizione di competenze tecniche, ma esteso allo sviluppo di una cultura della responsabilità, della tutela della *privacy* e della promozione di una giustizia accessibile, partecipata e inclusiva.

A livello internazionale, la ricerca giuridica informatizzata favorisce la comparazione tra ordinamenti, la circolazione di modelli interpretativi e la costruzione di un diritto europeo e globale. Il dialogo tra le Corti e la conoscenza delle esperienze straniere rappresentano un valore aggiunto per la qualità della giurisdizione e per la tutela dei diritti fondamentali, contribuendo a una cultura giuridica condivisa e a una maggiore coesione sociale.

In questo scenario, la ricerca giurisprudenziale si configura come un motore di innovazione sociale e culturale, capace di incidere profondamente sulla trasparenza, sulla prevedibilità e sulla giustizia delle decisioni, promuovendo una cultura giuridica più democratica, inclusiva e responsabile, in cui la tecnologia diventa strumento di emancipazione e non di esclusione.

2. LA DIGITALIZZAZIONE DELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA: STORIA, STRUMENTI E IMPATTI.

2.1. Dalle fonti cartacee alle banche dati digitali: un percorso evolutivo e culturale.

L'Italia si è distinta a livello europeo per l'esperienza pionieristica nella digitalizzazione della giurisprudenza, iniziata negli anni Sessanta con la costituzione del Centro Elettronico di Documentazione (CED) presso la Corte di cassazione, che ha rappresentato il primo passo verso la gestione informatizzata di un patrimonio giurisprudenziale vastissimo e in continua crescita³.

Il passaggio dalle fonti cartacee alle banche dati digitali è stato un processo articolato, complesso e fortemente innovativo, che ha richiesto non solo avanzamenti tecnologici, ma anche profonde trasformazioni culturali e organizzative. Inizialmente, la ricerca giuridica si basava su repertori cartacei, raccolte di massime e riviste, strumenti che presentavano limiti di aggiornamento, accessibilità e integrazione delle fonti. L'introduzione di sistemi informatici ha consentito di superare queste criticità, dando vita a piattaforme come *ItalgireFind*, *EasyFind* e, infine, *ItalgireWeb*, che offrono una consultazione rapida, sistematica e integrata della giurisprudenza, con interfacce sempre più intuitive e funzionalità avanzate⁴.

Fu allora un'idea lungimirante⁵ quella di dare vita ad uno strumento moderno ed efficiente che, in quanto pensato all'interno della giurisdizione e, sempre all'interno di questa, gestito, fungesse da volano neutrale per la più estesa e rapida fruizione del dato giuridico, da rendersi, in questi termini, disponibile per il migliore esercizio della giurisdizione, nel solco dei caratteri di indipendenza e autonomia ad essa impressi dalla Costituzione italiana, ma anche patrimonio comune della cultura giuridica europea.

[3] Sulla storia del CED, si veda R. Borruso, *Computer e diritto*, Milano, 1988, pp. 175 ss. In breve sintesi, il CED, negli primi anni '60, si costituì all'interno dell'Ufficio del Massimario della Corte, per poi assumere una propria autonomia – quale Ufficio alle dirette dipendenze del primo Presidente della Cassazione (essendo ad esso affidate anche ulteriori funzioni, inerenti all'informatica giudiziaria) – e per trovare, quindi, espresso riconoscimento a livello normativo: nel 1981, con il d.P.R. n. 322, cui è seguito, tra gli altri, il d.P.R. n. 195 del 2004, che, all'art. 1, ha indicato il compito precipuo del “*Centro elettronico di documentazione della Corte di cassazione (CED)*”, cioè quello di svolgere “*un servizio pubblico di informatica giuridica, per diffondere la conoscenza della normativa, della giurisprudenza e della dottrina giuridica*”.

[4] Per maggiori approfondimenti, si rinvia senz'altro a F. Fiandanese, *Il centro elettronico di documentazione della Corte Suprema di Cassazione*, in G. Peruginelli e M. Ragona (a cura di), *L'informatica giuridica in Italia. Cinquant'anni di studi, ricerche ed esperienze*, n. 12, Napoli, 2014, pp. 151-168.

[5] V. Di Cerbo, *Banche dati di giurisprudenza, nomofilachia e trasparenza dell'attività giurisdizionale. L'esperienza del Ced della Corte di cassazione*, in *riv. trim. online Questione giustizia*, Roma, 3, 2017, pp. 93-98.

In questo quadro può, dunque, apprezzarsi come esito dalla coerenza particolarmente significativa il fatto che il progetto di creazione della prima banca dati giuridica nazionale informatizzata abbia avuto origine e compimento proprio ad opera della Corte di cassazione e cioè dell'organo giudiziario al quale l'ordinamento assegna – secondo una tradizione condivisa a livello europeo, soprattutto continentale – la funzione di nomofilachia, ossia di interpretazione uniforme del diritto oggettivo, in funzione di certezza del diritto stesso⁶. Ecco dunque il ruolo, che si è venuto a delineare, della banca dati giuridica informatizzata, quale strumento cooperante in modo particolarmente incisivo per l'affermazione un 'diritto certo e stabile', ciò che dà la cifra della sua finalità ultima, di rendere tangibile nella costruzione del 'diritto vivente' quel principio di eguaglianza che è sotteso alla vita democratica di una società civile, per cui la prevedibilità delle decisioni è alla base di un trattamento uniforme dei cittadini dinanzi al giudice⁷.

Queste banche dati non sono meri archivi, ma strumenti di diritto computabile, capaci di mettere in relazione massime, testi integrali, riferimenti normativi e giurisprudenza sovranazionale, favorendo un approccio multidimensionale e interdisciplinare alla ricerca giuridica. Il progetto *European Case Law Identifier* (ECLI) ha ulteriormente potenziato la capacità di identificare e indicizzare le sentenze a livello europeo, favorendo il dialogo tra le Corti e la costruzione di uno spazio giuridico comune, con *standard* condivisi di accesso e consultazione⁸. Il progetto ECLI è stato finalizzato a dare attuazione alle raccomandazioni del Consiglio dell'Unione europea del 29 aprile 2011 (2011/C - 127/C), volte a favorire l'adozione, su base volontaria, di un sistema idoneo a garantire l'identificazione univoca, a livello europeo, delle sentenze pubblicate su Internet, arricchendole con metadati idonei a consentire la successiva indicizzazione sul portale europeo *e-Justice*. La Corte di cassazione ha dato tempestiva attuazione al progetto E.C.L.I. e proprio grazie ad esso sono state realizzate ulteriori utilità per la ricerca e la consultazione della giurisprudenza in *ItalggiureWeb*. Difatti, al fine di rendere più agevole e rapida la consultazione dei dati contenuti nei vari archivi, si è provveduto, all'interno delle decisioni presenti in uno dei due archivi delle sentenze integrali (civili e penali), fra le sentenze e le norme citate nel documento stesso, ad evidenziare, con procedure automatiche di ricerca⁹, sia i riferimenti alle sentenze della stessa Corte di cassazione, sia a quelle Corte Costituzionale e, mediante *link* che puntano agli archivi corrispondenti di *ItalggiureWeb*, è possibile leggere il testo integrale della sentenza, così da istituire un circuito di pronta fruizione in cui le massime e i testi integrali dei provvedimenti cooperano per la migliore e più ampia conoscenza del dato giurisprudenziale.

Proprio per tali esigenze, in un contesto in cui l'"incalcolabilità giuridica" è favorita da un governo delle fonti divenuto difficile pure per il loro proliferare ed imporsi da un livello sovranazionale, l'attenzione, in *ItalggiureWeb*, si è polarizzata, anche, sull'implementazione degli archivi della giurisprudenza sovranazionale (EURIUS e CEDU), contenenti, rispettivamente, la giurisprudenza della Corte di giustizia europea e quella della Corte europea dei diritti umani, nella consapevolezza, altresì, dell'importanza che riveste la conoscenza e la diffusione di tali dati nella costruzione del dialogo tra le Corti europee e i giudici nazionali, in vista della realizzazione di quello spazio comune giuridico destinato ad essere il più fertile *humus* per una maturazione dei diritti fondamentali.

Con la banca dati giuridica *ItalggiureWeb*, in particolare, si è venuto a realizzare in Italia quello che è stato de-

[6] Così E. Vincenti, *Le banche dati di giurisprudenza – La diffusione delle novità giurisprudenziali*, in *Comunicazione e giustizia*, Torino, 2024, pp. 123-129.

[7] E. Vincenti, *Massimazione e conoscenza della giurisprudenza nell'era digitale*, in *riv. trim. online Questione giustizia*, Roma, 4, 2018, pp. 147-152.

[8] European Case Law Identifier (ECLI), https://e-justice.europa.eu/topics/legislation-and-case-law/european-case-law-identifier-ecli_it?init=true.

[9] Basate su principi di Intelligenza Artificiale, a tal fine beneficiando di un progetto realizzato dalla Cassazione con l'ITTIG, che è l'Istituto di Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica, organo del Consiglio Nazionale delle Ricerche.

finito il “diritto computabile”¹⁰ e ciò sebbene si vertesse in una situazione di ‘pre-condizioni tecnologiche’ non proprio favorevoli rispetto a quelle che esibisce il nostro presente, che, nel breve volgere di pochi anni, ha registrato un esponenziale sviluppo della potenza dei computer, dei Big Data, delle macchine intelligenti e, quindi, dell’Intelligenza Artificiale.

La digitalizzazione, in particolare la più importante banca dati *Italgivre*¹¹, ha avuto un impatto profondo anche sull’organizzazione interna della giustizia: la gestione delle banche dati richiede nuove professionalità, competenze digitali avanzate e una *governance* articolata, che coinvolge magistrati, personale tecnico e amministrativo. Questo processo ha contribuito a migliorare la qualità della giurisdizione, la trasparenza e la partecipazione democratica, favorendo una cultura della legalità più aperta e consapevole.

Oggi la sfida consiste nel mantenere e sviluppare ulteriormente questo patrimonio tecnologico e culturale, promuovendo una cultura della legalità basata sulla condivisione, sulla responsabilità e sulla partecipazione attiva di tutti gli attori coinvolti, e nel garantire che gli strumenti digitali siano accessibili, affidabili e rispettosi dei diritti fondamentali, in un’ottica di sostenibilità e innovazione continua.

3. L’INTELLIGENZA ARTIFICIALE NELLA RICERCA GIURISPRUDENZIALE E NELLA GIUSTIZIA DIGITALE.

3.1. Potenzialità e applicazioni innovative dell’IA nella ricerca giuridica.

L’intelligenza artificiale (IA) rappresenta una delle innovazioni più significative e rivoluzionarie nel campo della ricerca giuridica e della gestione della giustizia digitale. Grazie all’impiego di algoritmi di *machine learning*, *deep learning* e tecniche avanzate di *Natural Language Processing* (NLP), l’IA consente di superare i limiti tradizionali della ricerca per parola chiave, abilitando interrogazioni semantiche, analisi contestuali, estrazione automatica di concetti e persino predizione degli esiti giudiziari¹².

[10] G. Sartor, *Il diritto computabile*, relazione tenuta al convegno del 27 settembre 2017 in onore di Renato Borruso, Aula Magna della Corte Suprema di Cassazione.

[11] Il sistema *ItalgivreWeb*, per l’appunto risalente al 2003 quanto all’architettura tecnologica strutturale, è, attualmente, in fase di profondo ammodernamento; l’obiettivo è quello di mantenere intatte le funzionalità sinora presenti (che sono state implementate nel corso di quest’ultimo decennio) e di migliorarne le performance, nonché rendere più *friendly* l’utilizzo. Va ricordato che *ItalgivreWeb* è una banca dati fruibile solo ad utenti registrati, che vengono appositamente abilitati all’accesso secondo profili differenziati. Attualmente sono registrati più di 15.000 magistrati di ogni ordine e grado; più di 32.000 utenti appartenenti alle professioni ed alla pubblica amministrazione.

Tra le professioni non sono più da annoverare gli avvocati in qualità di utenti ad abbonamento personale, perché, a seguito di una Convenzione con la Cassa di previdenza forense stipulata a febbraio del 2020, è stato consentito l’accesso alla banca dati (seppure non in formato integrale), con corrispettivo a carico della stessa Cassa-forense, ad oltre 230.000 avvocati. In *ItalgivreWeb* sono inserite, attualmente, oltre 557mila massime civili e 192mila massime penali, nonché 889mila sentenze civili e 1 milione di sentenze penali; oltre 843mila riferimenti di dottrina; oltre 58mila sentenze della Corte di giustizia dell’Unione europea e più di 50mila sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo. La banca dati è costruita per archivi nei quali, secondo specifici settori, è raccolta la documentazione giuridica: in particolare (ma senza voler essere esaustivi e con riferimento agli archivi attualmente in uso), massime civili (archivio CIVILE) e penali (archivio PENALE) della Corte di cassazione, sentenza per esteso civili (archivio SNCIV) e penali (archivio SNPEN) della Corte di cassazione, massime e giurisprudenza della Corte costituzionale (anch’essa su due archivi – COSTMS e COSTSN - come per quella di Cassazione), provvedimenti dei giudici di merito (archivio MERITO), giurisprudenza della Corte di giustizia europea (archivio EURIUS), giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo (archivio CEDU), dottrina (archivio DOTTRINA, con le indicazioni di dove reperire sulle riviste giuridiche di respiro nazionale gli scritti di approfondimento giuridico ed i commenti alla giurisprudenza), legislazione nazionale (archivio LEXS) ed eurounitaria (archivio EURLEX). Si tratta di “archivi organizzati” e non separati, che consentono di pervenire al cd. “dato giuridico globale”, ossia il frutto che nasce da una rete di rinvii per cui è consentita la navigazione non solo tra documenti di uno stesso archivio, ma anche tra archivi diversi in base a numerose chiavi di accesso e di ricerca, interagenti tra loro.

[12] Si v., sul tema, M. Durante, *Potenzialità e applicazioni innovative dell’IA nella ricerca giuridica*, in *Manuale di informatica giuridica e diritto delle nuove tecnologie*, Torino, 2012, pp. 91-115; E. Calzolaio (a cura di), *La decisione nel prisma dell’intelligenza artificiale*, Milano, 2020.

Questi sistemi sono in grado di analizzare grandi volumi di dati giuridici in tempi estremamente ridotti, individuando *pattern* ricorrenti e correlazioni nascoste tra sentenze, norme e dottrina, contribuendo a mappare le aree di incertezza interpretativa e a segnalare orientamenti emergenti o divergenti.

Un ambito particolarmente promettente è la “giustizia predittiva”, che utilizza modelli statistici e algoritmi per stimare la probabilità di successo di una controversia, suggerire strategie processuali personalizzate e assistere nella redazione di atti e motivazioni, con indicazioni automatiche su riferimenti normativi e giurisprudenziali pertinenti.

L’IA è inoltre impiegata nella massimazione automatica delle sentenze, ossia la sintesi delle decisioni in massime giuridiche facilmente consultabili, e nella creazione di percorsi formativi personalizzati per gli operatori, basati sull’analisi delle evoluzioni giurisprudenziali.

Questa trasformazione tecnologica ha generato nuove figure professionali, quali il *legal data analyst* e il giurista computazionale, che integrano competenze giuridiche, informatiche ed etiche per sviluppare e governare strumenti di IA in modo responsabile e innovativo.

L’adozione di tali tecnologie, oltre a migliorare l’efficienza e la qualità della ricerca giuridica, può contribuire a rendere la giustizia più trasparente, accessibile e partecipata, promuovendo una cultura giuridica più democratica e inclusiva.

3.2. Rischi, limiti e questioni etiche nell’adozione dell’IA.

Nonostante le potenzialità straordinarie, l’adozione dell’intelligenza artificiale nella ricerca giurisprudenziale e nella giustizia digitale comporta rischi e limiti che devono essere attentamente valutati e gestiti. Uno dei problemi più rilevanti è l’opacità algoritmica: molti sistemi di IA, soprattutto quelli basati su tecniche di *deep learning*, sono spesso definiti “scatole nere” perché il loro funzionamento interno è difficile da interpretare anche dagli stessi sviluppatori. Questa opacità può compromettere la trasparenza e la possibilità di controllo sulle decisioni automatizzate, rischiando di minare la fiducia degli operatori e degli utenti nel sistema giudiziario.

Un altro rischio è rappresentato dai *bias* presenti nei dati di addestramento. Se i dati utilizzati per “insegnare” all’IA riflettono pregiudizi o discriminazioni storiche, l’IA rischia di perpetuarli e amplificarli, con conseguenze negative per l’uguaglianza e l’imparzialità¹³. Per questo motivo, è necessario adottare *audit* indipendenti, strumenti di monitoraggio e meccanismi di correzione per prevenire derive discriminatorie e garantire la neutralità e l’affidabilità dei sistemi di IA.

Inoltre, la dipendenza eccessiva dagli algoritmi può ridurre l’autonomia decisionale umana, impoverire il ragionamento giuridico e favorire la standardizzazione e la serializzazione delle decisioni, fenomeni che potrebbero indebolire la creatività interpretativa e la capacità di adattamento del diritto alle specificità dei casi concreti.

La formazione continua degli operatori, il mantenimento di un controllo umano attivo e la definizione chiara di responsabilità sono quindi condizioni imprescindibili per un uso etico e responsabile dell’IA nella giustizia. Infine, la tutela della *privacy*, la sicurezza informatica e la protezione dei dati personali rappresentano ulteriori sfide cruciali, che richiedono un quadro normativo rigoroso e aggiornato, in linea con le normative europee come il GDPR e l’AI Act¹⁴.

[13] Sul tema, M. Cocciatelli, *Riconoscere e superare i bias con l’Intelligenza Artificiale*, in *Rivista per la formazione*, 3, 2024, pp. 1-52.

[14] Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 che stabilisce regole armonizzate sull’intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull’intelligenza artificiale - AI Act), in G.U.U.E., serie L, 12 luglio 2024.

4. LE BANCHE DATI GIURIDICHE E L'INTEGRAZIONE DELL'IA: STRUMENTI E ACCESSIBILITÀ.

Le banche dati giuridiche italiane rappresentano il principale strumento di accesso e ricerca della giurisprudenza. Tra le più diffuse, come già visto, vi sono *ItalgireWeb*, gestita dalla Corte di cassazione, e numerose banche dati private o istituzionali.

Le banche dati offrono moduli di ricerca avanzata, che consentono di interrogare i documenti per campi specifici (massime, testi integrali, riferimenti normativi, parti, date, ecc.) e di utilizzare strumenti di intelligenza artificiale per ricerche semantiche, analisi predittive e visualizzazione di pattern giurisprudenziali, strumenti che contribuiscono a migliorare la qualità, l'efficienza e la trasparenza della giustizia.

L'integrazione dell'IA nelle banche dati giuridiche rappresenta una frontiera innovativa che potenzia l'efficacia e la qualità della ricerca, favorendo l'accessibilità e la trasparenza della giurisprudenza anche per operatori meno esperti o per il pubblico generale.

La ricerca giuridica è una delle aree in cui l'intelligenza artificiale sta mostrando un potenziale trasformativo significativo¹⁵. Tradizionalmente, questo compito richiedeva ore di lavoro manuale, con avvocati e assistenti legali impegnati nell'analisi di ampie banche dati per trovare i precedenti e le leggi pertinenti. Con l'avvento dell'IA, questo processo è diventato molto più rapido ed efficiente.

Gli strumenti di intelligenza artificiale possono analizzare milioni di documenti in pochi secondi, identificando i precedenti rilevanti e fornendo risposte dettagliate a quesiti giuridici complessi. Piattaforme come *ROSS Intelligence*, basate su IBM Watson, utilizzano l'IA per aiutare gli avvocati a svolgere ricerche legali in modo più efficiente e preciso. Questi strumenti possono comprendere il linguaggio naturale, consentendo agli avvocati di porre domande in modo colloquiale e ottenere risposte pertinenti.

Alcuni dei vantaggi dell'utilizzo di sistemi di IA nella ricerca giuridica:

- a) Efficienza e rapidità: l'IA può ridurre drasticamente il tempo necessario per la ricerca giuridica, passando da ore o giorni a pochi minuti. Questo permette agli avvocati di dedicare più tempo alla strategia del caso e alla consulenza legale;
- b) Accuratezza e precisione: gli algoritmi di IA possono identificare con grande precisione i documenti rilevanti, minimizzando il rischio di errore umano e garantendo che nessuna informazione cruciale venga trascurata;
- c) Accesso a informazioni aggiornate: gli strumenti di IA sono costantemente aggiornati con le ultime sentenze e modifiche legislative, garantendo che gli avvocati abbiano sempre accesso alle informazioni più recenti.

5. LA LEGGE N. 132 DEL 23 SETTEMBRE 2025 E LA RICERCA GIURISPRUDENZIALE: PRINCIPI E ASSENZA DI DIVIETI.

La legge n. 132 del 23 settembre 2025 non introduce, come si vedrà *infra*, alcun divieto all'utilizzo dell'IA nella ricerca giurisprudenziale, ma anzi ne promuove lo sviluppo responsabile e trasparente¹⁶.

L'articolo 1 stabilisce che la legge “*promuove un utilizzo corretto, trasparente e responsabile dell'IA, volto a coglierne le opportunità*”, garantendo “*la vigilanza sui rischi economici e sociali e sull'impatto sui diritti fondamentali*”.

L'articolo 3 elenca i principi generali che devono guidare lo sviluppo e l'uso dell'IA, tra cui il rispetto dell'autonomia umana, la trasparenza, la spiegabilità e la sorveglianza umana, senza escludere la ricerca giurisprudenziale.

[15] L. Di Giacomo, *Intelligenza artificiale e il diritto: un binomio in evoluzione*, in *Diritto.it*, 6 agosto 2024.

[16] Disegno di legge A.C. 2316/2025, *Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale*, Roma, Senato della Repubblica, 2025.

L'articolo 5 impegna lo Stato e le autorità pubbliche a promuovere l'uso dell'IA come strumento per migliorare l'interazione uomo-macchina nei settori produttivi, includendo implicitamente anche il settore giuridico. La disposizione di maggior rilievo è costituita dall'art. 15 che detta norme generali per l'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale in ambito giudiziario.

La formulazione dell'articolo 15 è volta a delimitare in maniera precisa gli ambiti nei quali l'impiego di sistemi di intelligenza artificiale è consentito nello svolgimento dell'attività giudiziaria propriamente detta e delle attività ad essa collaterali.

Innanzitutto, il comma 1 stabilisce che in caso di utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale sono sempre riservate al magistrato le decisioni concernenti: a) l'interpretazione e l'applicazione della legge; b) la valutazione dei fatti e delle prove; c) l'adozione dei provvedimenti.

Per le decisioni sopra elencate, che costituiscono il nucleo fondamentale e più sensibile nell'esercizio della giurisdizione, viene esclusa pertanto qualsiasi possibilità di fare ricorso all'intelligenza artificiale.

La disposizione, dunque, esclude l'impiego dei sistemi di IA riconducibili alla c.d. "giustizia predittiva", ovvero di sistemi che, sulla base di un modello statistico elaborato in maniera autonoma dal sistema stesso a seguito dell'analisi di una mole significativa di atti giuridici, sono in grado di formulare una previsione che può giungere fino al possibile esito di un giudizio.

Rispetto all'originaria formulazione del testo dell'articolo 15, tuttavia, non è più presente il riferimento all'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale per le attività di ricerca giurisprudenziale e dottrinale¹⁷, per le quali dovrebbe ritenersi applicabile la disciplina di cui al successivo comma 2.

Ai sensi del comma 2, è infatti consentito il ricorso a sistemi di intelligenza artificiale per ciò che riguarda: a) l'organizzazione dei servizi relativi alla giustizia; b) la semplificazione del lavoro giudiziario; c) le attività amministrative accessorie. In tali ambiti, la disciplina puntuale per l'impiego dei sistemi di intelligenza artificiale è demandata al Ministro della giustizia¹⁸.

Non sono, dunque, previsti limiti specifici per l'uso di IA nella ricerca giurisprudenziale, a condizione, pur sempre, che siano rispettati i principi di trasparenza, sicurezza e controllo umano, e che l'IA non sostituisca mai il giudizio critico degli operatori umani.

5.1. La delibera del CSM 8 ottobre 2025 e la ricerca giurisprudenziale: le cautele richieste.

Quanto sopra deve, peraltro, essere coordinato con quanto affermato al punto 3 delle recenti raccomandazioni sull'uso dell'intelligenza artificiale nell'amministrazione della giustizia, oggetto della delibera del CSM 8 ottobre 2025 (Pratica num. 118/VV/2024 – diramata agli uffici con nota P16432/2025 del 15/10/2025), in cui si sottolinea espressamente come "In questa prospettiva, possono rientrare tra gli impieghi ammissibili - purché in modalità tracciata, sicura e con revisione umana e nell'ambito degli applicativi forniti all'interno del dominio giustiziale – le seguenti attività (si tratta di un'elencazione non esaustiva): 1. Ricerche dottrinali: assistenza nella consultazione di banche dati e nella costruzione di stringhe di ricerca finalizzate all'individuazione di dottrina pertinente; (*omissis*)".

Quanto, invece, alle ricerche giurisprudenziali, la delibera premette la necessità di una "riflessione più articolata". Si legge, infatti, che "L'utilizzo dell'intelligenza artificiale per tale finalità si colloca in un ambito che, sebbene riconducibile a compiti procedurali, può presentare profili di rischio elevati qualora l'*output* generato venga utilizzato come base esclusiva o prevalente nella formazione del convincimento del giudice.

[17] Così si legge nel *Dossier di documentazione* relativo all'A.C. 2316 del 14 aprile 2025 (Dossier n. 289/2), p. 55.

[18] Sul punto, la Commissione giustizia del Senato con riferimento alla disposizione in esame ha reso parere rilevando la necessità del ripristino della formulazione originale del primo periodo del comma 1 dell'articolo in esame, che consentiva l'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale per l'attività giudiziaria finalizzato alle sole attività strumentali e di supporto, ovvero «per l'organizzazione e la semplificazione del lavoro giudiziario nonché per la ricerca giurisprudenziale e dottrinale».

L'IA può validamente assistere il magistrato nella consultazione delle banche dati istituzionali e commerciali, nella costruzione di stringhe di ricerca complesse e nella classificazione tematica del materiale reperito. In questo caso, l'attività si configura come supporto tecnico-organizzativo, riconducibile ai compiti procedurali limitati ai sensi dell'art. 6, par. 3. lett. a) del Regolamento UE 1689/2024. Tuttavia, laddove i sistemi siano progettati per selezionare automaticamente la giurisprudenza "più rilevante", per suggerire orientamenti interpretativi prevalenti o per generare schemi motivazionali basati su *pattern* ricorrenti, si configura un impiego che incide potenzialmente sull'attività valutativa e sull'indirizzo giuridico, e dunque si esce dall'ambito dell'art. 6, par. 3".

Per tale ragione, dunque, la delibera consiliare richiede come "necessaria" una vigilanza stringente su tre piani: 1. la natura e l'architettura dei sistemi utilizzati; 2. la trasparenza degli algoritmi di selezione e classificazione; 3. il ruolo attivo e critico del magistrato nel vaglio dei risultati.

In ogni caso, prosegue la delibera "l'*output* prodotto deve essere oggetto di valutazione e verifica autonoma da parte del magistrato, quale titolare esclusivo della funzione giurisdizionale. L'automazione della ricerca non può sostituire la sensibilità giuridica necessaria alla contestualizzazione del precedente. È poi necessario che le banche dati giurisprudenziali messe a disposizione del magistrato garantiscano una base dati completa, non discriminatoria e aggiornata, ovvero prevedano forme di controllo e supervisione da parte della magistratura nella fase della selezione, classificazione e aggiornamento delle sentenze. La qualità, la neutralità e l'accessibilità della banca dati sono condizioni essenziali per un uso corretto e costituzionalmente compatibile dell'intelligenza artificiale in ambito giudiziario".

Sembra, dunque, che il Consiglio abbia avuto presente in tale, opportuna, puntualizzazione, proprio la banca dati giurisprudenziale per eccellenza, l'unica oggetto di riconoscimento anche normativo, ossia quella, storica, rappresentata da ItalgireWeb, gestita dal CED della Corte di cassazione, che si connota per completezza, trasparenza, costante aggiornamento, assenza di qualsiasi discriminazione e alimentata non solo, integralmente, da tutte le pronunce giurisprudenziali di legittimità della Suprema Corte, ma anche dalle massime elaborate con accuratezza e attento vaglio selettivo-valutativo dall'Ufficio del Ruolo e del Massimario della Corte.

Quattro sono, in particolare, le ragioni giuridico-funzionali per le quali è possibile ritenere che l'attenzione consiliare abbia come riferimento proprio ItalgireWeb.

1. Anzitutto, perché Italgire è lo strumento istituzionale per eccellenza nella ricerca giurisprudenziale degli operatori della giustizia e, in particolare, per i magistrati.

Italgire è la banca dati istituzionale di riferimento per magistrati. Ogni innovazione IA che si integri su Italgire impatta direttamente sul lavoro giudiziario quotidiano. Italgire è del resto servizio pubblico di informatica giuridica, con accesso gratuito per la magistratura.

2. In secondo luogo, Italgire ha una architettura ricca di classificazioni.

Italgire già classifica e organizza (massime, relazioni, schemi del Massimario, riferimenti). Se l'IA riorganizza/riordina, può indirizzare implicitamente la consultazione. Le schede di ricerca e gli alberi dei risultati evidenziano come la struttura guidi la fruizione; l'IA non deve sovrapporsi con *ranking* opaco.

3. Italgire ha tutti i requisiti di qualità/neutralità della base dati.

Il CSM chiede completezza, neutralità, aggiornamento e supervisione magistratuale nella selezione/classificazione. La *governance* del CED è già istituzionale; l'eventuale IA deve rispettare e rendere trasparenti criteri di *coverage* e *tagging*.

4. Infine, Italgire è allineata all'AI Act (art. 6).

I compiti procedurali limitati sono consentiti, mentre tutto ciò che incide su valutazione/indirizzo giuridico è alto rischio e richiede garanzie. Italgire consente ricerca e classificazione, sicché l'IA deve restare assistiva (creazione di *query*, classificazione degli argomenti), non valutativa (*ranking* motivazionale).

5.2. I riflessi operativi della delibera consiliare sulla banca dati Italgireweb.

Con particolare riferimento ad ItalgireWeb, come è noto, essa è uno strumento di consultazione e classificazione del dato giuridico gestito dal CED.

La sua architettura consente ricerche complesse e navigazione per schemi di classificazione (civile/penale, relazioni, massime, riferimenti normativi, ecc.). Se l'IA rimanesse ancorata a funzioni procedurali (es. automazione della *query* o del *tagging* tematico) il suo uso sarebbe compatibile con la delibera; se invece scalasse a *ranking* “intelligente” della rilevanza o a suggerimenti motivazionali, entrerebbe nell'area di alto rischio che la delibera intende presidiare. Il CSM, dunque, richiede vigilanza sulla natura/architettura dei sistemi per evitare che un *layer* IA trasformi Italgire da strumento di ricerca in co-decisore occulto.

La delibera insiste su trasparenza e verificabilità degli algoritmi.

In un ecosistema come Italgire, dove la classificazione (schemi del Massimario, tassonomie, parole-chiave) è già parte dell'architettura di accesso ai precedenti, l'aggiunta di IA che ripesi o riordini i risultati deve essere spiegabile (documentazione tecnica, tracciabilità, controlli di *bias*). Queste sono proprio condizioni previste dall'IA Act per i sistemi ad alto rischio (gestione rischi, qualità dati, trasparenza, supervisione umana). Se un algoritmo — anche interno a Italgire — decidesse quali precedenti “contano” di più, senza rendere espliciti i criteri (es. frequenza di citazione, esiti, gerarchia di fonti, stagionalità degli orientamenti), si creerebbe un effetto di indirizzo non controllabile. Da qui la condivisibile richiesta del CSM di trasparenza degli algoritmi e di base dati completa, neutrale e aggiornata, con forme di controllo/supervisione della magistratura nelle fasi di selezione, classificazione ed aggiornamento.

Alla luce di quanto sopra, si impone una considerazione di ordine sistemico: la necessità di un presidio giurisdizionale stabile e qualificato sulla gestione di Italgire, esercitato in modo esclusivo dalla Corte di cassazione per il tramite del CED, rappresenta non solo una garanzia di conformità normativa, ma un baluardo essenziale contro i rischi connessi all'automatizzazione non governata dei processi di classificazione e consultazione giuridica. L'affidamento di funzioni strategiche — quali selezione, categorizzazione e ordinamento dei dati giurisprudenziali — a sistemi di intelligenza artificiale privi di una supervisione istituzionale potrebbe infatti generare criticità profonde: dalla perdita di controllo sulle logiche di accesso e fruizione delle informazioni, all'introduzione di *bias* o distorsioni interpretative, fino al rischio di una progressiva erosione della neutralità e della completezza della base dati.

In tale prospettiva, il ruolo del CED emerge quale custode metodologico e garante della trasparenza: la delega di attività di classificazione all'IA non può prescindere da una rigida tracciabilità delle operazioni e dalla possibilità di *audit* costante sulle scelte algoritmiche, così da assicurare che ogni intervento tecnologico sia pienamente reversibile, documentato e sottoposto a verifica magistratuale.

Qualsiasi applicativo IA che operasse senza tale presidio rischierebbe di minare la funzione istituzionale della banca dati, compromettendo l'affidabilità degli strumenti di ricerca e la stessa integrità del processo decisionale giurisdizionale. La vigilanza della Cassazione, tramite il CED, costituisce dunque il perno imprescindibile per garantire che Italgire resti fedele alla propria missione pubblica e non venga trasformata, per effetto di automatismi opachi, in un dispositivo di indirizzo occulto, sottratto al controllo democratico e istituzionale.

La delibera afferma, infine, che l'*output* IA deve essere sempre verificato autonomamente dal magistrato, che è titolare esclusivo della funzione giurisdizionale: l'automazione della ricerca non può sostituire la sensibilità giuridica necessaria alla contestualizzazione del precedente. Questo è particolarmente calzante per Italgire, che espone al magistrato massime, sentenze, relazioni, collegamenti normativi e riferimenti giurisprudenziali (conformi/difforni). Il valore dello strumento è offrire il materiale, non decidere il percorso argomentativo: il giudice deve selezionare, contestualizzare (fatti, *petitum*, quadro normativo), verificare gli orientamenti.

In conclusione, alla luce delle riflessioni svolte, risulta evidente come le peculiari caratteristiche di Italgire ne sanciscano la piena conformità alle raccomandazioni consiliari, conformità che deve essere rigorosamente salvaguardata affinché l'introduzione di applicativi di intelligenza artificiale non alteri la natura della banca dati e non esponga il sistema ai rischi già ampiamente illustrati.

In questa prospettiva, emerge con forza la necessità di tutelare ciò che Italgire ha rappresentato e continua a rappresentare: un patrimonio collettivo insostituibile per tutti gli operatori del diritto e, in particolare, per l'ordine giudiziario. La sua evoluzione deve essere accompagnata da una vigilanza costante, affidata al CED della Cassazione quale ufficio alle dirette dipendenze del Primo Presidente della Corte di cassazione, così da scongiurare ogni rischio di trasformazione in uno strumento distortivo o sottratto al controllo istituzionale.

Del resto, Italgire si distingue nel panorama giuridico nazionale quale unica banca dati riconosciuta normativamente come fornitrice del servizio pubblico di informatica giuridica. Tale ruolo paradigmatico la differenzia in modo sostanziale dalle banche dati private e ne costituisce il tratto distintivo, come già da decenni è possibile apprezzare nella riconosciuta autorevolezza dei precedenti giurisprudenziali, oggetto di accurata e scrupolosa massimazione ufficiale curata dall'Ufficio del Ruolo e del Massimario della Corte di cassazione, presenti e reperibili su Italgire, rispetto alle massime elaborate dalle riviste private di settore.

In tal senso, la salvaguardia della missione pubblica di Italgire e della sua funzione di presidio della certezza del diritto assume un valore strategico e irrinunciabile per la comunità giuridica e per l'intero sistema giudiziario.

6. L'EVOLUZIONE DELLE TECNOLOGIE E L'IMPATTO SULLA FORMAZIONE GIURIDICA.

L'innovazione tecnologica, in particolare l'intelligenza artificiale, sta trasformando non solo la ricerca giuridica, ma anche la formazione degli operatori del diritto. Le università e le istituzioni formative sono chiamate a integrare nei loro *curricula* competenze digitali, informatiche e di *data literacy*, affiancandole a quelle tradizionali di diritto sostanziale e processuale.

La formazione deve essere orientata a sviluppare una capacità critica e consapevole nell'uso degli strumenti digitali, evitando un approccio meramente tecnico e promuovendo una riflessione etica e giuridica sulle implicazioni dell'IA e della digitalizzazione¹⁹.

In questo contesto, la collaborazione interdisciplinare tra giuristi, informatici, filosofi ed esperti di etica diventa fondamentale per formare professionisti in grado di governare le tecnologie in modo responsabile e innovativo.

7. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

L'analisi sin qui condotta offre una panoramica ampia e stratificata delle trasformazioni che hanno investito la ricerca giuridica nell'era digitale, con particolare attenzione all'esperienza italiana e, in specie, al ruolo paradigmatico di ItalgireWeb.

Emergono, in primo luogo, la portata epocale della digitalizzazione e la sua capacità di ridefinire non solo gli strumenti, ma anche la cultura e l'organizzazione della giurisdizione. La banca dati Italgire, nata da una visione lungimirante e sviluppatasi in coerenza con la funzione nomofilattica della Corte di cassazione, si configura oggi come presidio di certezza, trasparenza e accessibilità del diritto, contribuendo in modo decisivo alla costruzione di un "diritto vivente" fondato sull'eguaglianza e sulla prevedibilità delle decisioni.

[19] In argomento, D. Parisi, *Nuove tecnologie e formazione giuridica*, in *i-lex Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza Artificiale*, 7, 2007.

L'introduzione dell'intelligenza artificiale nella ricerca giurisprudenziale rappresenta, in questo contesto, una frontiera di straordinaria innovazione, capace di moltiplicare le potenzialità di analisi, correlazione e sintesi delle fonti. Le applicazioni di IA – dal *machine learning* al *natural language processing* – promettono di rendere la ricerca più efficiente, precisa e accessibile, favorendo una giustizia più trasparente e partecipata. Tuttavia, va evidenziato come tali opportunità siano inscindibilmente accompagnate da rischi e criticità: l'opacità algoritmica, i *bias* nei dati, la possibile erosione dell'autonomia decisionale umana e la necessità di garantire la tutela della *privacy* e la sicurezza dei dati.

Il quadro normativo, sia nazionale che europeo, si mostra attento a bilanciare innovazione e garanzie, promuovendo un uso responsabile e trasparente dell'IA, ma riservando al magistrato il ruolo insostituibile di titolare della funzione giurisdizionale.

In particolare, la recente delibera del CSM dell'8 ottobre 2025, in precedenza richiamata, sottolinea la necessità di una vigilanza stringente sulla natura e l'architettura dei sistemi, sulla trasparenza degli algoritmi e sul ruolo attivo e critico del giudice nel vaglio dei risultati.

ItalgireWeb, in quanto banca dati istituzionale, si pone come modello di riferimento per completezza, neutralità e aggiornamento, ma anche come banco di prova per la corretta integrazione dell'IA nel rispetto dei principi costituzionali e delle garanzie fondamentali²⁰.

[20] Deve evidenziarsi, infatti, che l'intelligenza artificiale, pur non essendo un soggetto giuridico, è oggi uno strumento capace di incidere profondamente sui diritti fondamentali e sull'esercizio dei pubblici poteri. Per questa ragione, la sua legittimità non può essere valutata soltanto sul piano tecnico o economico, ma deve essere ricondotta entro il quadro assiologico e normativo della Costituzione. I principi costituzionali non "regolano" direttamente l'IA, ma ne vincolano l'uso, imponendo limiti, garanzie e criteri di conformazione. Il punto di partenza non può che essere il principio di dignità umana, ricavabile dagli articoli 2 e 3 della Costituzione. La persona, nel disegno costituzionale, non è mai riducibile a oggetto di trattamento o a semplice insieme di dati. L'impiego di sistemi di intelligenza artificiale deve quindi evitare ogni forma di spersonalizzazione, ossia la trasformazione dell'individuo in un profilo statistico governato da logiche opache. Quando l'IA incide su scelte che riguardano la vita, il lavoro, il credito, la libertà o l'accesso a prestazioni pubbliche, la decisione deve rimanere comprensibile, controllabile e riconducibile a una valutazione umana. In caso contrario, si realizza una lesione diretta della dignità della persona. Strettamente connesso è il principio di eguaglianza, sancito dall'articolo 3 della Costituzione, nella sua duplice dimensione formale e sostanziale. L'intelligenza artificiale, basandosi su dati storici e su modelli predittivi, può riprodurre o amplificare discriminazioni già presenti nella società. Il fatto che tali discriminazioni non siano intenzionali non ne attenua la rilevanza costituzionale. L'eguaglianza impone che i sistemi algoritmici siano progettati e utilizzati in modo da prevenire effetti discriminatori e da non consolidare disuguaglianze sociali, economiche o culturali. In questa prospettiva, il controllo sull'IA non è soltanto un'esigenza tecnica, ma un vero e proprio dovere costituzionale di rimozione degli ostacoli che limitano la libertà e l'eguaglianza sostanziale. Un ruolo centrale è poi svolto dal principio di legalità, che attraversa l'intero impianto costituzionale e trova specifica espressione negli articoli 23, 25 e 97 della Costituzione. Ogni esercizio del potere pubblico deve essere fondato su una base normativa chiara e prevedibile. L'uso di sistemi di intelligenza artificiale da parte della pubblica amministrazione non può quindi avvenire in modo informale o sperimentale quando incide su diritti o interessi dei cittadini. L'algoritmo, in quanto strumento che orienta o determina la decisione amministrativa, deve essere previsto, disciplinato e limitato dalla legge, altrimenti si realizza una forma di potere privo di fondamento democratico. Da ciò discende il collegamento con il principio di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione, sancito dall'articolo 97 della Costituzione. L'IA può certamente contribuire all'efficienza dell'azione amministrativa, ma non può trasformarsi in una delega integrale della funzione decisionale. L'automazione è costituzionalmente legittima solo se resta uno strumento di supporto, inserito in un procedimento governato da criteri di ragionevolezza, imparzialità e controllo umano. Quando l'algoritmo diventa l'unico decisore, il rischio è quello di un'amministrazione apparentemente neutra, ma in realtà opaca e incontrollabile. Un ulteriore presidio fondamentale è rappresentato dai principi di trasparenza, motivazione e sindacabilità delle decisioni, che trovano fondamento negli articoli 1, 24, 97 e 113 della Costituzione. Ogni decisione che incide sulla sfera giuridica del cittadino deve poter essere conosciuta, compresa e contestata. Applicato all'intelligenza artificiale, ciò significa che il funzionamento del sistema deve essere spiegabile in termini tali da consentire l'esercizio del diritto di difesa e il controllo giurisdizionale. Un algoritmo incomprensibile o non spiegabile si traduce, sul piano costituzionale, in una negazione della tutela giurisdizionale effettiva. Infine, l'uso dell'IA deve rispettare il principio di responsabilità, che permea l'ordinamento costituzionale e si riflette anche nell'articolo 28 della Costituzione. Non è ammissibile una deresponsabilizzazione del decisore umano attraverso il richiamo all'autonomia dell'algoritmo. Ogni decisione automatizzata deve restare imputabile a un soggetto umano o istituzionale, chiamato a risponderne sul piano giuridico. In conclusione, l'intelligenza artificiale è compatibile con la Costituzione solo se resta subordinata alla centralità della persona, alla legalità democratica e alla responsabilità umana. La Costituzione non è un freno all'innovazione tecnologica, ma il criterio che consente di orientarla in modo conforme ai valori fondamentali dell'ordinamento.

In prospettiva, la sfida principale sarà quella di mantenere saldo il primato della sensibilità giuridica e della responsabilità umana, valorizzando l'IA come strumento di emancipazione e non di eterodirezione, e promuovendo una formazione giuridica che sappia coniugare competenze digitali, riflessione etica e spirito critico. Solo così la tecnologia potrà essere davvero al servizio della giustizia e della democrazia, senza mai sostituirsi al giudizio umano, ma rafforzandone la capacità di discernimento e di equità.

Come ammonisce Giovanni Maria Flick, “Il rischio è che la giustizia si trasformi in una ‘algocrazia’, dove la decisione è affidata all’algoritmo e non più alla coscienza del giudice”^[21]. In questa prospettiva, l’intelligenza artificiale potrà essere un prezioso alleato, ma mai il sostituto della coscienza critica e della responsabilità che sono il cuore della funzione giurisdizionale.

[21] Giovanni Maria Flick, *Il futuro della giustizia tra nuove tecnologie e ricerca di equilibrio*, Il Sole 24 Ore, 9 dicembre 2024.

LA SORTE DEL DIRITTO DI DIFESA NEL COMPLICATO RAPPORTO TRA EVOLUZIONE TECNOLOGICA ED ESIGENZE INVESTIGATIVE, OVVERO A PROPOSITO DELL'UTILIZZABILITÀ DEI RISULTATI DELLE INTERCETTAZIONI DISPOSTE DA UN'AUTORITÀ GIUDIZIARIA STRANIERA SU UNA PIATTAFORMA INFORMATICA CRIPTATA E SU CRIPTOFONINI.

di Teresa Zappia, magistrato

SOMMARIO:

1. L'utilizzabilità della prova;
2. Prova atipica, prova incostituzionale e principio di non sostituibilità;
3. Prove elettroniche e cooperazione giudiziaria in Europa;
4. I servizi di criptazione e le indagini su EncroChat/Sky-Ecc
5. Uno sguardo oltre i confini nazionali;
6. La posizione della Corte di giustizia dell'UE;
7. La (mancata) soluzione della Corte EDU;
8. Tornando ai confini nazionali;
9. Mutual admissibility of evidence o "atto di fede"?
10. Diritto di difesa, secretazione e conservazione del dato probatorio: un bilanciamento possibile?

1. L'UTILIZZABILITÀ DELLA PROVA

L'art. 191 c.p.p. utilizza una formulazione ampia, la quale consente di non imbrigliare il vizio dell'inutilizzabilità in schemi predeterminati.

In termini generali, una prova è utilizzabile se nel caso specifico non è stato violato un divieto (probatorio) previsto dalla legge ovvero non è integrata la fattispecie alla quale una determinata disposizione normativa ricollega l'inutilizzabilità (es. art. 271 cpp). I divieti ai quali l'art. 191 c.p.p. rinvia non sono soltanto quelli espressamente previsti nella legge processuale ("tipizzati"), dovendosi ritenere tali anche le ipotesi in cui risultino mancanti le condizioni o i presupposti caratterizzanti una determinata prova o mezzo di ricerca della prova (es. artt. 266 e 352, co. 4, c.p.p.), nonché quelli implicitamente desumibili dalle disposizioni poste a tutela di diritti fondamentali.

La "sanzione" dell'inutilizzabilità, che incide non sull'atto ma sul suo valore probatorio, non costituisce soltanto l'effetto di una regola processuale, implicando evidentemente anche scelte di carattere etico e ideologico. Infatti, intendendo il processo come "*gioco delle parti*" con uno "*scambio uguale del vero attraverso*

*il movimento di contraria informazione*²², può scorgersi un'idea più generale secondo la quale i risultati probatori rilevano nella misura in cui sono osservate le disposizioni che fissano i modi di produzione della verità (i.e. di raccolta, acquisizione e valutazione).

Il nostro codice di procedura penale privilegia una legalità delle forme, nella consapevolezza che quanto vale nel mondo esterno non sempre ha il medesimo valore nel procedimento probatorio, dovendovi essere introdotto attraverso modi e filtri predeterminati. Non può escludersi che il rispetto delle norme che regolano lo strumentario probatorio possa costituire, nel singolo caso, un ostacolo alla ricerca della verità materiale; tuttavia, *“l'essenza del processo risiede proprio in questa possibile frattura o dissociazione tra realtà e il suo equivalente giudiziario, come conseguenza del limite alla libera ricerca”*²³. In estrema sintesi, può affermarsi che il codice di procedura penale dà rilievo maggiore all'ortodossia del metodo piuttosto che al solo risultato conseguito o conseguibile.²⁴

2. PROVA ATIPICA, PROVA INCOSTITUZIONALE E PRINCIPIO DI NON SOSTITUIBILITÀ²⁵

Nel momento in cui la teoria generale della prova si incontra/scontra con la celerità del progresso tecnologico, l'interprete è chiamato a sussumere le nuove attività e modalità di indagine all'interno delle norme esistenti, in attesa che il legislatore predisponga una disciplina specifica, come è accaduto per il famoso *trojan horse*. Tuttavia, l'opera di incasellamento normativo non è sempre agevole, dovendosi tenere fisse due direttrici: il principio di non sostituibilità; i principi e i limiti di fonte costituzionale.

Tendenzialmente, in questo sforzo di inquadramento normativo, l'iter da seguire si snoda in due fasi, delle quali la seconda è sussidiaria rispetto alla prima:

1. si procede a valutare la possibilità di ricondurre la nuova attività acquisitiva a una prova o mezzo di ricerca della prova già oggetto di disciplina nel codice di procedura penale;
2. nel caso in cui il primo step abbia avuto esito negativo, si verifica la conformità dell'acquisizione atipica ai limiti costituzionali, *recte* si dovranno bilanciare gli interessi coinvolti, considerare il rango del diritto inciso e il grado della compromissione.

Il primo step è strettamente connesso con il principio di non sostituibilità, il quale costituisce una declinazione del principio di legalità nel sistema probatorio. Tale passaggio è obiettivamente abbastanza delicato, in quanto non è peregrino temere che, nel valutare gli aspetti di somiglianza/differenza e, dunque, nello stabilire se quello specifico strumento probatorio sia o meno riconducibile a regole già codificate, l'esigenza investigativa possa forzare i limiti del diritto positivo. Infatti, non potrebbe parlarsi di atipicità se la prova o il mezzo di ricerca della prova è già previsto e regolato dal diritto processuale, ciò determinando la violazione dei divieti (già) posti dal legislatore e, conseguentemente, l'applicazione dell'art. 191 c.p.p. Diversamente opinando non potrebbe escludersi il pericolo di forzature dei limiti probatori tipici mediante surrettizi escamotage investigativi (cfr. Cass. pen., sez. V, n. 36080 del 27/03/2015 – punto 4.3.2; Cass., Sez. Un., n. 36747 del 28/05/2003, punti 4b e 5a). Pertanto, una prova, anche se qualificata come atipica, non potrebbe eludere la disciplina legale mediante una sorta di mal celata “truffa delle etichette”.

Nella seconda – ed eventuale - fase è necessario individuare i modelli di tutela e i limiti di compressione

[22] A. GIULIANI, *La Prova*, Enc. Dir. (col. XXXVII, Milano, Giuffrè, 1988, p. 524

[23] G. DE LUCA, *La cultura della prova e il nuovo processo penale*, in *Evoluzione e riforma del diritto della procedura penale*, in Scritti in onore di G. Vassalli, vol. II, Milano, Giuffrè, 1991, p. 210.

[24] A. GAITO, *Procedura penale e garanzie europee*, UTET (2006) p. 48; G. Guagliardi, *Utilizzo nel processo penale di messaggi criptati ottenuti tramite una operazione di hacking massiva all'estero e acquisiti in Italia tramite Ordine Europeo di Indagine. Il fine giustifica i mezzi?*, in *Giurisprudenza penale web*, 2024, 6.

[25] C. CONTI, *Il principio di non sostituibilità: il sistema probatorio tra Costituzione e legge ordinaria*, in Cass. pen., vol. 64, n. 2, 2024, pp. 451 ss.

del diritto che si assume leso. Se prendiamo in considerazione gli artt. 13,14,15 Cost., statisticamente più soggetti a compressioni nelle fasi di indagine, i confini acquisitivi possono essere sintetizzati come segue²⁶:

- intervento del legislatore (“casi e modi stabiliti dalla legge”);
- riserva di giurisdizione (“atto motivato del giudice”);
- principio di proporzionalità, considerato che, sebbene non esistano diritti tiranni, la tutela garantita non potrebbe restringersi sino a pregiudicare il nucleo duro del diritto. La misura limitativa dovrà, pertanto, essere adeguata rispetto allo scopo, rispettare il principio di minima lesività ed essere giustificata dalla gravità del reato.

Pertanto, ogniqualvolta risulti leso un diritto fondamentale e violato il modello di tutela per lo stesso approntato, dovrà rilevarsi la presenza di un limite probatorio ai sensi dell’art. 191 c.p.p.

L’art. 189 c.p.p., infatti, non potrebbe essere guardato come una sorta di “norma-porta” capace di consentire l’ingresso nel processo penale anche ad un’attività realizzata in violazione dei paradigmi acquisitivi sopra riportati.²⁷ L’articolo da ultimo richiamato rende, invece, possibile ricorrere a prove atipiche che non ledono diritti fondamentali o, comunque, si limitino all’ “area periferica” al nucleo duro degli stessi (*ex plurimis*: Cass. pen., sez. II, 15/11/2024, n. 42166 2024; Cass. pen., Sez. IV, 21/04/2022, n. 21856; Cass. pen., sez. II, n. 22972 del 16/02/2018).

La situazione si presenta ancora più delicata quando l’interprete si trova di fronte a un nuovo strumento tecnologico, poiché è imprescindibile il tentativo di comprenderne le caratteristiche e, soprattutto, il funzionamento. Al fine affermarne la tipicità, il nuovo strumento dovrebbe consentire di realizzare un’attività ontologicamente coincidente con quella già regolata dalla legge e, a tale scopo occorre individuare la “cifra differenziale” di quella metodologia di indagine.

Un esempio aiuterà sicuramente a comprendere il problema. È noto che con riferimento alle intercettazioni, mancando una definizione legale, la giurisprudenza ha fornito una definizione che, nelle diverse fattispecie che la realtà ha sottoposto agli organi giudicanti, ha costituito una vera e propria guida per stabilire se una determinata modalità di indagine possa essere ricondotta nel perimetro applicativo degli artt. 266 ss. c.p.p. Nello specifico, un’intercettazione consiste nella captazione occulta e contestuale di una comunicazione o conversazione tra due o più soggetti che agiscano con l’intenzione di escludere altri e con modalità oggettivamente idonee allo scopo, attuata da soggetto estraneo alla stessa mediante strumenti tecnici di percezione tali da vanificare le cautele ordinariamente poste a protezione del carattere riservato della stessa comunicazione/conversazione. Pertanto, il difetto di uno di tali connotati non consentirebbe di ricondurre il nuovo strumento all’interno della disciplina tipica e, al contempo, solleverebbe dubbi in ordine alla sua ammissibilità nel nostro sistema probatorio, in particolare nel caso in cui la compressione dei diritti fondamentali in gioco risulti non fermarsi a quello che sopra ho definito come “area periferica” al nucleo duro degli stessi diritti.²⁸

L’opera di incasellamento normativo, pertanto, non è neutra, condizionando l’individuazione del modello di

[26] Riportando l’attenzione al codice di procedura penale, gli artt. 266 ss. costituiscono sicuramente un esempio di regolamentazione in tal senso dello strumentario investigativo.

[27] L. BATTIMERI, *La perquisizione online tra esigenze investigative e ricerca atipica della prova*, in www.sicurezzaegiustizia.it.

[28] Cfr. Corte Cost., sent. n. 20/2017: il giudice delle leggi ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 266 c.p.p. e degli artt. 18 (nel testo anteriore alle modifiche introdotte dall’art. 3, co. 2 e 3, l. 8 aprile 2004, n. 95, recante «Nuove disposizioni in materia di visto di controllo sulla corrispondenza dei detenuti») e 18-ter, della L. n. 354/1975 sollevate, in riferimento agli artt. 3 e 112 Cost., dalla Corte di assise di appello di Reggio Calabria, nella parte in cui tali disposizioni non consentono di intercettare il contenuto della corrispondenza postale del detenuto, così evitando che il mittente e il destinatario ne vengano a conoscenza.

tutela e del paradigma acquisitivo al quale fare riferimento²⁹. In particolare, ciò che sembra doversi chiedere l'interprete è se si debba guardare ai risultati per valutare l'accettabilità del metodo ovvero se debba giudicarsi il metodo per stabile l'accettabilità del risultato³⁰.

3.PROVE ELETTRONICHE E COOPERAZIONE GIUDIZIARIA IN EUROPA³¹

In materia di prove elettroniche non possono non essere menzionati:

- il Regolamento (UE) 2023/154, mediante il quale si mira a facilitare e accelerare l'accesso alle prove elettroniche utilizzate per indagare e perseguire i reati, indipendentemente dall'ubicazione dei dati. Un'autorità giudiziaria in uno Stato membro dell'U.E. può richiedere allo stabilimento designato di un prestatore di servizi o ai suoi rappresentanti legali nominati in un altro Stato membro di produrre prove elettroniche (es. gli indirizzi IP necessari a identificare un utente; testi e messaggi in-app) o conservare i dati specifici in attesa di una futura richiesta. Le prove elettroniche si riferiscono ai dati archiviati da o per conto di un prestatore di servizi, in forma elettronica. Il regolamento si applicherà a partire dal 18 agosto 2026;
- la Direttiva (UE) 2023/1544, recante norme armonizzate sulla designazione di stabilimenti designati e sulla nomina di rappresentanti legali ai fini dell'acquisizione di prove elettroniche nei procedimenti penali (termine di recepimento nel diritto nazionale: 18 febbraio 2026). Più precisamente, la direttiva impone ai prestatori di determinati servizi (i.e. comunicazione, archiviazione e trattamento; nomi di dominio Internet e numerazione IP), in quanto operanti nell'Unione Europea, di disporre di stabilimenti designati o rappresentanti legali nominati nel territorio unionale in modo da poter ricevere e ottemperare agli ordini delle autorità nazionali finalizzati a raccogliere prove elettroniche nei procedimenti penali;
- la Decisione (UE) 2023/436 del Consiglio dell'U.E. del 14 febbraio 2023, con la quale gli Stati membri sono stati autorizzati a ratificare, nell'interesse dell'Unione Europea, il secondo protocollo addizionale alla Convenzione di Budapest sulla criminalità informatica.

Nei casi oggetto delle sentenze che verranno a breve esaminate, viene in rilievo la disciplina contenuta nella Direttiva 2014/41/UE, la quale è stata recepita nel nostro ordinamento con il D.lgs. n. 108/2017. Nello specifico, viene regolato l'ordine europeo d'indagine (OEI), il quale costituisce uno strumento di assistenza giudiziaria in materia penale che mira a facilitare la procedura transnazionale di raccolta delle prove. L'OEI è un provvedimento emesso in forma scritta da un'autorità giudiziaria nazionale (Stato di emissione), diretto all'autorità giudiziaria di altro Stato membro dell'U.E. (Stato di esecuzione) per il compimento di uno o più atti specificamente disciplinati dalla direttiva, nonché per la trasmissione di prove già raccolte nell'ambito di autonomi procedimenti nazionali.

Ai nostri fini è essenziale rammentare l'art. 6, §1 della Direttiva da ultimo citata, il quale prevede che l'auto-

[29] C. CONTI, *Nuove tecnologie e "tipicità" procedurale del sistema probatorio: il principio di non sostituibilità*, in G.M. BACCARI, C. CONTI, *La corsa tecnologica tra Costituzione, codice di rito e norme sulla privacy: uno sguardo d'insieme*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, pp. 717 ss.

[30] Cfr. Corte Cost. n. 170/2023: il giudice delle leggi ha segnato il confine tra l'attività di intercettazione e il sequestro di corrispondenza, specificando, altresì, che "...Degradare la comunicazione a mero documento quando non più in itinere, è soluzione che, se confina in ambiti angusti la tutela costituzionale prefigurata dall'art. 15 Cost. nei casi, sempre più ridotti, di corrispondenza cartacea, finisce addirittura per azzerarla, di fatto, rispetto alle comunicazioni operate tramite posta elettronica e altri servizi di messaggistica istantanea, in cui all'invio segue immediatamente – o, comunque sia, senza uno iato temporale apprezzabile – la ricezione". Si veda anche: V. Sellaroli *La perquisizione informatica, il trojan e la tutela del domicilio informatico*, in *Scienza e diritto penale*, SSM, Quaderno n. 21, pp. 93 ss.; L. Filippi, *Il cavallo di Troia e l'ispe-perqui-intercettazione*, in *Pen. Dir. e Proc.*, 21 Marzo 2022

[31] G. DI PAOLO, *La circolazione transfrontaliera delle prove elettroniche*, in *Pen. Dir. e Proc.*, 13 maggio 2024

rità richiedente può emettere un OEI solamente quando ritiene soddisfatte le seguenti condizioni:

1. l'emissione dell'OEI è necessaria e proporzionata, tenendo conto dei diritti della persona sottoposta a indagini o imputata;
2. l'atto o gli atti di indagine richiesti nell'OEI avrebbero potuto essere emessi alle stesse condizioni in un caso interno analogo (principio di equivalenza).

4.I SERVIZI DI CRIPTAZIONE³² E LE INDAGINI SU ENCROCHAT/SKY-ECC

L'evoluzione tecnologica consente l'accesso a nuove forme di comunicazione, le quali si prestano facilmente a un uso per scopi illeciti. Un esempio di questa deviazione criminosa sono le piattaforme di messaggistica criptata. Più in dettaglio, la piattaforma di telecomunicazioni EncroChat e, analogamente, la Sky-Ecc, propone agli utenti servizi di telecomunicazioni basati su criptofonini. Questi ultimi, in quanto oggetto di specifiche modifiche sul sistema operativo, garantiscono l'anonimato e la riservatezza dei contenuti comunicativi (*recte* nessuna correlazione tra dispositivo e cliente; non tracciabilità dell'acquisto del dispositivo). Sono disabilitati la fotocamera, il microfono e il GPS. È prevista la funzione di autodistruzione dei messaggi scambiati tra gli utenti mediante uno speciale codice pin o scrivendo più volte consecutivamente una password errata (con conseguente cancellazione immediata di tutti i dati della memoria). Le piattaforme sono basate su un meccanismo di cifratura sia nel server mediante il quale transitano le comunicazioni, sia nel dispositivo che trasmette e riceve le stesse. Sebbene siano suscettibili di intercettazione, è possibile solo acquisire le tracce criptate, le quali, per poter essere intelleggibili, devono essere decriptate mediante chiavi di cifratura. Nel caso specifico, proprio in considerazione del meccanismo di funzionamento, le chiavi di cifratura necessarie sono quattro. A ciò si aggiunge la garanzia della "volatilità" della comunicazione, la quale non viene immagazzinata e, anche quando non è stata letta o ricevuta, la permanenza nel server ha una durata limitata.³³ Nella consapevolezza di tali difficoltà operative, nell'ambito di un'indagine che ha avuto inizio in Francia e che, successivamente, ha coinvolto altre autorità nazionali (Olanda e Belgio), oltre che l'Europol e l'Eurojust, è stato impiegato il captatore informatico non solo per il server ma anche per i dispositivi dei singoli. L'impermeabilità delle comunicazioni transitanti sul sistema Sky-Ecc, proprio perché fondato sulla presenza di quattro chiavi di cifratura (2 presenti nei server di Roubaix e 2 all'interno di ciascun dispositivo individuale) ha richiesto l'installazione dei captatori informatici sui server di SkyGlobal, ubicati in Roubaix, con il fine esclusivo di "catturare" le chiavi di cifratura presenti all'interno del dispositivo di ciascun utente, mediante l'invio di una notifica push al singolo apparecchio, con la quale si induceva lo stesso, quando si autenticava sul sistema Sky-Ecc, a trasmettere le chiavi di cifratura presenti al suo interno.

Il quesito che ci si pone è il seguente: come incasellare tale attività alla luce di quanto detto sopra?

Occorre, infatti, comprendere se ciò sarebbe possibile in casi analoghi interni e, soprattutto, a quali condizioni, al fine di individuare il modello di tutela e il correlato paradigma acquisitivo della prova. Nel caso di specie, inoltre, deve tenersi a mente che le autorità che hanno proceduto alle indagini non hanno condiviso i meccanismi impiegati per l'ottenimento dei messaggi decriptati, opponendo esigenze di sicurezza nazionale.

[32] La crittografia, in termini semplici, è la trasformazione di informazioni leggibili, note come "testo in chiaro", in un formato illeggibile, definito "testo cifrato". Questo processo è impiegato per proteggere informazioni sensibili e per ovviare al rischio derivante da accessi non autorizzati. L'uso della crittografia è rinvenibile già presso gli antichi greci con la "scitala" (Plutarco ne descrive il funzionamento nelle *Vite parallele*).

[33] D. CURTOTTI, V. RIZZI, W. NOCERINO, A. RUSSITTO, G. GILIBERTI, G. SCARPA, *Piattaforme criptate e prova penale*, in *Sist. Pen.*, 6/2023 pp. 173 ss.

5. UNO SGUARDO OLTRE I CONFINI NAZIONALI

Sembra utile riportare le conclusioni alle quali sono giunti i giudici di altri Stati dell'U.E., coinvolti nella medesima vicenda.³⁴

Il Consiglio costituzionale francese, con decisione dell'8 aprile 2022³⁵, ha statuito che le previsioni del codice di procedura penale che consentono agli investigatori di porre il segreto di sicurezza nazionale in relazione a determinate informazioni afferenti a speciali tecniche investigative, come quelle impiegate nel caso di specie, non violano i diritti degli accusati ad un rimedio giudiziario effettivo, né il diritto alla riservatezza, la libertà di espressione o qualsiasi altro diritto sancito dalla Costituzione francese. È stato precisato, altresì, che rientra nei poteri del legislatore assicurare il bilanciamento tra i diritti di difesa e il principio del contraddittorio e le esigenze - aventi pari rango costituzionale - di accertamento dei reati e di salvaguardia degli interessi fondamentali della nazione (tra i quali rientra, appunto, il segreto per la sicurezza nazionale). Il Consiglio ha ricordato che le speciali tecniche di investigazione applicabili alla criminalità organizzata - tra i quali l'impiego del captatore informatico - sono sottoponibili al segreto per la sicurezza nazionale, ma presuppongono una preventiva autorizzazione dell'organo giurisdizionale e devono essere giustificati dalla necessità di un'indagine relativa a crimini di particolare gravità e complessità.

Infine, è stato specificato che il provvedimento motivato del giudice che autorizza l'uso del captatore informatico deve essere inserito nel fascicolo processuale, indicando, a pena di nullità, il reato per il quale si procede, l'esatta ubicazione o la descrizione dettagliata dei sistemi di elaborazione automatica dei dati interessati e il periodo per il quale l'operazione è autorizzata. Suddetto fascicolo comprende anche: il verbale di installazione del sistema, che riporta la data e l'ora di inizio e fine dell'operazione; il verbale di descrizione o trascrizione dei dati registrati ritenuti utili per l'accertamento della verità; tutti gli elementi ottenuti al termine delle operazioni di decriptazione, le quali sono oggetto di un verbale inserito nel fascicolo della procedura e sono accompagnati da un certificato timbrato dal responsabile dell'organismo tecnico che attesta la genuinità dei risultati trasmessi³⁶.

Successivamente la Corte di Cassazione francese (decisione del 10 maggio 2023)³⁷ ha operato un distinguo, precisando che gli artt. 230-1 e ss. c.p.p. francese, che imporrebbero gli adempimenti supplementari del certificato attestante l'autenticità dei dati trasmessi, non trovano applicazione rispetto all'acquisizione, a valle, dei dati EncroChat, riguardando tale operazione dati ormai "in chiaro" e non più criptati.

La Corte di giustizia federale tedesca (Bundesgerichtshof), con decisione del 2 marzo 2022³⁸, ha ritenuto valida l'utilizzazione delle chat acquisite dalla autorità giudiziarie tedesche tramite OIE verso la Francia. Essa ha, in sintesi, affermato che l'atto di indagine originario, adottato dall'autorità giudiziaria francese, non può essere valutato secondo i parametri del diritto tedesco, sicché non ha ritenuto dirimente stabilire se una certa misura investigativa adottata in Francia avrebbe potuto essere ordinata in Germania. I differenti presupposti previsti in Francia e in Germania per l'adozione di una determinata misura investigativa trovano un bilanciamento in base all'art. 261 del codice di procedura penale tedesco, che definisce il principio del libero con-

[34] S. Ragazzi e F. Spiezia, *Un veloce sguardo oltre i confini nazionali - decifrare, acquisire e utilizzare le comunicazioni criptate in uso alla criminalità organizzata: uno sguardo europeo, in attesa del count-down italiano*, in Sist. Pen., 2/2024 pp 203 ss.

[35] <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2022/2022987QPC.htm>

[36] Proprio in tema di acquisizione di chat criptate, la Cour de cassation ha avuto modo di censurare l'assenza di un'attestazione tecnica che "certificasse" la genuinità delle operazioni compiute mediante dispositivi tecnici informatici (Chambre criminelle, 11 ottobre 2022, 21-85.148, in www.legifrance.gouv.fr).

[37] Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 10 mai 2023, 22-84.475, in www.legifrance.gouv.fr

[38] <https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2022/2022038.html>

vincimento del giudice nella valutazione della prova. I giudici tedeschi hanno, altresì, escluso la violazione dei diritti fondamentali o dei principi del diritto europeo, in quanto gli investigatori in Francia non avevano attuato una forma di “sorveglianza di massa” di un largo numero di utenti di telefonia mobile, considerato che EncroChat si era rivelato una piattaforma appositamente studiata quale supporto ad attività criminali.

Tuttavia, permanendo i dubbi interpretativi con riferimento alla direttiva 2014/41/UE, il Tribunale del Land di Berlino (Landgericht Berlin), con decisione del 19 ottobre 2022³⁹, ha attivato un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell’U.E. (*infra par. 6*)

La Corte Suprema (Hoge Raad) dei Paesi Bassi, con decisione del 13 giugno 2023⁴⁰, ha ricostruito tutti i passaggi dei procedimenti penali olandesi nei quali, a partire da una squadra investigativa comune con la Francia nel caso EncroChat e tra Francia e Belgio nel caso Sky-ECC, sono state effettuate le operazioni di infiltrazione e intercettazione dei server delle due piattaforme. Pertanto, le autorità giudiziarie olandesi sono state coinvolte sin dall’inizio in attività investigative dirette, con rilascio di provvedimenti autorizzatori da parte del giudice competente olandese. La Hoge Raad, muovendo dai ricorsi proposti, ha sviluppato conclusioni più generali, che tengono conto di tutte le possibili opzioni, anche relative all’ipotesi in cui (analogamente al caso italiano) lo Stato non avesse fatto parte delle investigazioni nell’ambito delle quali i risultati erano stati raccolti (par. 6.21 – 6.28):

- a) se l’esecuzione di una misura investigativa all’estero avviene sotto la responsabilità di un’autorità straniera, i requisiti previsti dal diritto processuale penale olandese per l’applicazione del relativo potere in un’indagine nazionale devono essere soddisfatti solo se l’operazione avviene su iniziativa delle autorità olandesi. Pertanto, se in base al codice processuale penale olandese è richiesta l’autorizzazione del giudice, tale autorizzazione deve essere ottenuta prima che venga emesso un OEI;
- b) il requisito dell’autorizzazione del giudice non si applica nel caso in cui l’indagine si svolga o si sia già svolta su iniziativa delle autorità straniere, ossia nell’ipotesi in cui queste ultime – su richiesta o meno delle autorità olandesi - rendono disponibili i risultati dell’indagine. La legge processuale olandese non richiede il rilascio della suddetta autorizzazione in un caso interno;
- c) le decisioni dell’autorità giudiziaria straniera, sulle quali si basano le attività investigative di raccolta dei dati, non possono essere sindacate, salvo che le stesse siano ritenute illegali nell’ambito del procedimento penale in cui originano (i.e. in applicazione del diritto interno allo Stato che ha proceduto alle indagini);
- d) il giudice dello Stato che acquisisce i dati deve presumere che la raccolta degli stessi sia avvenuta legittimamente nello Stato richiesto, mentre è tenuto a esercitare un vaglio di affidabilità solo quando, a prescindere dai rilievi delle parti, emergano concrete indicazioni di inaffidabilità;
- e) il giudice dello Stato che acquisisce i risultati delle indagini dovrà “prestare attenzione” alle modalità di conseguimento dei dati laddove tali modalità siano rilevanti per la valutazione della prova ai fini del rispetto delle garanzie del giusto processo (sempre con i limiti della valutazione di prove raccolte sotto l’egida di AG straniera);
- f) la legislazione olandese non richiede un’autorizzazione preventiva del giudice per la raccolta di dati acquisiti in un autonomo procedimento penale straniero, salva l’ipotesi in cui le intercettazioni si svolgano nei confronti di soggetti allocati sul territorio olandese e pur sempre nei limiti di cui all’art. 31 della Direttiva 2014/41/UE;

Punto rilevante della decisione è sicuramente la precisazione che il pubblico ministero è libero di chiedere al giudice un’autorizzazione preventiva, ancorché non prevista e non imposta dal codice di rito olandese,

[39] <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/lg/22/279-js-30-22.php>

[40] <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#/details?id=ECLI:NL:HR:2023:913>

tenuto conto delle peculiari circostanze del caso come, ad esempio, il ricorso nel cotesto delle investigazioni transfrontaliere a tecnologie non conosciute all'ordinamento olandese.

Infine, è stato precisato - citando la sentenza della CdGUE - Grande Sezione, 6 ottobre 2020, *La Quadrature du Net*, C. 511-18 - che quando gli Stati membri attuano direttamente misure che derogano alla riservatezza delle comunicazioni elettroniche, senza imporre obblighi di trattamento ai fornitori dei relativi servizi di comunicazione, la protezione dei dati delle persone interessate non ricade nell'ambito della Direttiva 2002/58/CE sul trattamento dei dati personali nel settore delle comunicazioni elettroniche, bensì unicamente in quello del diritto nazionale, fatta salva l'applicazione della diversa Direttiva 2016/680/UE, relativa alla protezione delle persone fisiche nel trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento di reati o esecuzione di sanzioni penali, e i principi della CEDU (par. 102).⁴¹

Nel caso specifico l'autorità giudiziaria francese non aveva dovuto rivolgersi a EncroChat e SkyECC per ottenere i dati personali dei rispettivi utenti, poiché le captazioni erano state autonomamente effettuate dagli investigatori. D'altronde, i gestori delle piattaforme avevano offerto un servizio di messaggistica criptata nel quale gli utenti non dovevano rivelare la loro identità e, dunque, comunicare i loro dati personali. Le comunicazioni si svolgevano solo tra utenti del medesimo servizio, per cui non venivano in rilievo le previsioni normative sugli obblighi di conservazione dei dati personali gravanti sui fornitori di pubblici servizi di comunicazione elettronica.⁴²

Anche in Norvegia, la Corte suprema (30 giugno 2022, HR-2022-1314-A) ha stabilito che le prove recuperate dalle autorità nazionali a seguito della collaborazione con quelle francesi sono da ritenere ammissibili alle seguenti condizioni: a) sono state acquisite in conformità con la procedura penale francese, non potendo sindacare la legittimità di tale procedura; b) l'imputato ha avuto integralmente accesso ai dati acquisiti; c) l'uso delle prove non è stato fatto a detrimento dei diritti umani e dei valori fondamentali dello Stato norvegese.

I giudici norvegesi hanno escluso il procedimento di acquisizione delle prove svoltosi in Francia dovesse svilupparsi secondo le medesime modalità previste dal diritto nazionale. Diversa soluzione avrebbe dovuto essere adottata solo qualora la Norvegia avesse chiesto alle autorità francesi di acquisire elementi di prova di questo tipo secondo modalità non contemplate nel diritto interno. Privato di rilievo è stato ritenuto il fatto che gli utenti delle piattaforme interessate dall'attività di indagine francese fossero in Norvegia, poiché i server erano in Francia e i flussi elettronici scorrevano al di là dei confini nazionali, sicché l'accento è stato posto su chi aveva acquisito il materiale probatorio (i.e. A.G. francese). Ad avviso della Corte, inoltre, non era necessario, né utile, procedere ad un controllo circa il rispetto del diritto interno al Paese che aveva operato le acquisizioni, facendo salva l'eventuale sussistenza di elementi specifici giustificanti una tale indagine (es. violazioni dei diritti fondamentali sanciti dalla CEDU).

6. LA POSIZIONE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UE

In materia di OEI è opportuno richiamare la sentenza *Staatsanwaltschaft Wien* (C-584/19 del 16 luglio 2020), con la quale la Corte di giustizia dell'UE, riunita in Grande Sezione, ha determinato le rispettive responsabilità dello Stato di emissione e dello Stato di esecuzione in base alla direttiva 2014/41/UE (punti da 66 a 83), evidenziando che al momento dell'esecuzione dell'OEI la tutela dei diritti fondamentali e degli altri diritti

[41] Cfr.: T. RUSSO, *Ancora in materia di esecuzione dell'ordine europeo d'indagine (oei) tra formazione della prova e sorveglianza di massa: due questioni aperte*, in *Sist. Pen.*, n. 4/2025 pp. 27 ss. Secondo l'autore, l'utilizzabilità dei risultati probatori di indagini transfrontaliere, conseguenti all'accesso a sistemi informatici, dovrebbe richiedere la certezza di principi condivisi e di parametri di controllo sul rispetto del principio di proporzionalità non solo quando l'accesso sia richiesto ai fornitori privati, ma anche quando lo stesso sia effettuato direttamente dalle autorità di polizia e giudiziarie.

[42] Per un approccio critico: J.J. OERLEMANS – D.A.G. VAN TOOR, *Legal Aspects of the EncroChat Operation: A Human Rights Perspective*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 30, 2022, pp. 309-328.

processuali della persona sottoposta a indagini o imputata ha “già superato una serie di filtri e di «garanzie» che contribuiscono a fugare qualsiasi dubbio al riguardo. Nella stessa sentenza è stato osservato che il cerchio di protezione dei suddetti diritti si chiude, nello schema della direttiva 2014/41/UE, imponendo l’obbligo di istituzione di “mezzi d’impugnazione” effettivi (considerando 22 e art. 14 della stessa Direttiva).

Nella successiva sentenza *Gavanozov II* dell’11 novembre 2021 (C-852/19) la Corte di giustizia dell’UE ha nuovamente dichiarato che gli Stati membri sono tenuti a garantire il rispetto del diritto a un ricorso effettivo (art. 47 CDFUE) nell’ambito della procedura di emissione e di esecuzione di un OEI (§§ da 28-30). I soggetti interessati devono disporre di mezzi di ricorso adeguati che consentano loro sia di contestare la legittimità e la necessità degli atti di indagine, sia di chiedere un risarcimento adeguato qualora tali atti siano stati ordinati o eseguiti illegittimamente (§§ 33-36). È stato sottolineato, inoltre, che i motivi afferenti al merito dell’emissione di un OEI possono essere contestati solo mediante un ricorso proposto nello Stato membro di emissione (art. 14, § 1, Direttiva 2014/41/UE), dovendo il diritto nazionale avere una previsione in tal senso (§ 41). Nella medesima sentenza la Corte ha osservato che l’art. 14 della Direttiva 2014/41/UE si limita a richiedere mezzi di ricorso equivalenti a quelli previsti per procedura interne analoghe, sicché gli Stati membri non sono tenuti a prevedere mezzi di impugnazione *ad hoc* (§§ da 25-27). In tale sentenza, la Corte di Lussemburgo ha ritenuto che l’impossibilità di contestare nello Stato membro di emissione la necessità e la regolarità di un OEI (nel caso specifico avente ad oggetto lo svolgimento di perquisizioni e di sequestri, nonché l’organizzazione di un’audizione di testimoni mediante videoconferenza), quanto meno alla luce delle ragioni di merito della sua emissione, costituisce una violazione del diritto a un ricorso effettivo sancito all’art. 47 CDFUE, con la conseguenza che principio di mutuo riconoscimento non può trovare applicazione e andare a beneficio di tale Stato membro (§ 56).

Nella più recente sentenza *M.N. (EncroChat)* del 30 aprile 2024 (C-670/22)⁴³, la Corte di giustizia dell’U.E., in Grande Sezione, ha esaminato una serie di questioni sollevate dal Tribunale del Land di Berlino, relative all’emissione e all’esecuzione di un OEI finalizzato a ottenere la trasmissione dei dati raccolti dalle autorità francesi nell’ambito delle indagini svolte sulle piattaforme già più volte menzionate.

In primo luogo, la Corte ha ribadito che dalla formulazione dell’art. 2, lett. c), i), della Direttiva 2014/41/UE risulta che il pubblico ministero è da includere tra le autorità che, al pari del giudice, sono intese come un’“*autorità di emissione*” (così già nella precitata sentenza sul caso *Staatsanwaltschaft Wien*). Pertanto, qualora, in forza del diritto dello Stato di emissione, un pubblico ministero sia competente, in un caso puramente interno a tale Stato, ad ordinare un atto di indagine diretto alla trasmissione di prove già in possesso delle autorità nazionali competenti, allo stesso modo potrà emettere un ordine europeo di indagini di analogo contenuto (§§ 73-74).

Rammentate le condizioni alle quali è subordinata l’emissione di un OEI (§ 87-88 e 91-93), la Corte ha poi precisato che l’art. 6, paragrafo 1, lett. a), della medesima Direttiva non osta all’emissione di un OEI laddove l’integrità dei dati ottenuti tramite la misura di intercettazione non possa essere verificata a causa della riservatezza delle basi tecniche che ne hanno permesso l’attuazione, purché il diritto a un processo equo venga garantito nel corso del successivo procedimento penale.

La Corte ha precisato che l’autorità di emissione non è autorizzata a controllare la regolarità del distinto procedimento con il quale lo Stato di esecuzione ha raccolto le prove di cui è richiesta la trasmissione, in quando, diversamente opinando, si concretizzerebbe un sistema più complesso e meno efficace, che nuocerebbe all’obiettivo perseguito da detta direttiva (§ 100). Ad ogni modo, se l’acquisizione di prove già in possesso delle

[43] Si vedano anche le conclusioni dell’Avvocato Generale Tamara Čapeta, presentate il 26 ottobre 2023: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=EEF3F45D476085A9ADBA8A86C66FF78D?text=&docid=279144&pageIndex=0&doclang=IT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=100225>

autorità competenti di un altro Stato membro dovesse apparire sproporzionata ai fini dei procedimenti penali avviati a carico dell'interessato nello Stato di emissione, ad esempio in ragione della gravità della violazione dei diritti fondamentali di quest'ultimo, oppure essere stata disposta in violazione del regime giuridico applicabile a un caso interno analogo, l'organo giurisdizionale investito del ricorso contro l'OEI che dispone tale trasmissione dovrebbe trarne le conseguenze che si impongono in base al diritto nazionale (§103).

I giudici di Lussemburgo hanno rammentato che l'art. 14, § 7, della Direttiva 2014/41/UE impone agli Stati membri di assicurare che, nel procedimento penale avviato nello Stato di emissione, siano rispettati i diritti della difesa e sia garantito un giusto processo nel valutare le prove acquisite tramite l'OEI. Per quanto riguarda segnatamente il diritto a un processo equo, è stato specificato (§§ 104 e 105) che un organo giurisdizionale, qualora consideri che una parte non sia in grado di svolgere efficacemente le proprie osservazioni in merito a un elemento di prova idoneo ad influire in modo preponderante sulla valutazione dei fatti, deve constatare una violazione del diritto ad un processo equo ed escludere tale mezzo di prova (cfr. in tal senso, CdGUE, sentenza del 2 marzo 2021, Prokuratuur, C-746/18, § 44). Pertanto, l'art. 14, § 7, precitato deve essere interpretato nel senso che esso impone al giudice penale nazionale di espungere, nell'ambito di un procedimento penale avviato a carico di una persona sospettata di atti di criminalità, informazioni ed elementi di prova - idonei ad influire in modo preponderante sulla valutazione dei fatti - rispetto ai quali non è stato possibile per l'interessato svolgere efficacemente le proprie osservazioni a scopo difensivo (§§ 130 e 131).

Nella stessa sostanza la Corte ha ammesso che le conclusioni a cui può giungere il giudice nazionale in ordine alla tutela dei singoli sono le stesse alle quali è giunta la giurisprudenza in materia di *data retention* (cfr. CdGUE, GS, sent. 6.10.2020, *La Quadrature du Net e a. contro Premier ministre e a.*). È fatto riferimento, in particolare, al principio di effettività del diritto di difesa, il quale impone al giudice penale nazionale di non tenere conto degli elementi di prova ottenuti nell'ambito di un procedimento penale mediante una conservazione generalizzata e indifferenziata di dati relativi al traffico e all'ubicazione, incompatibile con il diritto dell'Unione, qualora le persone interessate non siano in grado di prendere efficacemente posizione su tali informazioni ed elementi di prova, che provengono da un settore che esula dalla competenza dei giudici e possono influenzare in maniera preponderante la valutazione dei fatti.

Infine, è da mettere in evidenza la qualificazione delle attività investigative che avevano dato origine al rinvio ex 267 TFUE: ad avviso della Corte, considerato l'art. 31 della direttiva 2014/41/UE, l'infiltrazione in apparecchiature terminali volta ad estrarre non solo dati di comunicazione, ma anche dati relativi al traffico o all'ubicazione, a partire da un servizio di comunicazione basato su Internet, costituisce una "intercettazione di telecomunicazioni" (§ 111-114).⁴⁴

7. LA (MANCATA) SOLUZIONE DELLA CORTE EDU.

Nel caso A.L. ed E.J. c. Francia (ricorsi nn. 44715/20 e 47930/21) i ricorrenti lamentavano, da un lato, la violazione dell'art. 8 CEDU per avere le autorità francesi proceduto alla raccolta di dati su tutti i dispositivi collegati alla rete EncroChat e, successivamente, per aver trasmesso tali dati al Regno Unito. Invocando gli artt. 6 e 13 CEDU, essi sostenevano, altresì, di non disporre di alcun mezzo di ricorso per contestare utilmente le decisioni che avevano consentito la raccolta delle informazioni, precisando di non essere legittimati ad impugnare le decisioni che avevano disposto il sequestro dei dati nell'ambito del procedimento penale francese. La Corte EDU ha precisato che il fatto che gli utenti di EncroChat, situati nel Regno Unito, siano stati identi-

[44] In relazione alla notifica, prevista dal medesimo art. 31, è stato precisato essa deve essere avere come destinatario l'autorità che a tal fine è stata designata dallo Stato membro sul cui territorio si trova la persona sottoposta all'intercettazione. In caso di mancata identificazione di tale soggetto, la notifica può essere inviata a qualsiasi autorità dello Stato membro notificato ritenuta a tale fine idonea (§119). Si veda anche: Cass. pen. sez. VI, n. 35038 del 10/07/2024.

ficati solo dopo l'esecuzione dell'OEI non eliminava la natura personale dei dati trasmessi e non sollevava la Francia dal suo obbligo di rispettare i diritti delle persone interessate. Tuttavia, la Corte si è soffermata su una delle condizioni di cui all'art 35 CEDU, ossia l'esaurimento dei rimedi interni, rammentando che il meccanismo di salvaguardia istituito dalla Convenzione ha natura sussidiaria rispetto ai sistemi nazionali di garanzia dei diritti umani. L'obbligo scaturente dall'articolo da ultimo citato impone ai richiedenti di ricorrere ai mezzi di ricorso interni, i quali, comunque, devono essere accessibili, effettivi e sufficienti.

Con riferimento alle ipotesi di violazione dell'art. 8 CEDU, la Corte EDU ha stabilito che, nell'ambito di un procedimento penale, l'effettività dei mezzi di ricorso interni dipende essenzialmente dalle peculiarità dell'ordinamento giuridico dello Stato convenuto e dalle circostanze del caso di specie (cfr. *Conrada c. Italia* (n. 4), n. 2507/19, 23 maggio 2024, § 51; *Gernelle e S.A. Société d'exploitation de l'hebdomadaire Le Point c. Francia*, n. 18536/18, 9 aprile 2024, § 43). Per essere considerato efficace ai fini dell'esaurimento dei mezzi di tutela interni, un ricorso deve innanzitutto consentire un controllo della legittimità e della necessità della misura (cfr. *Gutsanovi c. Bulgaria*, n. 34529/10, CEDU 2013, § 210-211). Inoltre, in caso di accertamento di irregolarità, l'azione deve offrire un rimedio adeguato (cfr. *Budak c. Turchia*, n. 69762/12, 16 febbraio 2021, § 46).

La Corte di Strasburgo ha affermato che ai fini dell'art. 35 CEDU devono essere presi in considerazione solo i mezzi di ricorso disponibili nello Stato contraente contro il quale è stato presentato il ricorso, senza che assuma rilievo il fatto che i ricorrenti risiedono al di fuori del territorio francese; irrilevante è stato ritenuto il fatto che essi non avessero scelto volontariamente di sottoporsi alla giurisdizione dello Stato convenuto, ciò non esonerandoli dal loro obbligo di esperire i mezzi di ricorso interni disponibili in tale Stato. Pertanto, la Corte ha valutato se i ricorrenti avessero o meno avuto a disposizione un ricorso in Francia, giungendo ad una risposta positiva. Infatti, esaminata la normativa francese, è emerso che i ricorrenti disponevano di un mezzo di ricorso per contestare la legittimità e la proporzionalità dell'acquisizione dei dati, nonché la loro trasmissione alle autorità del Regno Unito in esecuzione dell'OEI. Conseguentemente, i ricorrenti non avevano soddisfatto il requisito dell'esaurimento dei mezzi di ricorso interni e il ricorso doveva essere dichiarato inammissibile. Proprio tale aspetto procedurale non ha consentito di avere una risposta nel merito da parte dei giudici di Strasburgo. Tuttavia, si potrebbe provare ad immaginare quale percorso argomentativo seguirebbe la Corte qualora la questione fosse rimessa nuovamente al suo esame. A tale fine, sebbene sia stato escluso che le operazioni investigative delle autorità francesi possano qualificarsi come "sorveglianza di massa", sembra comunque utile richiamare alcune sentenze in tema di "*bulk interception of data*". In particolare, si pone l'attenzione sulle decisioni relative ai seguenti casi: *Big Brother Watch e al. c. Regno Unito* del 25 maggio 2021 (ricorsi n. 58170/13, 62322/14 e 24960/15); *Centrum för Rättvisa c. Svezia*, 25 maggio 2021 (ricorso n. 164/2021); *Podchasov c. Russia* del 13/2/2024 (ricorso n. 33696/19); *Yüksel Yalçınkaya, c. Turchia* del 26/09/2023 (ricorso n. 15669/2020)

Nelle prime due decisioni la Corte EDU ha affermato che, in linea generale, l'art. 8 CEDU non vieta l'uso del sistema delle intercettazioni di massa per proteggere la sicurezza nazionale o altri interessi di rilevanza generale contro serie minacce esterne, sebbene sia necessaria l'adozione di numerose garanzie per ovviare al rischio di arbitri e abusi. Proprio al fine di ridurre tale rischio, la Corte ha ritenuto che l'attività debba essere soggetta a "garanzie end-to-end", ossia: che si dovrebbe valutare in ogni fase la necessità e la proporzionalità delle misure adottate; che l'intercettazione in massa dovrebbe essere soggetta ad autorizzazione di un organo indipendente, con possibilità anche di un riesame indipendente ex post. Ogni fase del processo di intercettazione di massa – inclusa l'autorizzazione iniziale e qualsiasi successivo rinnovo, la scelta e l'applicazione dei cc.dd. selettori e dei termini di ricerca, nonché l'uso, l'archiviazione, la trasmissione successiva e la cancellazione del materiale intercettato – dovrebbe essere soggetta alla supervisione di un'autorità indipendente e

tale supervisione dovrebbe essere sufficientemente solida da limitare l'“*interferenza*” a quanto “*necessario in una società democratica*”. La Corte ha precisato, altresì, che nel valutare se lo Stato convenuto abbia agito nell'ambito del suo margine di apprezzamento, si deve tenere conto di una gamma di criteri più ampia rispetto alle cc.dd. “*sei garanzie Weber*” e, specificamente, è necessario esaminare se il quadro giuridico interno definisca chiaramente:

- i motivi per cui può essere autorizzata l'intercettazione in massa;
- le circostanze in cui le comunicazioni di un individuo possono essere intercettate;
- la procedura da seguire per il rilascio dell'autorizzazione;
- le procedure da seguire per la selezione, l'esame e l'utilizzo del materiale di intercettazione;
- le precauzioni da adottare nel comunicare il materiale a terzi;
- i limiti alla durata dell'intercettazione, alla conservazione del materiale intercettato e alle circostanze in cui tale materiale deve essere cancellato e distrutto;
- le procedure e le modalità di supervisione da parte di un'autorità indipendente del rispetto delle garanzie di cui sopra e i suoi poteri per affrontare i casi di non conformità;
- le procedure per un riesame ex post indipendente di tale conformità e i poteri conferiti all'organismo competente per affrontare i casi di non conformità.

Da ultimo, è interessante considerare che nella sentenza relativa al caso Big Brother la Corte ha precisato che l'eventuale trasferimento del materiale intercettato ad altre parti deve essere limitata a quello raccolto e conservato in modo conforme alla Convenzione e deve essere soggetta ad alcune ulteriori garanzie specifiche relative al trasferimento stesso: i) le circostanze in cui tale trasferimento può aver luogo devono essere chiaramente stabilite nel diritto interno; ii) lo Stato trasferente deve garantire che lo Stato ricevente, nel trattamento dei dati, disponga di garanzie in grado di prevenire abusi e interferenze sproporzionate; iii) lo Stato ricevente deve garantire la conservazione sicura del materiale e limitarne la successiva divulgazione; iv) sono necessarie maggiori garanzie quando il materiale oggetto di trasferimento richiede una particolare riservatezza. Nel caso specifico lo scambio di informazioni con i servizi segreti americani è stato ritenuto conforme alla Convenzione alla luce delle garanzie adottate.

Nel caso russo, la Corte ha ribadito che gli utenti dei servizi di telecomunicazione e di Internet devono avere la garanzia che la loro vita privata e la loro libertà di espressione saranno rispettate, sebbene tale garanzia non possa essere assoluta e debba talvolta cedere il passo ad altri imperativi legittimi, quali la prevenzione dell'ordine e della criminalità o la tutela dei diritti e delle libertà altrui. Di particolare interesse è la parte in cui la Corte tratta dell'obbligo di trasmettere ai servizi di sicurezza le informazioni necessarie per decifrare le comunicazioni elettroniche criptate. I giudici di Strasburgo hanno osservato che la crittografia offre solide garanzie tecniche contro l'accesso illecito al contenuto delle comunicazioni ed è stata, pertanto, ampiamente utilizzata come mezzo per proteggere il diritto al rispetto della vita privata e alla riservatezza della corrispondenza online. Per consentire la decifrazione delle comunicazioni protette dalla crittografia end-to-end, come le comunicazioni tramite le “*chat segrete*” di Telegram, sarebbe necessario indebolire la crittografia per tutti gli utenti. Tali misure non potrebbero essere limitate a individui specifici e colpirebbero tutti indiscriminatamente, compresi i soggetti che non rappresentano una minaccia per un legittimo interesse governativo. Indebolire la crittografia creando una backdoor renderebbe tecnicamente possibile effettuare una sorveglianza generale e indiscriminata delle comunicazioni elettroniche personali, sebbene non si escluda che la crittografia possa essere utilizzata anche a scopi criminali, con le connesse difficoltà investigative. La Corte ha, dunque, concluso affermando che una normativa che preveda la conservazione di tutte le comunicazioni Internet di tutti gli utenti, l'accesso diretto dei servizi di sicurezza ai dati memorizzati senza adeguate garanzie contro gli abusi e l'obbligo di decifrare le comunicazioni criptate, non può essere considerata necessaria in una società

democratica. Infatti, tale normativa viola l'art. 8 CEDU nella misura consente alle autorità pubbliche di accedere, in modo generalizzato e senza sufficienti garanzie, al contenuto delle comunicazioni elettroniche. Indicazioni ancora più specifiche possono essere individuate nella decisione della Corte EDU sul caso *Yüksel Yalçınkaya, c. Turchia*. Il ricorrente era stato condannato in quanto membro di un'organizzazione terroristica armata, il FETÖ/PDY (precedentemente noto come "Movimento Gülen") ritenuta dalle autorità turche responsabile di un tentato colpo di Stato. La condanna si basava in modo determinante sull'utilizzo da parte del ricorrente dell'applicazione di messaggistica crittografata denominata "ByLock", che i tribunali nazionali avevano ritenuto fosse stata progettata per l'uso esclusivo dei membri del FETÖ/PDY. In effetti, chiunque avesse utilizzato ByLock poteva, in linea di principio, essere già solo per questo condannato per appartenenza a un'organizzazione terroristica armata. La Corte ha osservato che i giudici nazionali non possono utilizzare prove, elettroniche o meno, in modo da minare i principi fondamentali di un processo equo. Infatti, sebbene l'utilizzo di prove elettroniche possa essere importante nella lotta contro il terrorismo, il procedimento nel suo complesso, inclusa l'acquisizione delle suddette prove, doveva essere equo. In particolare, in forza dell'art. 6 CEDU, al ricorrente doveva essere data la possibilità di contestare le prove e di opporsi al loro utilizzo. Tali garanzie non erano state assicurate dai giudici turchi, dal momento che non era stata fornita alcuna spiegazione sulla secretazione dei dati "grezzi" di ByLock, raccolti dai servizi di intelligence.

Inoltre, al ricorrente non era stato consentito di sindacare il materiale decriptato che lo riguardava, il che avrebbe potuto consentirgli di contestare la fondatezza delle deduzioni tratte dall'utilizzo dell'applicazione ByLock. I giudici turchi non avevano accolto la richiesta del ricorrente di sottoporre i dati raccolti a un esame indipendente per verificarne il contenuto e l'integrità. Parimenti, non erano stati tenuti in considerazione una serie di argomenti sollevati dal ricorrente che facevano emergere perplessità circa l'affidabilità della prova (come l'incoerenza tra i diversi elenchi di utenti di ByLock emessi dai servizi di intelligence, nonché tra il numero di utenti identificati, ed eventualmente perseguiti, e il numero di download). Il ricorrente aveva, altresì, osservato che l'applicazione ByLock era stata scaricabile da chiunque fino all'inizio del 2016, vale a dire per circa due anni, senza alcun meccanismo di controllo. Tale argomento avrebbe richiesto ulteriori chiarimenti da parte dei giudici turchi e, in particolare, sul modo in cui era stato accertato che suddetta applicazione non era, e non avrebbe potuto essere, utilizzata da chiunque non fosse un "membro" del FETÖ/PDY.

In sintesi, pertanto, i giudici turchi non avevano garantito al ricorrente una reale opportunità di contestare efficacemente le prove a suo carico, né avevano adeguatamente motivato la decisione di condanna. Tali carenze sono state ritenute incompatibili con l'essenza stessa dei diritti processuali del ricorrente garantiti dall'art. 6 CEDU. Infine, pur richiamando l'art. 15 CEDU (deroga in caso di stato d'urgenza), la Corte ha tenuto a precisare tale disposizione non dà "carta bianca" alle autorità nazionali nel porre in essere condotte che potrebbero portare a conseguenze arbitrarie a pregiudizio dei singoli.

Quanto sopra riportato consente di affermare che, in linea con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, un'attività di indagine, anche se non qualificabile come "sorveglianza di massa" in quanto focalizzata sugli utenti di una specifica piattaforma, non esime le autorità nazionali dall'assicurare le garanzie proprie dell'equo processo e, segnatamente, l'esercizio effettivo del diritto di difesa, soprattutto qualora le prove in questione risultino essere determinanti nell'accertamento della responsabilità penale dell'interessato.

8. TORNANDO AI CONFINI NAZIONALI

E i nostri giudici?

Certamente non può prescindersi dalle pronunce delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 23755 e n. 23756 del 29 febbraio 2024.

Le decisioni precitate sono in parte sovrapponibili, per cui verranno trattate unitariamente, operando le opportune distinzioni ove necessario.

La sentenza n. 23755 ha dovuto dare soluzione alle seguenti domande: i) se l'acquisizione di messaggi su chat di gruppo, scambiati con sistema cifrato, attraverso un ordine europeo di indagine presso un'autorità giudiziaria straniera che ne abbia eseguito la decrittazione costituisca acquisizione di documenti e di dati informatici ai sensi dell'art. 234-bis cpp o di documenti ex art. 234 cpp, ovvero sia riconducibile ad altra disciplina relativa all'acquisizione di prove; ii) se l'acquisizione di cui sopra debba essere oggetto, ai fini della utilizzabilità dei relativi dati, di preventiva o successiva verifica giurisdizionale della sua legittimità da parte della autorità giurisdizionale nazionale.

Le questioni sottoposte e trattate nella sentenza n. 23756, invece, sono state le seguenti: i) se l'acquisizione, mediante ordine europeo di indagine, dei risultati di intercettazioni disposte da un'autorità giudiziaria straniera su una piattaforma informatica criptata integri l'ipotesi disciplinata nell'ordinamento interno dall'art. 270 cod. proc. pen.; ii) se l'acquisizione, mediante ordine europeo di indagine, dei risultati di intercettazioni disposte da un'autorità giudiziaria straniera attraverso l'inserimento di un captatore informatico sui server di una piattaforma criptata sia soggetta nell'ordinamento interno a un controllo giurisdizionale, preventivo o successivo, in ordine all'utilizzabilità dei dati raccolti.

Come precisato dalle stesse Sezioni Unite della Corte di Cassazione, le questioni sono tra loro strettamente connesse, perché le conclusioni sulla natura giuridica da attribuire all'acquisizione, effettuata tramite OEI, di messaggi scambiati su chat di gruppo mediante un sistema cifrato, e già a disposizione dell'autorità giudiziaria straniera, hanno una diretta ricaduta in ordine al tema della necessità di preventiva o successiva verifica giurisdizionale.

Con riferimento ai primi quesiti di ciascuna sentenza, i quali altro non sono che una richiesta di chiarimento circa l'attività di incasellamento della suddetta attività nei modelli tipici previsti dalla legge processuale, i giudici di legittimità, dopo aver ripercorso i diversi orientamenti giurisprudenziali in materia, hanno innanzitutto escluso l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 234-bis c.p.p., perché la stessa è alternativa e incompatibile rispetto a quella dettata in tema di OEI. Suddetta disposizione regola non un mezzo di prova, bensì una modalità di acquisizione di particolari tipologie di elementi di prova presenti all'estero, che viene attuata in via "diretta" dall'autorità giudiziaria italiana e prescinde da qualunque forma di collaborazione con le autorità dello Stato in cui tali dati sono custoditi. Il sistema dell'OEI, invece, regola una modalità di acquisizione degli elementi di prova "transfrontalieri" che si realizza nell'ambito di rapporti di collaborazione tra autorità giudiziarie degli Stati membri dell'UE.⁴⁵

Nella sentenza n. 23755, le Sezioni Unite hanno, altresì, analizzato la tesi (avanzata nel ricorso) secondo al quale gli atti acquisiti mediante OEI dall'autorità giudiziaria francese, pur non costituendo risultati di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, attengono a dati concernenti il traffico, l'ubicazione, e il contenuto di comunicazioni elettroniche, e, quindi, avrebbero dovuto essere sottoposti alla relativa disciplina, la quale richiede, come presupposti necessari per la loro acquisizione, sia la necessità degli stessi ai fini dello

[45] Ulteriore conferma del rapporto di alternatività tra acquisizione di elementi istruttori operata in via diretta dall'autorità giudiziaria procedente e acquisizione di elementi istruttori sulla base di rapporti di collaborazione con autorità giudiziarie di altri Stati è stata individuata negli artt. 31 e 32 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica (i.e. Convenzione di Budapest).

svolgimento di indagini per un reato “grave”, sia la preventiva autorizzazione del giudice (art. 132 D.lgs. n. 196/2003, come modificato dall’art. 1, co. 1, D.L. n. 132/2021, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 178/2021).⁴⁶Tuttavia, le Sezioni Unite hanno posto in rilievo che la disciplina *de qua* si riferisce all’acquisizione dei dati presso il gestore dei servizi telefonici e telematici, ma non anche all’utilizzazione dei dati in un procedimento penale diverso da quello in cui sono stati già acquisiti. Questa lettura dell’art. 132 citato non si pone in contrasto con il diritto euro-unitario, dal momento che la Corte di giustizia ha chiarito che l’art. 15, §1, della Direttiva 2002/58/CE, letto alla luce degli artt. 7, 8 e 11, nonché dell’art. 52, §1, della CDFUE, osta ad una normativa nazionale che renda il pubblico ministero competente ad autorizzare l’accesso di un’autorità pubblica ai dati relativi al traffico e ai dati relativi all’ubicazione ai fini di un’istruttoria penale (Corte giustizia, Grande Sezione, 02/03/2021, H.K./Prokuratuur, C-706/18); quando, però, i dati in questione sono già stati acquisiti in un procedimento penale, non si pone più la questione dell’autorizzazione all’accesso di un’autorità pubblica, sicché, nel sistema processuale italiano, il pubblico ministero può acquisire da un’altra autorità giudiziaria dati relativi al traffico o all’ubicazione, concernenti comunicazioni effettuate da un utente di un mezzo di comunicazione elettronica, senza dover chiedere una preventiva autorizzazione al giudice competente.

Nel ricorso trattato nella sentenza n. 23756, gli atti acquisiti mediante OEI dall’autorità giudiziaria francese sono stati qualificati come risultati di intercettazioni di conversazioni o di comunicazioni⁴⁷, effettuate anche mediante un captatore informatico inserito sui server della piattaforma del sistema Sky-Ecc, al fine di acquisire le chiavi di cifratura custodite nei dispositivi dei singoli utenti. Seguendo tale qualificazione, il parametro di riferimento interno è stato individuato nell’art. 270 cpp, con conseguente esclusione della necessità di una preventiva autorizzazione del giudice.

Sebbene la Direttiva 2014/41/UE (artt. 30 e 31) e il D.lgs. n. 108/2017 (artt. 23 e 24; artt. 43 e 44) prevedano regole specifiche per il caso che l’atto investigativo richiesto sia costituito da intercettazioni di telecomunicazioni, tuttavia mancano disposizioni espresse per la trasmissione e l’utilizzazione dei risultati già acquisiti nell’ambito di un’attività investigativa di questo tipo. In particolare, l’art. 30, § 7, della Direttiva (e analogamente l’art. 43 del D.lgs. n. 108/2017) prevede lo Stato di emissione può altresì richiedere, se ne ha particolare motivo, una trascrizione, una decodificazione o una decrittazione della registrazione, fatto salvo l’accordo con lo Stato di esecuzione. Anche sotto questo profilo, pertanto, la Corte ha escluso che il pubblico ministero fosse tenuto a chiedere e ottenere un provvedimento autorizzatorio preventivo da parte del GIP.

Interessante è considerare l’attenzione posta dalla Corte sull’asserita atipicità delle modalità operative delle autorità francesi. I giudici di legittimità hanno escluso che l’inserimento di un captatore informatico sul server

[46] In materia, la giurisprudenza euro-unitaria ha precisato che “il riconoscimento da parte dell’autorità di esecuzione di un ordine europeo di indagine, emesso per l’acquisizione dei dati relativi al traffico e all’ubicazione connessi alle telecomunicazioni, non può sostituire i requisiti previsti nello stato di emissione nel caso in cui tale ordine sia stato emesso indebitamente dal pubblico ministero, quando, nell’ambito di una procedura nazionale analoga, l’adozione di un atto di indagine per l’acquisizione di dati siffatti rientra nella competenza esclusiva del giudice” (CdG dell’UE, 16/12/2021, HP, C-724/19).

[47] A. GAITO, *Comunicazioni criptate ed esigenze difensive (da Blackberry a Sky-ECC)*, in Arch. Pen., fasc. 1, gennaio-aprile 2024. Secondo l’autore, “ove e quando le usuali operazioni di intercettazione travalichino la semplice problematica dell’instradamento, dell’ascolto o della visione o della lettura, per entrare nel terreno sofisticato della decifrazione dei messaggi criptati, non si può negare che si entri nel diverso di attività non meramente esecutive che comportano l’intervento di esperti, per di più stranieri. E allora, in situazione di fatto e di diritto assolutamente identica, non ci si può discostare dal sopravvenuto insegnamento della Corte costituzionale, in quanto non si può più affermare semplicisticamente che le operazioni conseguenti ad attività di intercettazione sono tutte ugualmente semplici: quando le operazioni si discostano dall’usuale, imponendo l’interpello di esperti per elaborare il dato telematico essenziale per le indagini, allora le operazioni di decifrazione delle chats utili per le indagini devono essere in ogni caso assimilate a un accertamento tecnico non ripetibile. Ed in tal senso sarebbe auspicabile che fosse prospettata una nuova questione di legittimità, in riferimento agli artt. 3, 24, 111 e 117 Cost., degli artt. 266-271 e 360 c.p.p., nella parte in cui non prevedono che alle operazioni collegate e conseguenti alle intercettazioni telematiche complesse si applicano le garanzie difensive previste per gli accertamenti tecnici dall’art. 360 c.p.p. così come interpretato da Corte cost., sent. n. 239 del 2017” (pag. 13).

della piattaforma costituisca mezzo “atipico”, non consentito dall’ordinamento italiano perché incidente sui diritti fondamentali della persona. Tale strumento, infatti, non è un autonomo mezzo di ricerca della prova, e tanto meno un mezzo di prova, bensì uno strumento tecnico attraverso il quale esperire il mezzo di ricerca della prova costituito dalle intercettazioni di conversazioni o di comunicazioni, per cui non è indispensabile che il legislatore preveda dove lo stesso possa essere inserito. La Corte ha anche escluso che l’utilizzo del captatore informatico per acquisire le chiavi di cifratura presenti sui dispositivi mobili dei singoli utenti possa costituire un mezzo “atipico” di indagine o di prova non consentito, richiamando l’art. 30, § 7, della direttiva 2014/41/UE e l’art. 43, co. 4, del D.lgs. n. 108/2017, in forza dei quali è possibile chiedere, mediante l’OEI, anche la decodificazione o la decrittazione delle comunicazioni intercettate, con conseguente ammissibilità degli strumenti a tale fine necessari.

Individuate nella Direttiva 2014/41/UE e nel D.lgs. n. 108/2017 le coordinate della disciplina in tema di acquisizione di elementi istruttori effettuata dall’autorità giudiziaria italiana mediante OEI, i giudici hanno condotto il loro esame valutando la sussistenza delle condizioni di ammissibilità dell’OEI, ossia il rispetto dei principi di proporzionalità ed equivalenza. Il giudizio sulla sussistenza della prima condizione (necessità e proporzionalità) deve essere compiuto avendo riguardo al procedimento nel cui ambito è emesso l’OEI. Relativamente alla verifica della sussistenza della seconda condizione (ammissibilità dell’atto richiesto alle stesse condizioni in un caso interno analogo) costituisce un passaggio preliminare l’individuazione del “tipo” di atto oggetto di OEI.

Nel caso di specie, considerato l’oggetto dell’OEI, il parametro di riferimento interno è stato individuato nella disciplina relativa alla circolazione delle prove tra procedimenti penali, quale desumibile dagli artt. 238 e 270 c.p.p. e 78 disp. att. c.p.p. Proprio sulla base di tale soluzione, le Sezioni Unite hanno escluso che l’emissione di un ordine diretto a ottenere il contenuto di comunicazioni veicolate da criptofonini debba essere preceduta da un’autorizzazione del giudice italiano, quale condizione necessaria a norma dell’art. 6 della Direttiva 2014/41/UE, poiché tale autorizzazione, nella disciplina interna in materia di circolazione delle prove, non è richiesta. Seppur rammentate dalla Corte, nel caso specifico non hanno assunto rilievo diretto le regole e gli orientamenti giurisprudenziali formati in merito alle garanzie a tutela della libertà e segretezza della corrispondenza.⁴⁸

La Corte di Cassazione ha precisato, altresì, che il giudice al quale si chiede di utilizzare le prove - già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione, ed ottenute dal pubblico ministero mediante OEI - conserva integro il potere di valutare se vi siano i presupposti per ammetterle ed utilizzarle ai fini delle decisioni di sua spettanza. Segnatamente, l’organo giudicante controlla la sussistenza delle condizioni di ammissibilità per l’emissione di un OEI e l’eventuale violazione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione e dalla CDFUE. Tuttavia, proprio su tale ultimo punto, i giudici di legittimità hanno precisato che l’onere di allegare e dimostrare i fatti dai quali desumere una tale violazione grava sulla parte interessata (i.e. sulla difesa dell’imputato).

Le Sezioni Unite, infine, hanno affrontato la questione relativa alla possibile violazione del diritto della difesa in ragione della mancata disponibilità dei messaggi originali e dell’algoritmo utilizzato dagli investigatori francesi per la decrittazione delle comunicazioni captate, affermando che l’impossibilità, per la difesa di accedere alle suddette informazioni non determina, almeno in linea di principio, una violazione di diritti fondamentali, salvo specifiche allegazioni di segno contrario, in quanto il contenuto di ciascun messaggio è inscindibilmente abbinato alla sua chiave di cifratura, per cui una chiave errata non ha alcuna possibilità di decifrarlo.

[48] Corte EDU, Grande Camera, 05/09/2017, Barbulescu c. Romania; Corte EDU, 17/12/2020, Saber c. Norvegia; Cass. pen., sez. VI, n. 13585 del 01/04/2025. Si segnala, altresì, il progetto di legge A.C. 1822 – “*Modifiche al codice di procedura penale in materia di sequestro di dispositivi, sistemi informatici o telematici o memorie digitali*”.

Sul punto è certamente interessante considerare che nella relazione presentata in occasione dei giudizi definiti con le sentenze citate, la Procura generale ha richiamato la sentenza della Corte E.D.U. del 13 febbraio 2024, sul caso Podchasov c. Russia (ric. n. 33696/19). In tale decisione i giudici di Strasburgo si sono occupati delle chat dell'applicativo Telegram, riconoscendo che l'uso della crittografia nelle comunicazioni pone un dilemma per gli Stati democratici, tenuti a ricercare l'equilibrio corretto tra la necessità di proteggere i cittadini da gravi crimini e minacce alla sicurezza e quella di non pregiudicare i diritti fondamentali. La crittografia, infatti, costituisce un fattore chiave per la privacy e la sicurezza online. Tuttavia, come nel caso che ha interessato le indagini da parte delle autorità francesi, le comunicazioni crittografate si prestano facilmente anche ad un uso per finalità criminali. La Procura ha tentato un discrimine tra le ipotesi di impiego di piattaforme informatiche per comunicare in modo criptato installate su "normali" cellulari (es. Telegram o WhatsApp) e l'utilizzo di sistemi come Sky-ECC o EncroChat che, proprio perché installati su apparecchi telefonici specifici, non possono consentire le operazioni di intercettazione se non mediante una previa intrusione nel server utilizzato per trasmettere i messaggi. Proprio le caratteristiche della fattispecie renderebbero evidente l'imprescindibilità di una "invasione" più penetrante, in difetto della quale le attività di indagine sarebbero *ab initio* inefficaci e, di fatto, inutili.

9. Mutual admissibility of evidence⁴⁹ o "atto di fede"?

Tenuto fermo quanto sopra, non è di poco conto considerare che le conclusioni alle quali sono giunti i giudici di legittimità presuppongono l'operatività di una presunzione relativa circa la conformità delle operazioni investigative delle autorità francesi non solo alla *lex loci* (aspetto non sindacabile, in quanto non potrebbe pretendersi una piena corrispondenza con il diritto processuale interno), ma anche ai principi posti a tutela dei diritti fondamentali, *sub specie* il diritto ad un equo processo e, dunque, alla difesa e al contraddittorio nella formazione della prova.

I dati informatici sono stati trasmessi già decriptati, sicché, al di là della regola della *mutual admissibility of evidence* (i.e. fiducia reciproca tra le autorità nazionali), si richiede al giudice una sorta di "atto di fede" relativamente al rispetto, da parte dell'autorità francese, delle regole tecniche da seguire nell'operazione di decriptazione. Infatti, è rimasto inibito il controllo dell'esatta corrispondenza dell'interpretazione del dato nel passaggio da elemento non intellegibile a prova "in chiaro" e, conseguentemente, anche la verifica del processo di produzione del risultato probatorio (*recte* la "tracciabilità" della catena di conservazione del dato). Nel caso *Yüksel Yalçinkaya c. Turchia*, già citato, la Corte EDU ha riconosciuto la violazione dell'art. 6 della Convenzione proprio in ragione delle gravi carenze informative in pregiudizio dell'imputato. Questo tipo di approccio, tra l'altro, non è esclusivo dei giudici sovranazionali. La stessa Corte di Cassazione ha annullato il provvedimento di conferma di un'ordinanza applicativa della custodia cautelare in carcere emessa dal tribunale del riesame, in quanto quest'ultimo aveva ritenuto del tutto influente accertare le modalità con cui l'autorità straniera aveva acquisito e decriptato le conversazioni intercorse fra gli indiziati. Senza il positivo accertamento delle concrete modalità di estrazione, duplicazione e conservazione dei dati, i giudici di legittimità

[49] L. BACHMAIER, *Mutual Admissibility of Evidence and Electronic Evidence in the EU - A New Try for European Minimum Rules in Criminal Proceedings?*, eucrim.eu, Issue 2/2023, pp. 223 ss.

timità hanno ritenuto interrotta e non garantita la “catena di custodia”,⁵⁰ precisando che il diritto di difesa si esplica anche nella possibilità di ottenere i files integrali delle “ordinary” intercettazioni, così da consentire il confronto di quanto captato e registrato con il materiale trascritto, per cui difficilmente si comprenderebbe una soluzione sottostimante gli effetti della negazione del controllo di parte sull’operazione di decriptazione. In questo modo, inoltre, non verrebbe garantito il diritto al controllo giurisdizionale attraverso un mezzo specifico di impugnazione⁵¹.

Diversamente opinando, la disciplina italiana in materia di intercettazioni contenuta nel D.lgs. n. 108/2017 sarebbe da ritenere in contrasto con la sentenza *Gavanozov II*, in quanto, sebbene richieda l’autorizzazione preventiva di un giudice, tuttavia non prevede anche un mezzo di impugnazione *ad hoc*. Pertanto, una volta ottenuti i risultati probatori, non resterebbe che il vaglio alla luce della *lex fori*.

Nelle sentenze delle Sezioni Unite sopra richiamate, l’utilizzabilità dei dati informatici trasmessi in esecuzione dell’OEI è stata subordinata al rispetto dei diritti fondamentali. Di fatto, però, l’operatività della presunzione relativa di conformità ha ricondotto in capo alla difesa l’onere di allegare e provare i fatti da cui inferire la violazione dei suddetti diritti⁵², il che appare evidentemente non particolarmente agevole se consideriamo il deficit conoscitivo determinato dal segreto nazionale opposto dalle autorità dello Stato di esecuzione. L’impasse sembrerebbe giustificato da un dato prettamente tecnico: il pericolo di alterazione dei dati è tendenzialmente da escludere in quanto il contenuto di ciascun messaggio è abbinato in modo inscindibile alla sua chiave di cifratura, ed una chiave errata non ha alcuna possibilità di decriptarlo anche solo parzialmente.⁵³

[50] Cfr. Cass. pen. sez. IV, n. 32915/2022: “...occorre sottolineare come il principio del contraddittorio implichi che la dialettica procedimentale non si espliciti soltanto relativamente al vaglio del materiale acquisito ma si estenda alle modalità di acquisizione del predetto materiale. Ciò è funzionale al controllo della legittimità del procedimento acquisitivo, anche nell’ottica delineata dall’art. 191 cod. proc. pen., il quale stabilisce l’inutilizzabilità delle prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge, proiettando i propri effetti anche nello specifico contesto del procedimento incidentale de libertate, a condizione, naturalmente, che, come nel caso di specie, risulti l’effettiva incidenza dell’elemento dimostrativo in disamina sul convincimento del giudice (Cass., Sez. 4, n. 18232 del 2 -5-2016, Rv. 266644). Le modalità di acquisizione del materiale probatorio rilevano, inoltre, nell’ottica della valutazione della valenza epistemica di quest’ultimo, sotto il profilo, per quanto inerisce alla specifica problematica sub iudice, della corrispondenza della testualità di tale messaggistica al tenore letterale dei messaggi originariamente inviati e ricevuti nonché delle utenze dei mittenti e dei destinatari individuati con quelli effettivi, ragion per cui la problematica in disamina dispiega la propria rilevanza anche relativamente alla fase della captazione e della decrittazione dei flussi telematici. Tutto ciò comporta imprescindibilmente la possibilità di conoscere le modalità di svolgimento dell’attività investigativa svolta e il procedimento di acquisizione di tale messaggistica, onde consentire la piena esplicazione del diritto di difesa, attraverso l’instaurazione di una proficua dialettica procedimentale in ordine ad ogni profilo di ritualità, rilevanza, attendibilità e valenza dimostrativa che possa venire in rilievo, nell’ottica dell’imputazione. Ciò che nel caso in esame non è stato consentito ai difensori. Si impone pertanto, nel caso di specie, un pronunciamento rescindente volto a consentire al giudice del rinvio di chiarire, nel contraddittorio delle parti, tutti i segmenti dell’iter di acquisizione della messaggistica, onde procedere alle valutazioni di competenza in ordine ai profili appena evidenziati (annullamento dell’ordinanza del Tribunale del riesame)”.

[51] Cfr. anche Cass. pen. sez. IV, n. 49896 del 15/10/2019.

[52] Questo principio, operante anche nel settore delle rogatorie, è in linea con le regole processuali, considerato che spetta a chi afferma l’esistenza di un’invalidità processuale addurre i fatti che ne sono a fondamento.

[53] Critico sul punto: M. DANIELE, *Le sentenze “gemelle” delle Sezioni Unite sui criptofonini*, in *Sist. Pen.*, 17 Luglio 2024. Secondo l’autore è opinabile nella sua astrattezza, per quanto non escluda la possibilità della prova contraria. Non è detto che l’intelligibilità delle comunicazioni sia sempre un segno sicuro della correttezza delle tecniche informatiche utilizzate per ottenerle. Tutto dipende dalle specificità di ciascuna situazione concreta; in certi casi, è opportuno che il giudice disponga una perizia al riguardo, in modo tale da rafforzare la propria motivazione in merito al valore delle comunicazioni. Si veda anche: P. PUJIA, *L’acquisizione della messaggistica criptata conservata su server straniero tra classificazioni concettuali e divergenze giurisprudenziali*, in *Arch. Pen.*, 2024, 2.

10. DIRITTO DI DIFESA, SECRETAZIONE E CONSERVAZIONE DEL DATO PROBATORIO: UN BILANCIAMENTO POSSIBILE?

Nel caso esaminato nelle sentenze delle Sezioni Unite, quando il giudice italiano potrebbe dichiarare inutilizzabili i risultati trasmessi dalle autorità francesi?

Riprendendo le garanzie minime sopra già indicate, la cui inosservanza determinerebbe violazioni del diritto di difesa e dell'equo processo, l'inutilizzabilità potrebbe essere dichiarata: i) qualora la raccolta delle prove non sia stata *ab origine* autorizzata da un giudice straniero ii) qualora le prove siano state acquisite nell'ambito di procedimenti non attinenti ad uno dei gravi reati elencati dall'art. 270 c.p.p.; iii) qualora la raccolta all'estero delle prove sia avvenuta sulla base di un provvedimento autorizzativo privo di una motivazione dotata di logicità intrinseca.

Inoltre, riprendendo la sentenza del 30 aprile 2024 della Corte di giustizia dell'UE, dovrebbe essere dichiarata l'inutilizzabilità anche se il giudice ritenga che una parte non sia in grado di svolgere in modo efficace le proprie osservazioni in merito a un mezzo di prova che possa influenzare in modo preponderante la valutazione dei fatti, ciò determinando una violazione del diritto a un processo equo⁵⁴.

Sebbene l'onere dell'allegazione e della prova della lesione di diritti fondamentali gravi sulla parte interessata, il giudice non potrebbe non tenere conto delle difficoltà incontrate dalla difesa a causa dell'(incolpevole) ignoranza di quanto accaduto nel corso delle attività di acquisizione delle prove. Tuttavia, non possono sottacersi le possibili conseguenze di un tale ragionamento. Infatti, un divieto probatorio del genere porrebbe di fronte ad una scelta inevitabile: il palesare le tecniche investigative adottate, con il conseguente rischio di pregiudicare gli interessi che possono giustificare la secretazione (primo tra tutti l'efficacia di successive operazioni investigative); oppure dichiarare l'inutilizzabilità delle prove, con vanificazione delle attività d'indagine già svolte (ed eventuale impunità delle condotte criminose ove manchino ulteriori prove a sostegno della responsabilità penale). Le difficoltà nell'individuare un giusto bilanciamento tra gli opposti interessi in gioco è palmare.

La soluzione selezionata dalle Sezioni Unite, come già sopra riportato, si fonda su una presunzione relativa⁵⁵, restando ferma la possibilità per la difesa di dedurre, sulla base di ragioni specifiche, anomalie tecniche in grado di fare dubitare della correttezza delle acquisizioni e dell'inquinamento del risultato probatorio (es. allegazione di una foto dello schermo del criptofonino dalla quale emergano difformità rispetto ai messaggi estrapolati dalle autorità giudiziarie).⁵⁶

Ci si chiede, però, se il giudice possa comunque procedere ad un bilanciamento degli interessi coinvolti a prescindere da un'eccezione di parte idonea a superare la suddetta presunzione. I parametri da seguire si estrapolerebbero dalla giurisprudenza sovranazionale in materia di diritto di difesa ed equo processo, ossia: l'influenza preponderante delle prove nell'accertamento dei fatti, che tuttavia trascina con sé un certo livello di discrezionalità, suscettibile di creare non poche incertezze; gli interessi giustificanti la secretazione degli

[54] Il diritto di accesso alle prove è formulato in termini analoghi anche dalla Corte sovranazionale: Corte EDU., 26 settembre 2023, *Yüksel Yalçinkaya c. Turchia*, § 306 ss.; CdgUE, *La Quadrature du Net*, 6 ottobre 2020, § 226 s.; CdgUE *Prokuratuur*, 2 marzo 2021, § 44; CdgUE, MN, 30 aprile 2024, § 104 ss. e 130 ss.

[55] L. MARAFIOTI, *Sezioni unite e tirannie tecnologiche: diritto di difesa, contraddittorio e "criptofonini"*, in *dirittodifesa.eu*, 18 settembre 2024. Secondo l'autore l'argomento delle Sezioni Unite sarebbe viziato da "tirannia tecnologica".

[56] Fatta salva la necessità del relativo bilanciamento con interessi quali la sicurezza nazionale o la segretezza dei metodi di indagine della polizia, infatti, occorre verificare se gli atti istruttori richiesti siano stati acquisiti nel rispetto delle garanzie procedurali che, anche alla luce del diritto interno (art. 268, commi 6, 7 e 8, c.p.p.), obbligano a mettere la difesa nelle condizioni di conoscere le modalità di acquisizione delle comunicazioni scambiate mediante il sistema Sky-ECC, per verificare la corrispondenza dei testi acquisiti in originale e dei testi decodificati, nonché la coincidenza delle utenze dei soggetti identificati come mittenti e destinatari. In questi termini: V. Virga, *Criptofonini e indagini digitali transfrontaliere su larga scala: un difficile equilibrio tra privacy, fairness processuale ed esigenze di repressione dei reati*, in *Il Foro italiano*, Vol./Nr. 10, 2024, col. 566-574

algoritmi di decriptazione; il principio di proporzionalità, segnatamente sotto il profilo della restrizione del segreto a quanto strettamente necessario alla salvaguardia degli interessi in questione; l'individuazione di misure di controbilanciamento alle restrizioni imposte alla difesa; la ricerca di riscontri esterni (anche se per situazioni non riconducibili all'art. 192, commi 3 e 4 c.p.p.).⁵⁷

Per concludere, gli sviluppi tecnologici applicati all'attività di indagine consentono certamente di oltrepassare i nuovi limiti – altrettanti avanzati dal punto di vista tecnico – creati dalla criminalità organizzata e non solo. Il rischio, però, è quello di concentrare l'attenzione sul dato probatorio anziché sulle modalità della sua acquisizione, soprattutto se particolarmente intrusive. Ciò si porrebbe in netto contrasto con quello che è il modello epistemologico seguito dal legislatore nel nostro codice di rito. Tuttavia, anche una chiusura netta all'utilizzabilità non sembra una soluzione auspicabile.

Ancora una volta il giudice non può “adagiarsi” sulle comodità garantite dai principi di diritto espressi dalla più pregevole giurisprudenza, ma è costantemente chiamato ad un bilanciamento degli interessi ritagliato sul singolo caso trattato. Non può, in ogni caso, negarsi che le questioni potranno costituire oggetto di nuovi rinvii pregiudiziali o ricorsi innanzi alla Corte EDU, considerato che le risposte già fornite frustano le aspettative di chi, in trepidante attesa, sperava nella delineazione di coordinate interpretative più nette. In particolare, ad avviso di chi scrive, sembra imprescindibile tornare sul problema dell'esercizio del diritto di difesa⁵⁸ e, dunque, sul contraddittorio nella formazione della prova, dal momento che l'opposizione del segreto per ragioni di sicurezza statale conduce, di fatto, ad un vicolo cieco, con limitazione di un'effettiva capacità di contestazione del dato probatorio. Il famoso bilanciamento tra gli interessi in gioco rischia di ridursi ad una partita unilaterale, con vincitore già decretato anche se non platealmente annunciato.⁵⁹

[57] M. DANIELE, *Oei e messaggi digitali già acquisiti all'estero. Riflessioni a partire dal caso Sky ECC*, in *Sist. Pen.*, 27 Marzo 2025.

[58] A. BARBIERI, *I limiti di utilizzabilità dei messaggi crittografati scaricati da un server estero ed acquisiti mediante ordine europeo di indagine*, in *Giurisprudenza Penale WEB*, 2023. L'autore osserva che la violazione del contraddittorio nella formazione della prova non si identifica con la violazione del diritto di difesa, intesa come violazione del diritto di partecipazione e assistenza tecnica dell'imputato, ma offre una garanzia ulteriore e più ampia rispetto alla formale partecipazione della parte o alla presenza del difensore. Il contraddittorio non attiene, infatti, alla garanzia di partecipazione e assistenza in sé dell'imputato o delle altre parti, ma al quomodo della formazione della prova che caratterizza il processo penale secondo un modello conforme alla costituzione e alla CEDU.

[59] Per prospettive iure condendo: O. MURRO, W. NOCERINO, *Più ombre che luci nelle sentenze delle Sezioni Unite in tema di criptofonini*, in *Penale diritto e procedura*, 21 Ottobre 2024

IL TEMPO, NEL TEMPO: LA DISCIPLINA INTERTEMPORALE DELLA PRESCRIZIONE DEL REATO ALL'INDOMANI DELLA RIFORMA CARTABIA

di Sara Prandi, *assegnista di ricerca presso l'Università degli Studi di Torino*

ABSTRACT: All'indomani della riforma Cartabia, quarta in meno di vent'anni in tema di prescrizione, la disciplina degli artt. 157 ss. c.p. è tornata al centro del dibattito giuridico, proponendo all'interprete l'ennesima questione di diritto intertemporale. A fronte del contrasto giurisprudenziale relativo al regime giuridico da applicare ai fatti commessi nel biennio 2017-2019, la risposta delle Sezioni unite non si è fatta attendere: assecondando l'orientamento maggioritario, la Corte ha stabilito l'applicabilità del regime di cui alla legge Orlando, con conseguente operatività della sospensione di diciotto mesi prevista al vecchio art. 159, comma 2, c.p. La netta presa di posizione del massimo consesso non sembra però aver chiuso definitivamente la partita: proprio sull'interpretazione offerta dalla Corte si è infatti soffermata criticamente la Corte d'Appello di Lecce, persuasa dell'illegittimità della scelta ermeneutica affermatasi nel diritto vivente. La parola passa dunque alla Corte costituzionale, chiamata a decidere della legittimità dell'interpretazione dei giudici della Cassazione rispetto agli artt. 3 e 25 Cost.

Sommario:

- 1. Introduzione: breve cronistoria di vent'anni di disciplina in materia di prescrizione.**
- 2. La prescrizione, tra tempo e diritto: la complessità della gestione intertemporale delle riforme.**
- 3. Un nuovo contrasto giurisprudenziale: le modifiche normative al regime della sospensione del processo.**
 - 3.1. L'intervento delle Sezioni Unite.**
 - 3.2. L'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale della Corte di Appello di Lecce: il diritto vivente è illegittimo?**
- 4. Conclusioni: regimi intertemporali, successione di leggi nel tempo e ragionevolezza.**

1. INTRODUZIONE: BREVE CRONISTORIA DI VENT'ANNI DI DISCIPLINA IN MATERIA DI PRESCRIZIONE

La disciplina della prescrizione ha rappresentato, negli ultimi decenni, uno dei temi più attenzionati dall'opinione pubblica, dalla politica e dagli studiosi di diritto penale e processuale⁶⁰; riformato quattro volte nel giro di meno di vent'anni, l'impianto complessivo della disciplina ha sollevato importanti questioni di principio, legate al bilanciamento tra esigenze di *enforcement* legale e garanzie dell'imputato⁶¹, ma anche spinose questioni applicative, talora accentuate proprio dalle numerose modifiche intercorse e dalla gestione – non sempre agevole – delle ricadute intertemporali delle stesse.

La “saga” della prescrizione inizia nel 2005: la disciplina degli artt. 157 ss. c.p., fino ad allora costruita su scaglioni di gravità, venne profondamente rivisitata dalla legge ex Cirielli⁶², che ancorò il sistema della prescrizione al massimo edittale previsto per il singolo reato, corredato da termini minimi e da un impianto articolato di cause di sospensione ed interruzione. Tale scelta si rivelò presto fallimentare: poiché ne discese, nel complesso, un abbassamento di molti dei termini prescrizionali, essa alimentò un sistema nel complesso incapace di gestire le pendenze processuali in tempi utili ad evitare il maturare della prescrizione, condannando a impunità anche reati di gravità non bagatellare⁶³.

Le conseguenze delle scelte operate dal legislatore del 2005 non tardarono a manifestarsi, riflettendosi nelle tendenze politico-criminali degli anni successivi: oltre a fare da volano per un generale inasprimento sanzionatorio, legato talora ai riflessi sulla disciplina della prescrizione più che da reali esigenze di prevenzione generale e speciale⁶⁴, tale scelta comportò anche la necessità di intervenire, più volte e puntualmente, a derogare il regime ordinario, ad esempio prevedendo il raddoppio dei termini relativamente a reati giudicati di particolare allarme sociale, e rispetto a cui, dunque, la prospettiva di un esito di proscioglimento per estinzione del reato non era tollerabile⁶⁵.

[60] L. SIRACUSA, *Oblio e memoria del reato nel sistema penale*, Torino, 2022; G. STEA, *L'ultima prescrizione. Storia, fondamento e disciplina della prescrizione del reato*, Milano, 2020; A. PECCIOLI, *La prescrizione del reato. Un istituto dall'incorreggibile polimorfismo*, Torino, 2019; EAD., *La prescrizione del reato tra presente e futuro*, Genova, 2017; C. MARINELLI, *Ragionevole durata e prescrizione del processo penale*, Torino, 2016; S. SILVANI, *Il giudizio del tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*, Bologna, 2009; F. GIUNTA - D. MICHELETTI, *Tempori cadere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003.

[61] Di un istituto «di carattere interstiziale, che lo rende, quasi naturalmente, uno spazio di soglia o di confine, luogo di incontro (e di scontro) fra differenti esigenze» parla T.E. EPIDENDIO, *Prescrizione, legalità e diritto giurisprudenziale: la “crisi” del diritto penale tra le Corti*, in *Diritto penale contemporaneo*, 28 settembre 2017, 2.

[62] L. 5 dicembre 2005, n. 251, con commento di F. GIUNTA, *Le innovazioni al sistema penale (apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251)*, Milano, 2006; A. SCALFATI (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva. Analisi della legge 5 dicembre 2005 n. 251 (“ex-Cirielli”)*, Padova, 2006; G. MARINUCCI, *La prescrizione riformata ovvero l'abolizione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 976 ss.

[63] Lo notava già G. MARINUCCI, *op. cit.*, 981, parlando al proposito di una vera «abolizione di fatto di norme centrali del sistema penale italiano, che minacciano si pene severe, ma che sarebbero minate dalla quasi certezza dell'impunità di chi le violi», destinata a generare un effetto criminogeno. Analoghe le preoccupazioni di E. Dolcini, *Le due anime della legge “ex Cirielli”*, in *Corr. Merito*, 2006, 55, dove si parla di «una vera e propria pietra tombale sull'auspicato recupero di certezza della pena: ai potenziali autori di reati la nuova legge trasmette infatti una rassicurante promessa di impunità».

[64] G.L. GATTA, *Sulla riforma della prescrizione del reato, bloccata dopo il giudizio di primo grado*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, 2347, dove si porta l'esempio emblematico dei reati in materia di corruzione.

[65] Tale regime derogatorio, previsto dalla riforma ex Cirielli all'art. 157, comma 6, c.p., è stato negli anni ampliato a più riprese: si vedano, in particolare, l'art. 1, comma 1, lett.c-bis), D.L. 23 maggio 2008, n. 92 (conv. L. 24 luglio 2008, n. 125); l'art. 4, comma 1, lett. a), della L. 1° ottobre 2012, n. 172; l'art. 1, comma 6, L. 22 maggio 2015, n. 68; l'art. 1, comma 3, lett. a), L. 23 marzo 2016, n. 41; l'art. 1, comma 4, L. 11 luglio 2016, n. 133. In dottrina, A. CAVALIERE, *op. cit.*, 15, dove si parla della «creazione di binari differenziati, *rectius* discriminatori, secondo tipi d'autore», riferendosi anche alla disciplina particolarmente severa per i recidivi.

Su tale sistema intervenne, nel 2017, la riforma Orlando⁶⁶, prevedendo una nuova causa di sospensione “processuale”⁶⁷, della durata di 18 mesi, destinata a scattare all’indomani della pronuncia di condanna di primo e secondo grado e funzionale a garantire una più efficiente gestione della macchina processuale nelle sue fasi maggiormente gravate dal carico di lavoro e di procedimenti: quelle dell’impugnazione.

Ben prima che si potesse saggiare l’effetto delle scelte operate nel 2017, la riforma Orlando fu però soppiantata da un nuovo intervento, ben più radicale e certamente più problematico. A distanza di soli due anni dall’approvazione della L. n. 103 del 2017, la riforma Bonafede⁶⁸ intervenne sostituendo, all’istituto di stasi momentanea configurato dalla riforma previgente, un differente tipo di sospensione, destinato a scattare all’indomani di qualsiasi sentenza – di condanna o di assoluzione – e con effetti proiettati nel tempo sino alla definitività della pronuncia del grado successivo: la sospensione *sine die* così introdotta pareva dunque assimilabile ad una cessazione vera e propria del decorso della prescrizione, più che al classico modello delle cause di stasi processuale di cui all’art. 159 c.p.

Ampiamente criticata in dottrina, tale scelta venne parzialmente corretta con il successivo rimaneggiamento normativo, anch’esso operato ad un solo biennio di distanza. Pur mantenendo la previsione della cessazione della prescrizione all’indomani della sentenza di primo grado, come previsto dal neo-nato art. 161-bis c.p., la riforma Cartabia⁶⁹ affiancò a tale istituto l’innovativa prospettiva dei termini di fase che, a pena di improcedibilità *ex art. 344-bis c.p.p.*, presidiano appello e cassazione, scongiurando così il rischio di eterni giudicabili⁷⁰ cui aveva dato origine la riforma precedente.

Il rapido avvicinarsi delle riforme citate, spesso intervallate da un tempo insufficiente a “testare” la bontà delle modifiche poste in essere⁷¹, ha sollevato negli anni numerose criticità, legate non solo al giudizio di opportunità politica dei continui rimaneggiamenti della disciplina, ma anche alle ricadute applicative delle modifiche stesse: dinnanzi ad un istituto pensato per dar forma giuridica al fenomeno naturale del decorso del tempo e connotato da tratti sostanziali che giustificano l’applicabilità dello statuto delle garanzie dello *ius puniendi*⁷², la prospettazione di problematiche che attengono all’avvicendamento di leggi penali successive sembra destinato a complicare, inevitabilmente, la già delicata gestione applicativa degli artt. 157 ss. c.p.

[66] Legge 23 giugno 2017, n. 103, con commento di S. ZIRULIA, *La riforma della prescrizione del reato*, in *Dir. pen. cont.*, 17 dicembre 2018 nonché, prima dell’approvazione della stessa, G. SPANGHER, *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 1, 88 ss.

[67] Di una parziale «processualizzazione» della prescrizione ha parlato D. BIANCHI, *Limitless. Prescrizione e pretesa punitiva*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2020, 2, 88.

[68] Legge 9 gennaio 2019, n. 3, su cui si vedano A. CAVALIERE, *Le norme ‘spazzaprescrizione’ nella L. n. 3/2019*, in *Leg. pen.*, 12 febbraio 2020; G. LOSAPPIO, *Il congedo dalla prescrizione nel processo penale*. Tempus fu(g)it, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 7-8, 8 ss.; V. MANES, *Sulla riforma della prescrizione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 557 ss.; R. BARTOLI, *Le modifiche alla disciplina della prescrizione: una sovversione dei principi*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 900 ss.; P. FERRUA, *La prescrizione del reato e l’insostenibile riforma ‘Bonafede’*, in *Giur. Pen.*, 2020, 978 ss.

[69] Legge 27 settembre 2021, n. 134 su cui, per tutti, B. ROMANO - A. MARANDOLA (a cura di), *La riforma Cartabia. La prescrizione, l’improcedibilità e le altre norme immediatamente precettive*, Pisa-Napoli, 2021; D. BIANCHI, *Le modifiche al codice penale immediatamente precettive: prescrizione del reato e sospensione condizionale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2021, 1468 ss.

[70] Di un «ergastolo processuale» parlava già G. FIANDACA, *Più efficienza, più garanzie. La riforma della giustizia penale secondo la Commissione Lattanzi*, in *Sist. Pen.*, 21 giugno 2021.

[71] Criticamente, sul punto, G.L. GATTA – M. GIALUZ, *Prescrizione e improcedibilità: l’ennesima riforma e dieci verità nascoste*, 6 novembre 2023, dove si legge che «con la riforma Bonafede fu compiuto, sul piano del metodo, un grave errore che ora si sta ripetendo un’altra volta: abrogare una riforma prima di averne compiutamente misurato gli effetti».

[72] M. PELISSERO, *La prescrizione tra garanzie sostanziali e processo*, in M. Catenacci - V. Nico D’Ascola - R. Rampioni (a cura di), *Studi in onore di Antonio Fiorella*, 2021, 775 ss.

2. LA PRESCRIZIONE, TRA TEMPO E DIRITTO: LA COMPLESSITÀ DELLA GESTIONE INTERTEMPORALE DELLE RIFORME

La storia recente della prescrizione dimostra con grande evidenza la difficoltà gestoria che emerge nel confronto con l'istituto che, più di ogni altro nel diritto penale, esprime l'ambizione a disciplinare gli effetti giuridici del decorso del tempo; non è un caso che proprio tale disciplina abbia sollevato più volte il problema dell'irrinunciabilità del canone di irretroattività sfavorevole e dei limiti alla retroattività *in mitior* rispetto ad un istituto che, pur calato nel contesto processuale e condizionato dalle vicende endo-procedimentali, nondimeno conserva natura sostanziale e risponde ai principi di garanzia del diritto penale.

La mente corre, naturalmente, alla storica saga-Taricco⁷³, dove il valore dell'art. 25 Cost. rappresentò il contro-limite ventilato dalla Corte costituzionale per opporsi ad una lettura – quella avanzata invece dalla Corte di Giustizia⁷⁴ – tale da imporre una applicazione retroattiva ed inattesa del regime di prescrizione di particolari reati, lesivi degli interessi finanziari dell'Unione Europea⁷⁵. Ma si pensi ancora, più di recente, alla dibattuta questione della applicabilità retroattiva della sospensione emergenziale durante la pandemia da Covid-19⁷⁶, dove invece la Consulta ha ammesso la legittimità dell'operazione insistendo sulla interazione tra regole generali e previsione emergenziale, quest'ultima destinata a innescarsi, come per opera di un rinvio mobile, sull'art. 159 c.p., e dunque su una disposizione già vigente all'epoca dello scoppio della pandemia: di qui l'affermazione che tale ipotesi sospensiva, di durata particolarmente contenuta e giustificata in nome della salvaguardia di valori fondamentali come la salute pubblica, non configurasse una violazione del principio di irretroattività sfavorevole.

Se, già in termini generali, la prescrizione ha interrogato sovente gli interpreti e i vari attori ad ogni livello istituzionale nell'interpretazione – e nell'esatta applicazione – delle garanzie penalistiche, la complessità del quadro regolatorio appare destinata ad aumentare laddove la disciplina preveda, come non di rado accade, un particolare regime transitorio, funzionale a semplificare il passaggio da una regolamentazione ad un'altra, ma talora fonte di dubbi interpretativi e di legittimità *tout court* delle disposizioni introdotte.

Già con l'approvazione della legge ex-Cirielli, invero, il tema dell'ampiezza delle garanzie costituzionali

[73] A. BERNARDI - G. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, Napoli, 2017.

[74] CGUE, Grande Sezione, 8 settembre 2015, causa C-105/14, con commento di F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di Iva?*, in *Dir. pen. cont.*, 14 settembre 2015; G. CIVELLO, *La sentenza "Taricco" della Corte di Giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato*, in *Arch. pen.*, 2015, 3; G. SALCUNI, *Legalità europea e prescrizione del reato*, in *Arch. pen.* 2015, 3; V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione del sistema": le ragioni dei controlimiti*, in *Dir. pen. proc.*, 6 maggio 2016; M. SERRAINO, *Non ogni giorno che passa è un giorno che si aggiunge al libro dell'oblio. La Corte di Giustizia disvela la doppiezza della disciplina interna in materia di prescrizione*, in *Leg. pen.*, 22 ottobre 2015.

[75] Corte cost., n. 24 del 2017, con commento di A. MASSARO, *La risposta della Corte costituzionale alla (prima) sentenza Taricco tra sillogismi incompiuti e quesiti retorici*, in *Giur. pen.*, 2017, 3; D. PULITANÒ, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 1, 228 ss.; V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a Taricco (note minime sull'ordinanza n. 24 del 2017)*, in A. BERNARDI - G. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, cit., 207 ss. La presa di posizione della Corte costituzionale italiana fu poi seguita dalla sentenza CG.UE, Grande Sezione, 5 dicembre 2017, causa C-42/17, con commento di A. MASSARO, *Taricco 2 – Il ritorno (sui propri passi?)*. *I controlimiti come questione che "spetta ai giudizi nazionali": cambiano i protagonisti, ma la saga continua*, in *Giur. pen.*, 2017, 12 e poi chiusa definitivamente da Corte cost., n. 115 del 2018, con nota di C. Cupelli, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo 'certo'*, in *Dir. pen. cont.*, 4 giugno 2018.

[76] Corte cost. n. 278 del 2020, con commento di G.L. GATTA, *Emergenza Covid e sospensione della prescrizione del reato: la Consulta fa leva sull'art. 159 c.p. per escludere la violazione del principio di irretroattività ribadendo al contempo la natura sostanziale della prescrizione, coperta dalla garanzia dell'art. 25, co. 2 Cost.*, in *Sist. pen.*, 26 dicembre 2020; D. MARTIRE - T. PISTONE, *Tempo della punizione e garanzie costituzionali. La sospensione della prescrizione al vaglio della Consulta*, in *Arch. pen.*, 2020, 3; O. MAZZA, *La Corte, la prescrizione e la fallacia del risultato utile*, in *Arch. pen.*, 2021, 1; N. MADIA, *La Corte costituzionale salva la disciplina in materia di sospensione della prescrizione prevista dalla legislazione anti Covid-19*, in *Giur. pen.*, 2020, 12; A. MASSARO, *La sospensione della prescrizione e il principio di irretroattività della legge penale alla prova dell'emergenza Covid-19: le questioni di legittimità costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 6.10.2020, 160 ss.

da riconoscere al regime intertemporale della prescrizione fu invocato, censurando in particolare la scelta legislativa di escludere dall'applicazione della nuova disciplina tutti i processi già pendenti, in grado di appello o dinnanzi alla Corte di cassazione, o ancor quelli per cui vi fosse stata dichiarazione di apertura del dibattimento.

La questione, come noto, fu poi risolta dalla Corte costituzionale⁷⁷ riconoscendo che la retroattività favorevole, quale principio che si attaglia sull'art. 3 Cost., è regola generale dell'ordinamento che può conoscere deroghe, da considerarsi legittime in presenza di interessi contrapposti meritevoli di considerazione: di qui l'illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui riferiva all'apertura del dibattimento – dunque ad un momento non presente in tutti i procedimenti e al quale il legislatore non riconosce rilevanza interruttiva ai sensi dell'art. 160 c.p. – l'effetto di preclusione alla retroattività favorevole, stante l'assenza di un motivo ragionevole che giustificasse la deroga all'art. 2 c.p.

Sulla base del medesimo ragionamento, ma pervenendo ad una soluzione opposta, la Corte ha in seguito dichiarato infondate le censure riferite, questa volta, al limite dei procedimenti pendenti in appello o cassazione⁷⁸: in tale sbarramento la Consulta ha infatti ravvisato una deroga ragionevole alla retroattività favorevole, funzionale alla tutela di meritevoli esigenze processuali e comunque legata al «fatto oggettivo e inequivocabile che processi di quel tipo siano in corso ad una certa data»⁷⁹.

Anche all'indomani della riforma Cartabia, del resto, la giurisprudenza ha dovuto affrontare il problema della legittimità del regime intertemporale previsto all'art. 2, comma 3, della L. n. 134 del 2021⁸⁰: nell'individuare nel 1° gennaio 2020 la data a far corso dalla quale si sarebbe dovuta applicare la disciplina delle cause di improcedibilità, la disciplina fece di tale data un vero e proprio spartiacque rispetto al passato, con conseguente sbarramento nell'applicabilità retroattiva delle nuove norme rispetto a reati commessi in un momento precedente.

All'epoca, ad ogni modo, la Cassazione fu piuttosto netta nel rigettare le censure che ventilavano una possibile violazione del principio costituzionale di retroattività favorevole, ritenendo in particolare che la stessa fosse frutto di una scelta discrezionale del legislatore compatibile con l'art. 3 Cost.: tale previsione appariva non solo giustificata da un'esigenza di coordinamento con la riforma previgente, che alla medesima data aveva postergato l'entrata in vigore della nuova disciplina, ma anche complessivamente ragionevole, in quanto necessaria per garantire l'introduzione graduale dell'istituto e consentire così l'organizzazione degli uffici giudiziari⁸¹.

[77] Corte cost. n. 393 del 2006, con nota di D. PULITANO, *Deroghe alla retroattività in mitius nella disciplina della prescrizione*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 197-198 ss.; S. ARDIZZONE, *Limiti all'applicabilità dei nuovi termini di prescrizione ed illegittimità costituzionale*, *ivi*, 203 ss.; G. DODARO, *Disciplina della prescrizione e retroattività della norma penale più favorevole*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1135.

[78] Corte cost. n. 78 del 2008, relativamente alla violazione del parametro costituzionale di cui all'art. 3 Cost., poi riconfermata dalla sentenza n. 236 del 2011, in relazione anche agli artt. 117 Cost. e 7 CEDU, così come interpretato dalla Corte EDU nella sentenza Scoppola c. Italia.

[79] Corte cost. n. 78 del 2008, in cui poi la Corte aggiunge che «la circostanza che nel processo sia stata pronunciata una sentenza (di primo grado) è significativamente correlata all'istituto della prescrizione, come si desume dall'art. 160 cod. pen. che considera rilevante ai fini della prescrizione la sentenza (oltre il decreto di condanna ed altri atti processuali)».

[80] «Le disposizioni di cui al comma 2 del presente articolo si applicano ai soli procedimenti di impugnazione che hanno a oggetto reati commessi a far data dal 1° gennaio 2020».

[81] Cass. Pen., Sez. VII, 19 novembre 2021, n. 43883, con nota di O. MAZZA, *Prasseologia dell'inammissibilità (brevi note a margine della prima pronuncia di legittimità sulla disciplina intertemporale dell'art. 344-bis c.p.p.)*, in *Arch. Pen.*, 2021, 3 e P. FERRUA, *Regime temporale della improcedibilità e rapporto con l'inammissibilità: la Cassazione detta le regole*, in *Cass. Pen.*, 2022, 146 ss. nonché Cass. Pen., Sez. III, 17 gennaio 2022 (ud. 14 dicembre 2021), n. 1567; Cass. pen. Sez. V, 10 gennaio 2022, n. 334, con nota di M. DANIELE, *La limitata retroattività "in bonam partem" dell'improcedibilità dell'impugnazione*, in *Cass. pen.*, 2022, 1031 ss.; Cass. pen., Sez. V, 6 luglio 2022, n. 43624.

3. UN NUOVO CONTRASTO GIURISPRUDENZIALE: LE MODIFICHE NORMATIVE AL REGIME DELLA SOSPENSIONE DEL PROCESSO

Se la storia recente della prescrizione ben dimostra la particolare complessità che si cela dietro la gestione delle conseguenze intertemporali della disciplina della prescrizione, tale assunto pare oggi ulteriormente confermato dall'insorgenza di un ulteriore contrasto interpretativo, relativo questa volta alle norme applicabili ai reati commessi in un preciso orizzonte temporale – dall'agosto del 2017 alla fine di dicembre 2019 – in precedenza regolato dalla legge Orlando e poi modificato dalla riforma Bonafede, sino all'intervento abrogativo della riforma Cartabia, della cui ampiezza ci si trova ora a discutere⁸².

Il fulcro delle riforme che si sono succedute dal 2017 in avanti, nonché del contrasto interpretativo manifestatisi all'indomani dell'ultima modifica al regime della prescrizione, attiene, in modo particolare, alla disciplina della sospensione. Istituto anfibio, a metà tra processo e sostanza, a cui però pacificamente la giurisprudenza, anche costituzionale⁸³, riconosce effetti sostanziali e piena applicabilità delle garanzie penalistiche, alle cause di sospensione è da sempre attribuita la funzione di raccordo con il procedimento e con le sue fisiologiche stasi: alle varie «ipotesi di forzata inattività dell'autorità giudiziaria»⁸⁴ la legge associa, per il tramite della disciplina dell'art. 159 c.p., altrettante parentesi nel computo della prescrizione, che torna a decorrere da dove si era interrotta al venir meno della causa della sospensione.

Si tratta di un congegno del tutto coerente con la logica che fonda l'estinzione del reato per decorso dei termini di prescrizione: poiché la *ratio* dell'istituto si appunta sull'effetto che il lungo tempo trascorso dal fatto produce sull'attualità dell'interesse statale a perseguirlo, è del tutto fisiologico che non rilevino, nel calcolo relativo al termine necessario a estinguere il reato, i tempi "morti", di stasi forzata, che impediscono l'esercizio delle prerogative processuali senza tuttavia obliterare l'interesse statale alla punizione del fatto⁸⁵.

Così si spiega, dunque, la disciplina dell'art. 159 c.p.; ed è proprio su tale norma – e in particolare sul modo in cui le varie riforme ne hanno modificato il testo – che si appunta il nodo problematico della questione emersa all'indomani dell'approvazione della legge Cartabia, oggetto di decisione da parte delle Sezioni Unite della Cassazione e presto all'esame della Consulta. Sul punto, l'evoluzione normativa tratteggiata nei paragrafi precedenti ha già evidenziato il ruolo, via via più significativo, che le cause di sospensione – in particolare quelle previste all'indomani della pronuncia di primo grado – hanno assunto nell'impianto complessivo della disciplina della prescrizione. È però importante soffermarsi ora a considerare, per le ragioni che si illustreranno, anche *come* tale evoluzione si è realizzata.

Si è già ricordato che, nell'avvicendamento di regimi normativi dell'ultimo ventennio, fu *in primis* la legge Orlando ad incidere significativamente sull'istituto della sospensione, al fine di ridurre l'effetto prescrittivo che, soprattutto in sede di appello e cassazione, comprometteva l'effettività del sistema della giustizia penale. La disciplina della nuova causa temporanea di sospensione fu introdotta, in particolare, agli artt. 159, commi 2, 3 e 4 c.p.: al comma secondo era prevista la nuova ipotesi di sospensione, fino ad un massimo di 18 mesi, successivi alla condanna in primo e secondo grado, mentre i seguenti capoversi erano dedicati, rispettivamente

[82] Sul contrasto si vedano, in dottrina, E. CORVAGLIA, "Prescrizione e l. Orlando: contrasti in Cassazione o semplice svista?", in *Giurisprudenza Penale Web*, 2024, 6 e G. BIONDI, *La successione delle leggi n. 103/2017 (c.d. legge Orlando), n. 3/2019 (c.d. legge spazzacorrotti o Bonafede), n. 134/2021 (c.d. riforma Cartabia) in materia di prescrizione: quando si prescrivono i reati commessi dopo l'entrata in vigore della legge n. 103/2017?*, in *Sist. Pen.*, 11 giugno 2024.

[83] La Corte costituzionale ha più volte affermato che, tra gli aspetti inerenti alla punibilità, «indubbiamente, rientrano quelli inerenti la disciplina della prescrizione e dei relativi atti interruttivi o sospensivi» (*ex plurimis*, sent. n. 324 del 2008 e n. 394 del 2006 e ord. n. 65 del 2008, n. 34 del 2009 e 204 del 2009).

[84] G. MARINUCCI, *op. cit.*, 983.

[85] P. PISA, *Prescrizione*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986, 89. In giurisprudenza, Cass. pen., 18 giugno 1971, Malavasi, in *Riv. giur. it.*, 1972.

In giurisprudenza, Cass. pen., 18 giugno 1971, Malavasi, in *Riv. giur. it.*, 1972.

te, al computo del periodo di sospensione in caso di assoluzione in uno dei gradi successivi del giudizio e al rapporto tra sospensione processuale ed ulteriori cause di sospensione⁸⁶.

Nel 2019, la riforma Bonafede intervenne su tale impianto abrogando il terzo e quarto comma e modificando il secondo, che venne a stabilire che «[i]l corso della prescrizione rimane altresì sospeso dalla pronuncia della sentenza di primo grado o del decreto di condanna fino alla data di esecutività della sentenza che definisce il giudizio o dell'irrevocabilità del decreto di condanna»: quella che era stata ipotizzata come una parentesi di tempo predeterminata, all'indomani della condanna dell'imputato, venne di fatto trasformata in una sospensione *sine die*, destinata oltretutto a scattare per qualsiasi sentenza, anche di assoluzione.

Su tale quadro normativo si è inserita, da ultimo, la riforma Cartabia: oltre a coniare le nuove ipotesi di cessazione della prescrizione *ex art. 161-bis c.p.* e improcedibilità *ex art. 344-bis c.p.p.*, la L. n. 134 del 2021 è intervenuta abrogando il comma 2 dell'art. 159 c.p., dove la prospettiva della sospensione all'infinito trovava riconoscimento.

Di qui, nondimeno, l'insorgenza di un significativo dubbio interpretativo: nell'abrogare l'art. 159, comma 2, c.p., dove era contenuta la disciplina della sospensione *sine die* della legge Bonafede, il legislatore del 2021 avrebbe operato una totale abrogazione della norma, destinata a investire anche la versione previgente della stessa, con conseguente reviviscenza, per i fatti commessi dal 2017 al 2019, del regime tradizionale della *ex Cirielli*? Oppure, viceversa, l'abrogazione del 2021 avrebbe colpito l'art. 159, comma 2, c.p. limitatamente alla sua ultima versione, lasciando dunque sopravvivere, per i fatti commessi prima del 2019, il regime della sospensione processuale *à la Orlando*, disciplinato dalla medesima norma nella sua versione anteriore?

Rispetto al passato, è evidente che il tema si complica oggi in considerazione dell'effetto prodotto non da una, bensì da una pluralità di modifiche normative in rapida sequenza: la successione intertemporale determinata dal soppiantarsi di discipline differenti sul fronte regolatorio del fenomeno solleva infatti problemi di natura interpretativa, relativi, prima ancora che alle regole che governano la successione di norme penali nel tempo, alla stessa interpretazione della legge, dei suoi effetti abrogativi e della volontà legislativa di introdurre un regime provvisorio, a fare da "cuscinetto" tra la disciplina previgente e quella successiva.

Lungi dal rappresentare una mera disputa teorica, la soluzione della questione appare di rilievo potenzialmente determinante per numerosi procedimenti ancora pendenti nelle corti italiane: ove si accogliesse la prima tesi, l'assenza di una sospensione successiva alla condanna di primo grado porterebbe a ritenere superati, in molti casi, i termini di prescrizione, i quali viceversa risulterebbero ancora non scaduti laddove la disciplina della sospensione processuale di 18 mesi si trovasse ad operare. Dinnanzi all'acceso contrasto giurisprudenziale levatosi, all'indomani della riforma, tra sostenitori dell'una e fautori dell'altra tesi, le Sezioni Unite sono presto intervenute a dirimere il conflitto.

[86] A mente dei quali «2. Il corso della prescrizione rimane altresì sospeso nei seguenti casi:

1) dal termine previsto dall'articolo 544 del codice di procedura penale per il deposito della motivazione della sentenza di condanna di primo grado, anche se emessa in sede di rinvio, sino alla pronuncia del dispositivo della sentenza che definisce il grado successivo di giudizio, per un tempo comunque non superiore a un anno e sei mesi;

2) dal termine previsto dall'articolo 544 del codice di procedura penale per il deposito della motivazione della sentenza di condanna di secondo grado, anche se emessa in sede di rinvio, sino alla pronuncia del dispositivo della sentenza definitiva, per un tempo comunque non superiore a un anno e sei mesi.

3. I periodi di sospensione di cui al secondo comma sono computati ai fini della determinazione del tempo necessario a prescrivere dopo che la sentenza del grado successivo ha prosciolto l'imputato ovvero ha annullato la sentenza di condanna nella parte relativa all'accertamento della responsabilità o ne ha dichiarato la nullità ai sensi dell'articolo 604, commi 1, 4 e 5-bis, del codice di procedura penale

4. Se durante i termini di sospensione di cui al secondo comma si verifica un'ulteriore causa di sospensione di cui al primo comma, i termini sono prolungati per il periodo corrispondente».

3.1 L'intervento delle Sezioni Unite

Chiamate a decidere «se la disciplina della sospensione della prescrizione di cui all'art. 159, commi secondo, terzo e quarto, cod. pen., nel testo introdotto dalla legge 23 giugno 2017, n. 103, sia stata totalmente abrogata dall'art. 2, comma 1, lett. a), legge n. 134 del 2021, oppure se essa sia vigente e continui a operare per i reati commessi dal 3 agosto 2017 al 31 dicembre 2019», le Sezioni Unite muovono anzitutto dalla ricostruzione dei vari orientamenti emersi all'indomani della riforma Cartabia sul punto.

Un primo indirizzo giurisprudenziale, maggioritario⁸⁷, si appuntava sulla necessità di applicare, ai reati commessi tra il 2017 e il 2019, il regime della sospensione processuale creato dalla legge Orlando, sul presupposto che lo stesso non sarebbe stato inciso dall'ultimo intervento abrogativo, ad opera della legge Cartabia. Tale interpretazione poggiava, in particolare, sulla disciplina della legge n. 3 del 2019 che, postergando l'operatività del nuovo regime al 1° gennaio 2020, avrebbe determinato la creazione di un regime autonomo, tra il 3 agosto 2017 e il 31 dicembre 2019, regolato appunto dalla disciplina della legge Orlando e destinato a riprendere vigore quale effetto della caducazione della sospensione *sine die*.

L'indirizzo opposto, minoritario nella giurisprudenza di legittimità ma a cui avevano aderito alcuni giudici di merito⁸⁸ e parte della dottrina⁸⁹, riteneva invece che ai reati commessi nel periodo indicato si dovesse applicare «per il principio di retroattività della norma penale più favorevole, la disciplina prevista dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251, che non prevedeva la causa di sospensione del corso della prescrizione durante il tempo di celebrazione del giudizio di appello e di cassazione, introdotta all'art. 159, comma secondo, cod. pen. dal disposto di cui all'art. 1, comma 11, lett. b), legge 23 giugno 2017, n. 103 e, poi, esplicitamente abrogata dall'art. 2, comma 1, lett. a), legge 27 settembre 2021, n. 134, con conseguente “reviviscenza” del regime prescrizionale antecedente»⁹⁰.

Il predetto art. 2 legge n. 134 del 2021 avrebbe dunque abrogato esplicitamente la causa di sospensione del corso della prescrizione di cui all'art. 159, secondo comma, cod. pen., così facendo rivivere la disciplina previgente, in cui tale sospensione “processuale” era assolutamente sconosciuta, «con l'effetto che, nella comparazione fra le due discipline - quella vigente al momento della commissione del fatto e quella successiva, come conseguente all'abrogazione dell'art. 159, secondo comma, cod. pen. - l'applicazione nei suddetti sensi della norma più favorevole al fatto commesso sotto la vigenza della causa di sospensione di cui all'art. 159, secondo comma, cod. pen., come introdotta dalla legge n. 103 del 2017, disposizione ritenuta espressamente abrogata, determina l'eliminazione del segmento temporale di sospensione del corso della prescrizione inserito dalla legge n. 103 del 2017»⁹¹.

Intervenute a risolvere il contrasto, le Sezioni Unite hanno accolto la posizione maggioritaria affermando il principio di diritto secondo cui «la disciplina della sospensione del corso della prescrizione di cui all'art. 159 c.p., nel testo introdotto dalla legge n. 103 del 2017, si applica ai reati commessi nel tempo di vigenza della legge stessa, ovvero dal 3 agosto 2017 al 31 dicembre 2019, non essendo stata abrogata con effetti retroattivi dalla legge n. 3 del 2019, prima, o dalla legge n. 134 del 2021,

[87] Tra le altre, Cass. pen., Sez. IV, 13 marzo 2024, n. 10483; Cass. pen., Sez. I, 22 gennaio 2024 (ud. 29 settembre 2023), n. 2629; Cass. pen., Sez. VII, 16 aprile 2024, n. 15729; Cass., Sez. IV, 16 luglio 2024, n. 28474.

[88] Così, ad esempio, nella sentenza del Corte di appello di Bari che ha dato origine alla pronuncia delle Sezioni unite in commento (Cass., sez. un., 5 giugno 2025 (ud. 12 dicembre 2024), n. 20989).

[89] G. BIONDI, *op. cit. Contra*, E. CORVAGLIA, *op. cit.*

[90] Cass. pen., Sez. III, 27 febbraio 2024, n. 18873, ripresa in seguito da Cass. pen., Sez. III, 8 maggio 2024, n. 33156 e Cass. pen., Sez. V, 10 settembre 2024, n. 39725.

[91] Cass., Sez. Un., 5 giugno 2025 (ud. 12 dicembre 2024), n. 20989.

poi, mentre per i reati commessi dall'1 gennaio 2020 si applica la disciplina posta a sistema dalla legge n. 134 del 2021»⁹².

Il fulcro dell'argomentazione della Corte muove dall'interpretazione da offrire alla clausola contenuta nell'art. 1, comma 2, della legge n. 3 del 2019, a mente del quale le nuove disposizioni “entrano in vigore dal 1° gennaio 2020”: dizione che implicherebbe la creazione di «un vero e proprio regime transitorio, preclusivo del raffronto fra la disciplina con essa introdotta e quelle pregresse»⁹³.

Ne sarebbe prova anche la «forte divaricazione temporale»⁹⁴, ben più marcata di quella che sarebbe stata necessaria per garantire l'effettiva conoscibilità del nuovo regime, tra approvazione della legge e entrata in vigore della stessa: la postergazione nel tempo dell'efficacia della legge sarebbe dunque da intendersi come indizio della *voluntas legis* di istituire un frammento temporale autonomamente regolato, nella vigenza del quale intervenire con le riforme strutturali necessarie al fine di adattare il nuovo sistema della prescrizione alla inedita causa sospensiva della stessa⁹⁵ e alla disciplina «totalmente innovativa del regime sospensivo del decorso del termine prescrizionale [...] deteriore rispetto a qualsiasi altra regolamentazione della materia avvicendatasi in precedenza»⁹⁶.

Nonostante il proposito del legislatore sia poi fallito, non essendosi realizzata quella riforma di sistema che avrebbe dovuto accompagnare la nuova disciplina della sospensione *sine die*, tale volontà avrebbe determinato la coesistenza, all'indomani dell'approvazione della riforma Bonafede, di due differenti regimi: il primo, destinato a disciplinare i reati commessi fino al 31 dicembre 2019, e il secondo, riferito ai soli reati commessi dal 1° gennaio 2020. Solo su quest'ultimo sarebbe in seguito intervenuto, con la L. n. 134 del 2021, il legislatore, determinando l'abrogazione della norma esclusivamente nella parte in cui essa disciplinava il regime applicabile ai reati successivi al 2020.

La Corte ritiene dunque che «la legge n. 3 del 2019 abbia dettato nuove disposizioni in materia di prescrizione soltanto per i reati commessi a decorrere dal 1° gennaio 2020, essendosi estrinsecata la corrispondente *voluntas legis* nel senso che le nuove norme non producano alcun effetto in relazione ai reati commessi prima della suddetta data. Di conseguenza, per il periodo intercorso fra il 3 agosto 2017 (data di entrata in vigore della legge n. 103 del 2017) e il 31 dicembre 2019 il regime della sospensione della prescrizione dei reati continua ad essere regolato dalle norme dettate da quest'ultima fonte, così prefigurandosi il relativo regime transitorio, di per sé preclusivo della giuridica possibilità di dare attuazione al principio di retroattività della legge più favorevole»⁹⁷.

3.2 L'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale della Corte di Appello di Lecce: il diritto vivente è illegittimo?

L'intervento delle Sezioni unite, a soluzione del contrasto emerso nella giurisprudenza, non sembra aver chiuso definitivamente la partita; al contrario, proprio sull'approdo giurisprudenziale – *rectius* sulla sua illegittimità – insiste una recente ordinanza con cui la Corte di Appello di Lecce ha sollevato questione di legittimità costituzionale relativamente alla interpretazione offerta dalla Cassazione in relazione all'applicabilità, ai reati commessi tra il 2017 e il 2019, del regime di cui alla legge Orlando.

[92] Cass., Sez. Un., 5 giugno 2025 (ud. 12 dicembre 2024), n. 20989.

[93] Cass., Sez. Un., 5 giugno 2025 (ud. 12 dicembre 2024), n. 20989.

[94] Cass., Sez. Un., 5 giugno 2025 (ud. 12 dicembre 2024), n. 20989.

[95] Di un «anno sabbatico», necessario per «approvare le riforme necessarie ad imprimere maggiore “velocità” alla giustizia penale» parla G. LOSAPPIO, *op. cit.* 13.

[96] Cass., Sez. Un., 5 giugno 2025 (ud. 12 dicembre 2024), n. 20989.

[97] Cass., Sez. Un., 5 giugno 2025 (ud. 12 dicembre 2024), n. 20989.

Muovendo dalla considerazione della natura di “diritto vivente” dell’approdo giurisprudenziale, proprio in virtù della sua provenienza dalle Sezioni unite, il giudice rimettente contesta che tale interpretazione contrasti con gli artt. 3 e 25, comma 2, Cost., in violazione del principio supremo di legalità. Da una parte, infatti, la soluzione offerta dalle Sezioni unite «costituirebbe interpretazione non in linea con il significato letterale delle norme», in ciò violando l’art. 25, comma 2, Cost.; dall’altra, essa contrasterebbe anche con l’art. 3 Cost. «poiché produttiva di un regime transitorio non previsto dalla legge ed irragionevole, in quanto generante effetti *in malam partem* per l’imputato». Nello specifico, si legge in motivazione che, «a fronte di significati letterali, chiari e precisi, della norma penale [...] non è consentito [...] formulare interpretazioni *in malam partem* a sfavore dell’imputato, generative di regimi transitori non previsti dalla legge e che irragionevolmente impediscono l’efficacia retroattiva di una norma di favore»⁹⁸.

La questione si iscrive nel dibattito relativo alla sindacabilità del diritto vivente da parte della Corte costituzionale, tema da tempo al centro del dibattito dottrinale⁹⁹ e che la questione odierna chiaramente ri-attualizza: alla funzione nomofilattica della Cassazione, cui spetta l’interpretazione della legge, si contrappone ed affianca la competenza della Corte costituzionale a vagliare la compatibilità costituzionale degli approdi ermeneutici raggiunti dal diritto vivente¹⁰⁰, quand’anche – come nel caso di specie – essi siano espressione del massimo consenso¹⁰¹. Dinanzi ad un orientamento consolidato, del resto, non vi sarebbe altra via per sindacare il significato, contrario a Costituzione, che il diritto vivente abbia voluto assegnare al testo normativo: la differente interpretazione propugnata dal giudice *a quo* «si esporrebbe con ogni probabilità a un radicale *overruling* nei successivi gradi di giudizio»¹⁰².

È nel merito, però, che l’impostazione del giudice rimettente non sembra da condividere. La Corte d’Appello critica la soluzione della Cassazione tacciandola per un’operazione solo apparentemente interpretativa; sotto le mentite spoglie di una legittima scelta ermeneutica si nasconderebbe invece la creazione *tout court* di una disciplina transitoria per legge inesistente, con conseguente violazione dell’art. 25 Cost.

In realtà, non solo la soluzione sposata dalla Cassazione non sembra trascendere i limiti dell’interpretazio-

[98] Corte di appello di Lecce, Sez. I pen., ord. 11 luglio 2025.

[99] Sul tema, *ex multis*, G. AMOROSO, *Diritto vivente e nomofilachia*, in *Giur. cost.*, 2024, 317 ss.; C. CHIARELLO, *Ancora in tema di diritto vivente: una rinnovata complicità istituzionale tra Corte costituzionale e Corte di cassazione*, *ivi*, 381 ss.; J. FERRACUTI, *La Corte costituzionale e il “diritto vivente”. Dove stiamo andando?*, *ivi*, 401 ss.; F. VIGANÒ, *Corte costituzionale, Corte di cassazione e diritto vivente*, *ivi*, 469 ss., nonché ID., *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *Sist. pen.*, 19 gennaio 2021.

[100] F. VIGANÒ, *Corte costituzionale, Corte di cassazione*, cit., 475. Come più volte ribadito dalla stessa Corte costituzionale, dinanzi ad un diritto consolidato «il giudice *a quo*, se pure è libero di non uniformarsi e di proporre una sua diversa esegesi, ha, alternativamente, la facoltà di assumere l’interpretazione censurata in termini di “diritto vivente” e di richiederne su tale presupposto il controllo di compatibilità con i parametri costituzionali»: v. Corte cost., sentenze n. 95 del 2020; n. 39 del 2018, n. 259 del 2017 e n. 200 del 2016.

[101] In passato, la Corte si è pronunciata più volte circa la possibilità, per le sezioni semplici che non intendano aderire all’indirizzo espresso dalle Sezioni Unite, di non interpellarle nuovamente (come gli artt. 374, comma 3, c.p.c. e 618, comma 1-*bis* c.p.p., rispettivamente in materia civile e penale, vorrebbero), ma di sollevare questione di legittimità costituzionale della norma, frutto dell’unione tra testo e interpretazione dello stesso: Corte cost., n. 33 del 2021, dove si legge che non sarebbe ipotizzabile, in capo al giudice, «alcun obbligo di rimettere nuovamente le questioni alle Sezioni unite, atteso che l’art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1 (Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie d’indipendenza della Corte Costituzionale) «non ammette alcun filtro preventivo fra il giudice *a quo* e la Corte».

[102] A. SANTANGELO, *Nuove soluzioni per problemi antichi. Diritto vivente e sindacato di legittimità in materia penale*, in *Diritto di difesa*, 19 dicembre 2024, relativa alla q.l.c. sollevata dal Tribunale di Pisa censurando l’interpretazione offerta dai giudici al dettato dell’art. 385, comma 3, c.p., in particolare nella parte in cui, nel punire la condotta di evasione del solo “imputato”, veniva interpretato dalla giurisprudenza come comprensivo di imputato e indagato, in forza dell’evoluzione storica della terminologia propria del codice di rito del 1988 e del suo difetto di coordinamento con il codice penale, rimasto immutato. La Corte costituzionale (sent. n. 107/2025) ha poi dichiarato la questione infondata valorizzando precisamente la lettura evolutiva offerta dal termine, da intendersi quindi non nel senso “tecnico” oggi imposto dal codice di rito, ma in un’accezione più generale, quale era quella precedente al 1988, comprensiva degli odierni imputati e indagati.

ne del testo della legge, ma essa appare anche in linea con una lettura sistematica dell'istituto e della sua evoluzione diacronica, attenta in particolare a valorizzare il rapporto di contiguità concettuale¹⁰³ che lega la sospensione *sine die* della legge Bonafede all'art. 161-*bis* c.p. Poiché la riforma Cartabia ha inteso sanare le più evidenti storture del precedente impianto normativo, sembra del tutto coerente e logico che si faccia risalire al 1° gennaio 2020 – dunque alla data a partire dalla quale la legge aveva previsto che la riforma dovesse trovare applicazione¹⁰⁴ – non solo l'applicabilità del nuovo statuto, nel complesso più sfavorevole al reo, ma anche l'effetto abrogativo derivante dalla riforma Cartabia.

In questo senso, quella delle Sezioni Unite sembrerebbe una lettura della norma non solo ragionevole, ma anche coerente rispetto all'impianto complessivo della prescrizione, letto alla luce delle riforme dell'ultimo ventennio e alle *rationes* di intervento che le hanno di volta in volta ispirate: l'ultima parola, ad ogni modo, spetta ora alla Corte costituzionale.

4. CONCLUSIONI: REGIMI INTERTEMPORALI, SUCCESSIONE DI LEGGI NEL TEMPO E RAGIONEVOLEZZA

Alla luce delle riflessioni svolte, non vi è dubbio che ogni rimaneggiamento normativo in materia di prescrizione mette l'interprete di fronte al problema, non sempre di agevole soluzione, della successione di leggi penali nel tempo, anche rispetto ad eventuali regimi transitori. Non stupisce, da questo punto di vista, che eventuali modifiche al regime normativo della prescrizione vengano spesso accompagnate ad un regime intermedio, funzionale, in fin dei conti, a regolare il passaggio tra una disciplina e quella successiva evitando l'effetto-domino di una massiccia estinzione di reati; a ciò si affianca, più in generale, una esigenza di adattamento delle varie sedi giudiziarie alle nuove regole, con la conseguenza che la previsione di un regime transitorio appare utile anche a fini riorganizzativi e di coordinamento con gli uffici.

Nonostante essa si ponga come utile, o addirittura necessaria, la previsione di un regime intertemporale transitorio conosce però alcuni limiti fondamentali: lo dimostrano i frequenti interventi della Corte costituzionale, volti a sindacare la legittimità – e, in particolare, la razionalità – delle scelte operate dal legislatore, la cui discrezionalità non è dunque libera ma deve esprimersi in coerenza con le garanzie intertemporali che presidiano la materia penale, con il principio di legalità *ex art. 25 Cost.* ed il canone di ragionevolezza *ex art. 3 Cost.*, comprensivo del divieto di discriminazioni ingiustificate.

Certo, almeno quando si tratti di valutare l'ampiezza dell'applicabilità retroattiva *in bonam*, il sindacato costituzionale non potrà non tenere conto di eventuali contro-interessi, a cui da sempre la Corte riconosce un ruolo nella definizione di possibili deroghe nel solco dell'art. 3 Cost. Non vi è dubbio, da questo punto di vista, che proprio la particolare natura della prescrizione, a metà tra sostanza e processo, finisca per riflettersi sulla ragionevolezza della disciplina intertemporale, che il più delle volte sarà – come è stato in passato – funzionale a garantire interessi processuali di varia guisa, quali, ad esempio, l'esigenza di riorganizzazione degli uffici e la salvaguardia dei processi giunti ad uno stadio avanzato¹⁰⁵. Si tratta, del resto, di una considerazione

[103] Critico su questo punto G. BIONDI, *op. cit.*, secondo cui «la ritenuta analogia tra l'istituto della sospensione della prescrizione prevista dalla legge c.d. Bonafede e la cessazione del corso della prescrizione prevista dalla legge c.d. Cartabia è quantomeno opinabile». Parlava di una «logica correlazione e del sincronismo tra “caduta” del fenomeno prescrizionale ed “innesto” dell'improcedibilità del giudizio impugnatorio», in passato, già G. Leo, *Prescrizione e improcedibilità: problematiche di diritto intertemporale alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in *Sist. pen.*, 1° marzo 2022, 14.

[104] Insiste sul coordinamento tra la nuova disciplina e la legge del 2019 anche Cass., Sez. Un., 5 giugno 2025 (ud. 12 dicembre 2024), n. 20989.

[105] Sul punto, C. PECORELLA, *L'efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, Milano, 2008, 12 ss.; 23 ss. Sul punto, si veda anche V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale, Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012, 184, dove si enfatizza il fatto che «i limiti-deroghe che il canone di retroattività favorevole patisce nell'ambito degli ordinamenti continentali [...] non sono mai stati ricondotti a contro-istanze di difesa sociale, bensì a esigenze pratico-efficientistiche di economia e “tenuta complessiva” del sistema accertativo».

imposta da un certo realismo, nonché dalla consapevolezza degli interessi lesi dal reato¹⁰⁶ e della posizione delle vittime del reato, rispetto ai quali il maturare della prescrizione – magari proprio a causa di una riforma che non regoli adeguatamente il passaggio da una disciplina all'altra – può assumere il significato di una sorta di denegata giustizia¹⁰⁷.

La vicenda in esame dimostra però anche chiaramente come lo schizofrenico susseguirsi di modifiche legislative, che comportano talora uno stravolgimento dell'impianto normativo, si associ quasi inevitabilmente all'emersione di dubbi interpretativi e delicatissime questioni intertemporali. In parte frutto di tecniche di *drafting* poco chiare, la confusione che ne deriva è anche, per certi versi, strutturale ed inevitabile, a fronte di rimaneggiamenti continui di una materia, come quella della prescrizione, che, muovendo proprio dall'ambizione di regolare il decorso nel tempo rispetto all'accertamento di responsabilità penali¹⁰⁸, finisce per sollevare anche i più significativi dubbi sul fronte dell'efficacia intertemporale dei suoi effetti, a fronte di vicende processuali tutt'altro che istantanee.

Non si può allora che condividere la diffidenza che in molti hanno espresso rispetto alla prospettiva di una contro-riforma, già approvata alla Camera e ora da mesi in Senato¹⁰⁹, destinata a cancellare il sistema “a due orologi”, tipico della riforma Cartabia, ripristinando un regime di sospensione condizionata, sul modello della legge Orlando: pur mosso da intenti comprensibili, il disegno di legge costituirebbe l'ennesimo ripensamento normativo di una disciplina già ampiamente problematica, a cui finirebbero verosimilmente per associarsi più costi che benefici.

Il rischio che si intravede, in definitiva, è che la modifica normativa finisca per aumentare la confusione e i contrasti su una materia che, incidendo sulla punibilità del reato e godendo a pieno di tutte le garanzie del principio di legalità, meriterebbe invece un regime che assicuri un grado sufficiente di chiarezza¹¹⁰, tale da garantire un'applicazione certa e omogenea di norme da cui finisce per dipendere, per il singolo imputato, un'alternativa davvero radicale: la prosecuzione del giudizio con possibilità di condanna, o la totale impunità¹¹¹.

[106] G.L. GATTA, *Prescrizione del reato, ragionevole durata del processo e tutela dei beni giuridici*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, 449 ss.

[107] Sul tema della prescrizione nella prospettiva della vittima del reato, M.M. SCOLETTA, *Vittime e prescrizione: una riconciliazione impossibile?* in M. Bargis - H. Belluta (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, 2017, 463 ss.

[108] Criticamente, sul «grave errore di rendere instabile una disciplina che per funzione deve invece essere stabile, perché destinata ad operare per lunghi lassi di tempo» G.L. GATTA – M. GIALUZ, *op. cit.*

[109] SI tratta del Progetto di legge n. 893, Pittalis, su cui G.L. GATTA, *Prescrizione e improcedibilità: alla camera prove tecniche di una ennesima, improvvida, riforma*, in *Sist. pen.*, 28 giugno 2023.

[110] Sull'importanza della conoscibilità del regime di prescrizione, v. Corte cost. n. 140 del 2021.

[111] Sottolineava proprio le conseguenze paradossali per l'imputato, in presenza di indirizzi interpretativi così divaricati tra loro, G. BIONDI, *op. cit.*

CONFISCA “RIPRISTINATORIA”, REATI TRIBUTARI E RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI GIURIDICI (BREVISSIME NOTE)

di Manuel Bianchi, *Magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*

Sommario:

1. Premessa: la svolta “ripristinatoria”
2. Il precedente orientamento della Terza Sezione penale.
3. Alcuni rilievi critici.
4. La persistente attualità delle Sezioni Unite *Gubert*.
5. Osservazioni conclusive.

1. PREMESSA: LA SVOLTA “RIPRISTINATORIA”.

Il nuovo “credo” sulla natura ripristinatoria della confisca dei proventi delittuosi ha ricadute anche in tema di reati tributari¹¹²? E se sì, quali? Le recenti acquisizioni giurisprudenziali, poi, assicurano più elevati standard di garanzia, ovvero i progressi sono più apparenti che reali?

Sono questi, essenzialmente, gli interrogativi ai quali, nel breve corso del presente scritto, si tenterà di fornire qualche cenno di risposta.

È noto che, in materia di confische ordinarie (non di prevenzione), la concezione “ripristinatoria”, pur già in precedenza emersa in qualità di funzione complementare dell’istituto accanto a quella preventiva o punitiva¹¹³, è stata definitivamente ufficializzata, come spiegazione unica e totalizzante dell’ablazione dei proventi

[112] Cfr., in generale, G.L. SOANA, *I reati tributari*, IV ed., Giuffrè, Milano, 2018, pp. 621 ss.

[113] Occupandosi della confisca del prezzo del reato, le Sezioni Unite vi avevano attribuito natura insieme “ripristinatoria” e “preventiva” nel caso *Lucci* (Sez. U, sentenza n. 31617 del 26/06/2015, in CED Cass., Rv. 264438-01), con pronuncia di cui giova riportare un pertinente stralcio del paragrafo 9 del *Considerato in diritto*: «Alla stregua di tali criteri può pervenirsi alla conclusione che la confisca del prezzo del reato non presenti connotazioni di tipo punitivo, dal momento che il patrimonio dell’imputato non viene intaccato in misura eccedente il *pretium sceleris*, direttamente desunto dal fatto illecito, e rispetto al quale l’interessato non avrebbe neppure titolo civilistico alla ripetizione, essendo frutto di un negozio contrario a norme imperative. Al provvedimento di ablazione fa dunque difetto una finalità tipicamente repressiva, dal momento che l’acquisizione all’erario finisce per riguardare una *res* che l’ordinamento ritiene - secondo un apprezzamento legalmente tipizzato - non possa essere trattenuta dal suo avente causa, in quanto, per un verso, rappresentando la retribuzione per l’illecito, non è mai legalmente entrata a far parte del patrimonio del reo, mentre, sotto altro e corrispondente profilo, proprio per la specifica illiceità della causa negoziale da cui essa origina, assume i connotati della pericolosità intrinseca, non diversa dalle cose di cui è in ogni caso imposta la confisca, a norma dell’art. 240, secondo comma, n. 2, cod. pen.».

illeciti, dalle sentenze della Corte costituzionale nn. 112 del 2019¹¹⁴ e 7 del 2025¹¹⁵, nonché dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione con la pronuncia *Massini*, sentenza n. 13783 del 26/09/2024 (dep. 08/04/2025), in CED Cass., in partic. Rv. 287756-03.

Secondo tali approdi, in sostanza, la confisca del profitto (e del prezzo) del reato non risponderebbe – come invece si era ritenuto in passato specie con riferimento alla confisca per equivalente – a una logica sanzionatoria punitiva, bensì all’esigenza di neutralizzare un arricchimento illecito, ripristinando, giusto appunto, la situazione precedente al commesso reato: lo *status quo ante*.

2. IL PRECEDENTE ORIENTAMENTO DELLA TERZA SEZIONE PENALE.

Ora, prima della recente definitiva affermazione – segnata con la sentenza *Massini* – del nuovo orientamento (si ripete: natura esclusivamente ripristinatoria della confisca dei proventi illeciti, anche se per equivalente), la Terza Sezione penale della S.C., quanto all’ipotesi di reati tributari commessi nell’interesse di una società, aveva ragionato nel seguente modo: la confisca di valore nei confronti del reo, di regola amministratore e legale rappresentante dell’ente, è legittima, proprio sulla scorta della finalità sanzionatoria e dissuasiva dell’ablazione, malgrado la persona fisica non abbia percepito alcun effettivo profitto (posto che il risparmio di spesa derivato dall’evasione delle imposte rappresenta un vantaggio economico soltanto per il soggetto giuridico); infatti, il responsabile della violazione fiscale non potrebbe di certo dirsi estraneo al reato e la confisca si confermerebbe rimedio del tutto ragionevole, mantenendosi nei limiti di una rigorosa proporzionalità rispetto al risultato patrimoniale illecito¹¹⁶.

[114] Pres. Lattanzi, Red. Viganò. Merita riportare un passaggio chiave della citata pronuncia: «8.3.4. – Da tutto ciò consegue che, in tema di abusi di mercato, mentre l’ablazione del “profitto” ha una mera funzione ripristinatoria della situazione patrimoniale precedente in capo all’autore, la confisca del “prodotto” – identificato nell’intero ammontare degli strumenti acquistati dall’autore, ovvero nell’intera somma ricavata dalla loro alienazione – così come quella dei “beni utilizzati” per commettere l’illecito – identificati nelle somme di denaro investite nella transazione, ovvero negli strumenti finanziari alienati dall’autore – hanno un effetto peggiorativo rispetto alla situazione patrimoniale del trasgressore. Tali forme di confisca assumono pertanto una connotazione “punitiva”, infliggendo all’autore dell’illecito una limitazione al diritto di proprietà di portata superiore (e, di regola, assai superiore) a quella che deriverebbe dalla mera ablazione dell’ingiusto vantaggio economico ricavato dall’illecito. Muovendo da questa prospettiva, del resto, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha recentemente affermato la natura “punitiva” – e non meramente ripristinatoria – della misura, funzionalmente analoga a quella ora in considerazione, del “disgorgement” applicato dalla Security Exchange Commission (SEC) in materia di abusi di mercato; e ciò proprio in quanto tale misura – estendendosi all’intero risultato della transazione illecita – eccede, di regola, il valore del vantaggio economico che l’autore ha tratto dalla transazione stessa (Corte suprema degli Stati Uniti, sentenza 5 giugno 2017, *Kokesh contro Security Exchange Commission*)».

[115] Pres. Amoroso, Red. Viganò. Anche in questo caso, vediamo uno degli snodi centrali del ragionamento della Corte: «3.1.2. – Ora, come già sottolineato nella sentenza n. 112 del 2019, la confisca del “profitto” di un illecito ha “mera funzione ripristinatoria della situazione patrimoniale precedente” alla commissione del fatto in capo all’autore (nello stesso senso, ora, Corte EDU, sentenza 19 dicembre 2024, *Episcopo e Bassani contro Italia*, paragrafo 74). Una tale osservazione vale, allo stesso modo, per le confische disposte dall’autorità amministrativa e per quelle disposte dal giudice penale. Anche in relazione a queste ultime, infatti, la finalità essenziale della misura risiede nel sottrarre al reo l’utilità economica acquisita mediante la violazione della legge penale, e che egli non ha il diritto di trattenere, proprio in ragione della sua origine radicalmente illecita. Ciò che esclude quell’effetto peggiorativo della sua situazione patrimoniale preesistente, che necessariamente inerisce alle sanzioni dal contenuto “punitivo”. Al contrario, la confisca dei “beni utilizzati per commettere l’illecito” (o semplicemente “beni strumentali”) incide su beni non ottenuti attraverso un’attività criminosa, e che dunque, di regola, erano legittimamente posseduti dall’autore del reato al momento del fatto; sicché la loro ablazione ad opera del giudice penale determina un peggioramento della sua situazione patrimoniale preesistente al reato. Il che senz’altro esclude che tale misura possa avere una natura meramente “ripristinativa” dello status quo ante».

[116] Così, Sez. 3, sentenza n. 46973 del 10/05/2018, in CED Cass., Rv. 274074-02: «È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione all’art. 12-bis, comma 1, del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, per contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost., nella parte in cui consente la confisca e, quindi, il sequestro di valore nei confronti del legale rappresentante di una persona giuridica per il solo fatto che non sia possibile eseguire quello, diretto, del profitto di reato nei confronti dell’ente, in quanto la confisca, per la sua natura sanzionatoria, trova fondamento nella mera realizzazione del fatto di reato in cui si sostanzia la condotta della persona fisica realizzata nell’interesse o a vantaggio dell’ente»; seguita da Sez. 3, sentenza n. 11086 del 04/02/2022, in CED Cass., Rv. 283028-02.

Oggi, inevitabilmente, proprio alla luce dell'indicato reindirizzamento concettuale circa la natura "ripristinativa" della confisca (anche detta "compensativa", o "recuperatoria", o "riequilibratrice"), un siffatto intrecchio argomentativo presta il fianco a molte critiche. Le difese già sembrano accodarsi a quanto di recente rilevato da una avveduta dottrina, a commento della più volte evocata sentenza delle Sezioni Unite: «È evidente, infatti, che la torsione del principio di proporzionalità provocata dalla confisca senza arricchimento, può verificarsi in numerose ipotesi e non soltanto in quella della ripartizione della confisca fra i concorrenti nel reato. / A titolo esemplificativo, la logica ripristinatoria illustrata dalle Sezioni Unite impedisce di apprendere il profitto del reato commesso dal legale rappresentante di una persona giuridica, se non nei limiti in cui sia provato che tale profitto è andato a vantaggio non dell'ente ma della persona fisica che ha agito»¹¹⁷. Del resto, e in effetti, la coerenza di un istituto rispetto ai principi di proporzionalità e di ragionevolezza va censita non già con esclusivo riguardo all'astratto profilo quantitativo, ma viceversa assumendo come riferimento tutte le caratteristiche della misura nel caso concreto (finalità, fase d'intervento, oggetto), alla luce del criterio sommo della *responsabilità* personale. Ragion per cui è ovviamente illegittima ogni reazione anche solo *lato sensu* sanzionatoria, da parte dello Stato, se non va ad incidere sulla persona o sui beni del responsabile (o quantomeno dell'approfittatore), bensì nei confronti di un soggetto completamente estraneo e in buona fede.

3. ALCUNI RILIEVI CRITICI.

Crediamo che già quanto sin qui tratteggiato, sia pur in modo assai sintetico, consenta di formulare qualche prima osservazione.

A non convincere è la stessa premessa di fondo. Non pare infatti corretto sostenere che la concezione sanzionatoria della confisca per equivalente legittimerebbe il ricorso a tale misura e, s'intende, al sequestro ad essa prodromico, anche quando il legale rappresentante di una società abbia commesso un illecito penale tributario nell'interesse della stessa, ma senza riportarne alcun vantaggio economico personale. Tale modo di concepire la confisca di valore è solo formalmente non collidente con i principi di proporzionalità e ragionevolezza. Dal punto di vista astratto, si traduce nel sottrarre beni di pregio in tutto corrispondente a quello del profitto diretto, in modo apparentemente coerente con la natura sussidiaria della confisca per equivalente. Ma, nella sostanza, la fisionomia della sanzione patrimoniale è letteralmente stravolta, perché essa, anziché adoperata per prelevare il profitto lì dove esso è stato acquisito ed accumulato, finisce viceversa per attingerlo fra le disponibilità di chi, perlomeno sulla base delle evidenze probatorie, dal fatto illecito non ha tratto alcun guadagno personale, posto che l'imposta aggirata gravava soltanto sull'ente. Voler confermare una confisca punitiva di tal fatta significa concepire detta sanzione in termini difficilmente comprensibili, perché ricadrebbe sul reo come una conseguenza ciecamente afflittiva, senza che ad essa corrisponda il proprio naturale contenuto, ossia appunto un vantaggio patrimoniale conseguito in proprio. La confisca, del resto, non è una sanzione che si abbatte sul responsabile in forza della mera infrazione del precetto penale, quasi fosse un *surplus* di multa. È, piuttosto, una misura che reprime un profitto illecito *personale*, cioè consapevolmente acquisito o ricevuto. Lo stesso ragionamento, d'altronde, vale anche qualora il reato commesso in nome della persona giuridica sia di tutt'altra specie, rispetto alle violazioni tributarie: si pensi alla corruzione attiva finalizzata ad ottenere un appalto che non arrechi all'amministratore alcun immediato tornaconto personale, posto che la remunerazione del lavoro andrà a integrale ed esclusivo appannaggio della compagine societaria. Occorre allora intendersi: se, fra la persona fisica autrice della violazione fiscale e l'ente, regge lo schermo costituito dall'autonomia patrimoniale perfetta della società, non si può procedere ad alcuna automatica confisca di valore (se non, forse, nei ridottissimi limiti in cui si dimostri che l'amministratore abbia ricevuto, in

[117] P. Giustozzi, L. Puccetti, La rivoluzione copernicana delle Sezioni Unite sulla confisca del profitto: quali coordinate per orientarsi in questo nebuloso sistema?, in Riv. pen., 12/2025, pp. 1040 ss.

mala fede, elargizioni provenienti proprio da quel risparmio illecito e non, invece, riconducibili all'attività imprenditoriale lecita del soggetto giuridico); se per contro si riesce a dimostrare, anche muovendo indiziariamente da quelle stesse movimentazioni di ritorno (dall'ente alla persona fisica), che lo schermo della personalità giuridica è stato strumentalizzato al solo fine di conseguire il vantaggio illecito ed eludere al contempo le misure patrimoniali ablatorie, nessun limite dovrebbe incontrare il prelievo pubblico statale previsto dall'art. 12-*bis* (d.lgs. n. 74/2000) nei confronti della persona in carne ed ossa: e ciò – in verità – a prescindere che si proceda alla requisizione in forma diretta ovvero per equivalente.

Insomma: non è la nuova concezione ripristinatoria della confisca a frapponere un argine garantistico al suo operare al di fuori dei casi di interposizione fittizia dell'ente; tale argine discende pacificamente anche da una ricostruzione in senso sanzionatorio-punitivo della misura.

Se, dunque, nessuna maggiore prestazione, in termini di garanzia, sembra discendere dall'opzione ripristinatoria quando si controverta della possibilità di estendere la confisca nei confronti della persona fisica che ha agito nell'interesse di quella giuridica, vediamo viceversa se tali più alti standard di tutela siano assicurati quando all'inverso, sempre sul presupposto dell'infruttuosa ricerca del profitto diretto, si tratti di tentare la confisca di valore non già nei confronti dell'autore materiale del reato, bensì dello stesso ente societario.

4. LA PERSISTENTE ATTUALITÀ DELLE SEZIONI UNITE *GUBERT*.

Sul punto, benché muovesse dal presupposto – oggi superato – della mancata previsione dei reati tributari fra gli illeciti di cui al “catalogo” del d.lgs. n. 231 del 2001, è imprescindibile confrontarsi con quanto argomentato e statuito dalle Sezioni Unite penali nel procedimento *Gubert*¹¹⁸. Proprio la non ascrivibilità delle violazioni fiscali all'ente, nonché, d'altro canto, la natura punitiva della confisca per equivalente avevano invero indotto il massimo Organo della nomofilachia, in quell'occasione¹¹⁹, a intravedere nella fittizietà dello schermo societario, con la conseguente indistinzione fra persona fisica e giuridica, l'unica possibilità di procedere all'ablazione di beni dell'ente – in quel caso appunto confusi con quelli dell'amministratore autore del reato – di valore corrispondente al profitto illecitamente conseguito. Solo in detta ipotesi non si sarebbe verificato alcuno scostamento dal principio di legalità, perché, nonostante la violazione commessa dall'organo (persona fisica) non fosse prevista fra quelle imputabili all'ente (persona giuridica), tuttavia l'inconsistenza della *societas* sotto il profilo dell'autonomia patrimoniale avrebbe comportato la necessità di equipararla, di fatto, a una sorta di “serbatoio” del soggetto agente, così che ad essere colpito punitivamente dalla confisca sarebbe stato sempre ed esclusivamente quest'ultimo.

Le conclusioni della sentenza *Gubert* sono ancora attuali. Infatti, nonostante i reati tributari figurino, ora, fra quelli realizzabili nell'interesse o a vantaggio di un ente incorporeo, non vi è perfetta corrispondenza fra le violazioni di cui al d.lgs. n. 74/2000 e l'elenco contenuto nell'art. 25-*quinquiesdecies* del d.lgs. n. 231, se non altro perché, in relazione ai delitti di dichiarazione infedele, omessa dichiarazione e indebita compensazione, il comma 1-*bis* della disposizione da ultimo citata pone una condizione assai stringente: che tali reati siano commessi «*al fine di evadere l'imposta sul valore aggiunto nell'ambito di sistemi fraudolenti transfrontalieri connessi al territorio di almeno un altro Stato membro dell'Unione europea, da cui consegue o possa conseguire un danno complessivo pari o superiore a dieci milioni di euro*». Qualora tale ulteriore requisito non ricorra, il Magistrato requirente, che comunque intendesse procedere alla confisca per equivalente dei beni rinvenuti nella disponibilità della persona giuridica, dovrebbe allora sobbarcarsi il più gravoso onere di

[118] Sez. U, sentenza n. 10561 del 30/01/2014, in CED Cass., in partic. Rv. 258646-01.

[119] Per i precedenti, si v. Sez. 3, sentenza n. 25774 del 14/06/2012, proc. Amoddio e altro, in CED Cass., Rv. 253062-01, con nota di P. Corso, Esclusa la confisca sui beni sociali per i reati tributari del rappresentante commessi nell'interesse dell'ente, in Corr. trib., 33/2012, pp. 2551 ss.

dimostrare che quest'ultima sia stata strumentalizzata dal reo, quale schermo fittiziamente interposto, proprio al fine di eludere le misure patrimoniali del sequestro e della successiva confisca.

5. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.

Ma ecco il punto: tale ponderoso onere, che in definitiva si frappone alla possibilità di saltare a piè pari l'altrimenti insormontabile ostacolo rappresentato dal principio di stretta legalità penale, sembrerebbe sgretolarsi proprio abbracciando una concezione della confisca di tipo ripristinatorio. È invero evidente che, se neppure la confisca di valore equivalente è più considerata una sanzione para-penale, ma una reazione di stampo sostanzialmente civilistico, allora ogni difesa è infranta e la Pubblica Accusa può liberamente disinteressarsi del fatto che, quand'anche la violazione commessa dal singolo non sia contemplata fra quelle previste per legge come addebitabili anche all'organismo giuridico, quest'ultimo sia un fatuo simulacro, anziché un soggetto effettivo ed autonomo¹²⁰.

Migliori prestazioni garantistiche, sotto il segnalato profilo, sono senz'altro assicurate dalla soppiantata concezione punitiva: questa, infatti, consente di rispettare appieno il principio di tipicità, impedendo una disinvoltata elusione del catalogo di reati stabilito dal legislatore. E da questo punto vista, allora, la conclusione tratteggiata nel precedente capoverso, viene ad annoverarsi, per sommatoria, fra gli *effetti indesiderati* della ridetta logica ripristinatoria, insieme con la possibilità, d'ora innanzi, di una applicazione retroattiva della confisca per equivalente, fin qui soltanto rinviata dalla S.C. mediante l'espedito di profilassi del *prospective overruling* («*Il mutamento giurisprudenziale intervenuto in ordine alla natura della confisca per equivalente, per effetto della pronuncia delle Sezioni Unite n. 13783 del 2024, dep. 2025, Massini, secondo cui la stessa, ove non ecceda il valore del vantaggio economico che l'autore ha ritratto dal reato, ha natura ripristinatoria, non legittima l'applicazione della misura ablativa in caso di prescrizione dei reati commessi anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 578-bis cod. proc. pen., in quanto l'interpretazione di quest'ultima disposizione in senso conforme all'art. 7 CEDU e all'art. 1 Prot. 1 CEDU impone di escludere l'efficacia retroattiva "in malam partem" del nuovo indirizzo ermeneutico, siccome ragionevolmente imprevedibile rispetto al pregresso quadro interpretativo consolidato in ordine alla funzione sanzionatoria dell'istituto*»: così Sez. 6, n. 25200 del 18/06/2025, Rossi, in CED Cass., Rv. 288488-01).

A ben guardare, allora, per edificare – nella materia considerata – un sistema di sequestri e confische efficienti, ma al tempo stesso rigoroso quanto alle garanzie da riconoscersi agli interessati, non è saggio ripudiare la “vecchia” concezione punitiva della confisca (per equivalente), ma è certamente necessario riempirla dei contenuti che ad essa, naturalmente, competono. Attraverso le misure patrimoniali ablativo, invero, non si tratta di sanzionare – come con la pena – il disvalore della condotta, ma la consapevole ricezione, ancorché da chi non abbia preso parte al reato, di un profitto criminoso.

Qualora si dia la prova (ovviamente secondo standard diversamente modulati a seconda della fase cautelare o di cognizione) che fra il patrimonio della persona fisica che ha commesso il reato e quello dell'ente che ne ha tratto beneficio non vi è alcuna effettiva distinzione, si potrà procedere vuoi – nell'un verso – alla confisca di valore nei confronti dell'autore materiale benché il risparmio di imposta formalmente si sia concretizzato in capo alla società, vuoi – nell'altro verso – alla stessa misura, ma questa volta nei confronti della persona giuridica, e quand'anche il reato realizzato non rientri fra quelli di cui al “catalogo 231”.

[120] Ribatterebbero – verosimilmente – i sostenitori della natura ripristinatoria della confisca che, in ogni caso, ad impedirne la legittima esecuzione nei confronti della società, verrebbe in rilievo l'assenza del requisito testuale della “disponibilità”, in capo al reo (cfr. art. 12-bis d.lgs. n. 74/2000), del patrimonio sociale. Tale problema, però, sembra porsi concretamente soltanto nell'ipotesi in cui, al momento di procedere all'ablazione, il responsabile della violazione non rivesta più, in seno all'ente, la carica di amministratore, perché, diversamente, compete senz'altro a chi agisce in nome e per conto della società il potere di disporre dei beni sociali per legittimi scopi risarcitori o riparatori.

Viceversa, allorquando tale risultato probatorio non sia conseguibile, non sarà possibile valicare gli argini delle previsioni legali, o il limite intrinseco costituito dall'assenza, in radice, di un profitto personalmente conseguito da parte del soggetto attinto dalla misura. Ciò non potrà avvenire né in forza di una asserita necessità di riconversione dogmatica della confisca in senso esclusivamente ripristinatorio, né tantomeno in virtù di una malintesa natura punitiva e sanzionatoria della stessa.

Tanto premesso, nel recepire e confermare la tradizionale impostazione della sentenza *Gubert* quanto alla figura dell'interposizione fittizia dello schermo societario (da noi estesa, come visto, all'ipotesi inversa a quella per cui era stata pensata, cioè anche al caso di confisca per equivalente nei confronti della persona fisica), l'unica puntualizzazione che, forse, merita apportarvi è la seguente. Dev'essere chiaro infatti che, affinché un ente possa essere definito quale mero artificio giuridico appositamente creato per schermare l'azione criminosa della persona fisica, dotando quest'ultima come di una sorta di fondo protetto dalla finzione dell'autonomia patrimoniale, è sufficiente dimostrare che l'organismo societario sia stato strumentalizzato rispetto allo *specifico* reato commesso. Mentre non è necessario, perché frutto di un'esegesi fin troppo pretenziosa della citata pronuncia delle Sezioni Unite (Pres. Stantacroce, Est. Davigo, imp. *Gubert*) che il rapporto di sostanziale indistinzione fra persona giuridica e persona fisica sia tale rispetto a tutti gli aspetti e gli ambiti della vita societaria in generale.

INVIO CONTRIBUTI

Al seguente indirizzo:

<https://www.rivistaildirittovivente.it/contributo>

è possibile inviare il tuo contributo che sarà esaminato dal Comitato di redazione che provvederà a contattarti in caso di pubblicazione.

01.2026

rivistaildirittovivente.it