

SP

**SISTEMA
PENALE**

FASCICOLO

1/2020

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

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

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

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

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

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

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

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

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

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

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen. (o SP)*, 1/2020, p. 5 ss.

INDICE DEI CONTRIBUTI

ARTICOLI

D. RUSSO, <i>Emergenza "Codice rosso"</i>	5
D. ATTANASIO, <i>La compartecipazione criminosa del consulente fiscale e la controversa comunicabilità della relativa aggravante</i>	21
G. SANTALUCIA, <i>Il diritto alla riservatezza nella nuova disciplina delle intercettazioni</i>	47
W. NOCERINO, <i>Prime riflessioni a margine del nuovo decreto legge in materia di intercettazioni</i>	63
E. TARQUINI, <i>Gli artt. 25-ter e 25-octies d.lgs. 231/01 nel prisma della tassatività: 'tensione' effettiva o soltanto apparente?</i>	81
I. GUERINI, <i>Annullamento del sequestro probatorio e ambiti di operatività del divieto di restituzione di beni</i>	117
M. DANIELE, <i>L'abolizione dell'udienza preliminare per rilanciare il sistema accusatorio</i>	131
F. DONELLI, <i>Una nuova questione di costituzionalità della "Legge Severino" (e un'altra occasione persa)</i>	145
J. DELLA TORRE, <i>Zone franche e infiltrazioni criminali: una sfida globale tra modelli interni virtuosi e recenti standard di tutela sovranazionali</i>	165

ALTRI CONTRIBUTI

M. ROMANO, <i>Aiuto al suicidio, rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari, eutanasia (sulle recenti pronunce della Corte costituzionale)</i>	197
G. ILLUMINATI, <i>Utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi: le Sezioni unite ristabiliscono la legalità costituzionale</i>	206
O. MAZZA, <i>La riforma dei due orologi: la prescrizione fra miti populistici e realtà costituzionale</i>	210
S. FINOCCHIARO, <i>In vigore la "riforma fiscale": osservazioni a prima lettura della legge 157/2019 in materia di reati tributari, confisca allargata e responsabilità degli enti</i>	218
S. BERNARDI, <i>Per la Consulta la presunzione di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia è legittima solo se relativa: cade la preclusione assoluta all'accesso ai permessi premio ex art. 4-bis comma 1 ord. pen.</i>	229
S. BERNARDI, <i>L'ostatività ai benefici penitenziari non può operare nei confronti dei condannati minorenni: costituzionalmente illegittimo l'art. 2 comma 3 d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121</i>	239
S. ZIRULIA, <i>La sicurezza sul lavoro ai tempi dell'Ilva, atto secondo: il Riesame di Taranto concede la proroga di utilizzo dell'Altoforno</i>	243

A. COLELLA, <i>La Cassazione si confronta, sia pure in fase cautelare, con la nuova fattispecie di 'tortura' (art. 613 bis c.p.)</i>	246
C. BRAY, <i>La sopravvivenza dell'aggravante di "ingente quantità" di sostanza stupefacente ex art. 80 co. 2 d.P.R. n. 309/1990 rimessa al vaglio delle Sezioni unite</i>	254
C. PAGELLA, <i>L'inafferrabile concetto di "connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta": la Cassazione ancora su ne bis in idem e insider trading</i>	261
L. SCOLLO, <i>La Corte di Giustizia UE si pronuncia sulla legittimità del procedimento di emissione del M.A.E. da parte del P.M. francese</i>	268
C. ARDIGÒ, <i>L'incidente probatorio per l'ascolto della vittima vulnerabile: automatismi ed eccessi di tutela</i>	276
S. FINOCCHIARO, <i>Verso una giustizia costituzionale più "aperta": la Consulta ammette le opinioni scritte degli "amici curiae" e l'audizione di esperti di chiara fama</i>	288

EMERGENZA “CODICE ROSSO”

*A proposito della l. legge 19 luglio 2019, n. 69
in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*

di Diana Russo

SOMMARIO: 1. Gli obiettivi della riforma. – 2. Le principali novità introdotte dalla legge 19 luglio 2019, n. 69. – 3. In particolare: le modifiche al codice di rito. L’interpretazione delle norme nelle prime applicazioni da parte delle Procure. – 4. Osservazioni conclusive: pregi e difetti della novella. Profili di rilevanza costituzionale.

1. Gli obiettivi della riforma.

Lo scorso 9 agosto è entrata in vigore la legge 19 luglio 2019, n. 69, recante *“Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere”*, nota come Codice Rosso.

Scopo della novella è il potenziamento degli strumenti di contrasto alla violenza domestica e di genere. Per perseguire tale obiettivo, il legislatore ha delineato – attraverso previsioni di carattere procedurale volte sostanzialmente ad accelerare i tempi di presa in carico delle notizie di reato da parte dell’Autorità giudiziaria e della Polizia Giudiziaria – una corsia preferenziale per la trattazione di determinati delitti tassativamente individuati.

Ha, inoltre, sensibilmente inasprito le pene previste per i delitti in questione, introducendo al contempo nuove fattispecie. Si tratta, per alcune, di comportamenti già riconducibili alle norme vigenti¹; in altri casi si è inteso colmare lacune dell’ordinamento, incriminando condotte che finora, pur non essendo del tutto prive di rilevanza penale, non costituivano di per sé reato (si pensi alla violazione delle misure cautelari dell’allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, che comunque poteva – e può – determinarne l’aggravamento o alla tristemente diffusa pratica del *revenge porn*, punibile, prima della recente introduzione, solo se accompagnata a condotte estorsive o in relazione a

¹ È il caso del delitto di deformazione dell’aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso, punito dal neointrodotta art. 583-*quinquies* c.p., ma astrattamente sussumibile della fattispecie di lesioni gravissime di cui al combinato disposto fra l’art. 582 e l’art. 583 comma 2 n. 4 c.p., ora abrogato. Quanto alla costrizione o induzione al matrimonio, prevista dall’art. 558-*bis* c.p. la condotta era in precedenza sanzionabile ai sensi dell’art. 610 c.p.

eventuali conseguenze lesive per la persona offesa, causalmente riconducibili alla condotta stessa).

La nozione di “*violenza domestica e di genere*”, non richiamata dalla legge, viene ricondotta alle fattispecie di maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.), violenza sessuale, aggravata e di gruppo (artt. 609-bis, 609-ter, 609-octies c.p.), atti sessuali con minorenne (art. 609-quinquies c.p.), atti persecutori (art. 612-bis c.p.) e ai neointrodotti reati di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti (cd. *revenge porn*, art. 612-ter c.p.) e deformazione dell’aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso (art. 583-quinquies c.p.)².

Come è noto, la “*violenza domestica*” è stata definita per la prima volta a livello di legge ordinaria dall’art. 3 comma 1 del decreto legge 14 agosto 2013, n. 93 convertito in legge 15 ottobre 2013, n. 119 (cd. legge sul femminicidio). Per essa si intendono “*tutti gli atti, non episodici, di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all’interno della famiglia o del nucleo familiare o tra attuali o precedenti coniugi o persone legate da relazione affettiva in corso o pregressa, indipendentemente dal fatto che l’autore di tali atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima*”.

La “*violenza di genere*” è invece definita al considerando 17 delle premesse della direttiva 2012/29/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, come quella “*diretta contro una persona a causa del suo genere, della sua identità di genere o della sua espressione di genere o che colpisce in modo sproporzionato le persone di un particolare genere. Può provocare un danno fisico, sessuale o psicologico, o una perdita economica della vittima. La violenza di genere è considerata una forma di discriminazione e una violazione delle libertà fondamentali della vittima e comprende la violenza nelle relazioni strette, la violenza sessuale (compresi lo stupro, l’aggressione sessuale e le molestie sessuali), la tratta di esseri umani, la schiavitù e varie forme dannose, quali i matrimoni forzati, la mutilazione genitale femminile e i c.d. reati d’onore*”³.

A fronte di tali, ampie definizioni, il catalogo dei reati richiamati dalle disposizioni del Codice Rosso come riconducibili alla violenza domestica e di genere risulta dunque, *prima facie*, incompleto.

2. Le principali novità introdotte dalla legge 19 luglio 2019, n. 69.

Il testo della legge, che si compone di 21 articoli, contiene norme di carattere sostanziale e norme di carattere procedurale.

² Cfr. A.S. 1200 – Disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere, n.b. nota breve pubblicata dal Servizio studi del Senato, n. 121 – luglio 2019.

La riconducibilità della nozione di “*violenza domestica e di genere*” alle fattispecie sopra elencate, si ricava dal riferimento alle stesse contenuto negli artt. 1-3 della novella, contenenti disposizioni procedurali. Al riguardo l’omesso richiamo dell’art. 612-ter c.p. nell’art. 2 l.n. 69/2019 (“*assunzione di informazioni*”) appare il frutto di una mera svista del legislatore.

³ Alla direttiva 2012/29/UE è stata data attuazione con il d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212, che, tuttavia, non replica la definizione di violenza di genere.

In sintesi, sono introdotte nel codice penale quattro nuove fattispecie di reato: violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (art. 387-*bis* c.p., introdotto dall'art. 4 l.n. 69/2019); costrizione o induzione al matrimonio (art. 558-*bis* c.p., introdotto ex art. 7 l.n. 69/2019); diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti (cd. *revenge porn*, art. 612-*ter* c.p., art. 10 l.n. 69/2019); deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso (art. 583-*quinquies* c.p., art. 12 l.n. 69/2019).

Sempre con riferimento alle modifiche sostanziali, la legge interviene sui delitti di maltrattamenti contro familiari e conviventi e di *stalking* con significativi incrementi di pena e con la previsione di nuove circostanze aggravanti (art. 9 l.n. 69/2019).

Nello specifico, il reato di cui all'art. 572 c.p. è ora punito con la pena della reclusione da tre a sette anni.

La pena è aumentata fino alla metà se il fatto è commesso in presenza o in danno di donna in stato di gravidanza o di persona con disabilità come definita ai sensi dell'art. 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero se il fatto è commesso con armi.

Correlativamente è stata ritoccata la previsione di cui all'art. 61 n. 11-*quinquies* c.p. (disciplinante la circostanza aggravante comune dell'aver commesso il fatto in presenza o in danno di un minore di anni diciotto ovvero in danno di persona in stato di gravidanza), dal quale è espunto il riferimento al delitto di cui all'art. 572 c.p.

La circostanza aggravante speciale ad effetto speciale prevista dall'attuale comma 2 dell'art. 572 c.p. comporta la competenza del Tribunale in composizione collegiale⁴.

Alla norma in esame è stato inoltre aggiunto un ulteriore comma che così dispone: *“Il minore di anni diciotto che assiste ai maltrattamenti di cui al presente articolo si considera persona offesa dal reato”*.

La previsione sembra recepire l'orientamento giurisprudenziale favorevole alla configurabilità di una autonoma fattispecie di maltrattamenti contro familiari e conviventi integrata dalla violenza assistita.

Al riguardo è tuttavia doveroso evidenziare come la giurisprudenza in commento subordinasse la contestabilità del delitto alla intenzionalità della condotta, sorretta dal dolo di maltrattare (anche) il minore costretto ad assistere suo malgrado agli atti di violenza direttamente perpetrati in danno di altro soggetto (generalmente da un genitore in pregiudizio dell'altro)⁵.

⁴ Sul tema v. diffusamente il contributo di A. NATALINI, *Maltrattamenti: scende in campo l'aggravante speciale*, in Guida dir., 37, 7 settembre 2019, pp. 83 ss.

⁵ Cfr. Cass., sezione VI, sentenza n. 18833 del 23.2.2018-2.5.2018 secondo cui *“Il delitto di maltrattamenti è configurabile anche nel caso in cui i comportamenti vessatori non siano rivolti direttamente in danno dei figli minori, ma li coinvolgano indirettamente, come involontari spettatori delle liti tra i genitori che si svolgono all'interno delle mura domestiche (c.d. violenza assistita), sempre che sia stata accertata l'abitudine delle condotte e la loro idoneità a cagionare uno stato di sofferenza psicofisica nei minori spettatori passivi”*. In argomento v. E. SQUILLACI, [Violenza 'assistita': prove tecniche di tutela 'rafforzata' del minore](#), in Dir. pen. cont., fasc. 5/2019, p. 39 ss.

Secondo A. NATALINI, *Maltrattamenti*, cit., la qualificazione del minore parte offesa ex lege costituisce *“un autentico novum codicistico – assimilabile a una presunzione qualificatoria di tipo sostanziale (articoli 120-126 del Cp) e processuale (articoli 336-340 del Cpp) – avente tuttavia, in larga misura, valore puramente “simbolico”,*

In tale ottica, la formulazione dell'ultimo comma dell'art. 572 c.p. appare, invero, poco chiara, suggerendo la possibilità di contestare il delitto in danno del minore vittima di violenza assistita *sic et simpliciter* (e, deve ritenersi, in concorso con il delitto di cui all'art. 572 c.p. aggravato ai sensi del comma 2 nei confronti della persona offesa 'principale').

Per effetto del Codice Rosso, il delitto di atti persecutori è punibile con la reclusione da un anno a sei anni e sei mesi.

È appena il caso di evidenziare che l'innalzamento del limite massimo della pena (che in relazione a entrambe le fattispecie risulta ora superiore a sei anni) comporta l'aumento del termine di fase della misura cautelare eventualmente applicata oltre a legittimare il fermo di indiziato di delitto, ricorrendo i presupposti di cui all'art. 384 c.p.p.

Sono previste lievi modifiche alle circostanze aggravanti dell'omicidio (l'art. 11 della novella interviene sugli artt. 576 e 577 c.p., richiamato anche dall'art. 585 c.p. in materia di lesioni personali), peraltro introducendo il divieto di prevalenza delle attenuanti⁶.

E ancora: sono inasprite le sanzioni e rimodulate le aggravanti previste per i delitti di violenza sessuale (artt. 609-*bis* e seguenti c.p., modificati *ex art.* 11 della riforma).

Interessa notare che l'articolo 13, per ragioni peraltro rimaste inspiegate⁷, modifica il comma 3 (ora comma 4) dell'art. 609-*quater* c.p. (atti sessuali con minorenni): la condizione di non punibilità del minorenne che compie atti sessuali con altro minorenne che abbia compiuto gli anni tredici sussiste se la differenza di età fra i soggetti non è superiore a quattro anni (anziché tre, come in precedenza previsto).

Il nuovo comma 3 della medesima fattispecie introduce una circostanza aggravante in relazione all'ipotesi in cui il compimento di atti sessuali col minore infraquattordicenne avvenga in cambio di denaro o di qualsiasi altra utilità, anche solo promessi.

Importanti modifiche sono introdotte in punto di procedibilità. Con riferimento ai delitti previsti dagli articoli 609-*bis* e 609-*ter* c.p., ferma restando la procedibilità a querela della persona offesa (irrevocabile), il relativo termine è elevato a dodici mesi al verosimile scopo di adeguare per quanto possibile i tempi della giustizia a quelli, invero del tutto personali, di elaborazione del trauma da parte della vittima⁸.

espressivo della volontà di sottolineare l'interesse alla tutela del minore ridotto – se non addirittura costretto – ad assistere a fatti di violenza domestica".

⁶ cfr. ultimo comma dell'art. 577 c.p., introdotto dal Codice Rosso. Il divieto in questione concerne le attenuanti diverse da quelle previste dagli artt. 62 n. 1, 89, 98 e 114 c.p.

Di particolare interesse la modifica tesa ad ampliare la portata della circostanza aggravante di cui all'art. 577 n. 1 c.p., ora riferibile anche al discendente adottivo e alla persona offesa che sia legata al colpevole da relazione affettiva (dunque a prescindere dalla condizione di stabile convivenza).

⁷ È questa la giusta osservazione di A. NATALINI, *Violenza sessuale: raddoppiati i termini per presentare querela*, in *Guida dir.*, 37, 7 settembre 2019, pp. 94 ss., contributo al quale si rinvia per una approfondita trattazione delle modifiche apportate ai delitti di violenza sessuale.

⁸ In senso critico è stato osservato che la dilatazione del termine di proposizione della querela protrae il travaglio interiore della vittima, esponendola più a lungo al rischio di pressioni da parte del colpevole, oltre

Sempre con riferimento alle novità di carattere sostanziale, interessa ricordare che l'articolo 6 della legge n. 69/2019 aggiunge un comma all'art. 165 del codice penale in materia di sospensione condizionale della pena, subordinando la concessione del beneficio, quando si procede per reati di violenza domestica e di genere, alla partecipazione a specifici percorsi di recupero presso enti o associazioni che si occupano di prevenzione, assistenza psicologica e recupero dei soggetti condannati per i medesimi reati. Gli oneri derivanti dalla partecipazione a detti corsi cedono a carico del condannato.

3. In particolare: le modifiche al codice di rito. L'interpretazione delle norme nelle prime applicazioni da parte delle Procure.

Come accennato in premessa, la novella ha impresso una decisa accelerazione alla trattazione dei procedimenti penali in materia di violenza domestica e di genere, tracciando in relazione ad essi una corsia preferenziale (Codice Rosso, appunto, espressione che evoca il *triage* ospedaliero e l'istituzione del Percorso Rosa per le vittime di violenza sessuale).

Tale percorso inizia con la comunicazione della notizia di reato – che, in relazione alle fattispecie di violenza domestica e di genere, deve essere data *“immediatamente anche in forma orale”*⁹ – passa attraverso l'obbligo, entro il termine di tre giorni dall'iscrizione della notizia di reato, di assunzione di informazioni dalla persona offesa o da chi ha presentato denuncia, querela o istanza¹⁰, per proseguire con il compimento, *“senza ritardo”*, da parte della polizia giudiziaria degli atti delegati dal Pubblico Ministero e la relativa trasmissione a quest'ultimo, da effettuare anch'essa *“senza ritardo”*¹¹.

Per quanto concerne l'obbligo di immediata comunicazione della notizia di reato, anche in forma orale, si tratta di un impegno già originariamente previsto dall'art. 347 comma 3 c.p.p. in relazione ai delitti indicati nell'art. 407 comma 2 lettera a) numeri da 1) a 6) e *“in ogni caso, quando sussistono ragioni di urgenza”*.

La previsione costituisce una deroga rispetto alla regola generale stabilita dal comma 1 del medesimo articolo, secondo cui la polizia giudiziaria trasmette la notizia di reato al pubblico ministero *“senza ritardo”* e *“per iscritto”*. Tale locuzione è ritenuta compatibile con lo svolgimento delle investigazioni necessarie a corredare la notizia degli elementi essenziali del fatto, come peraltro prescritto dalla disposizione stessa¹².

a compromettere il corretto e tempestivo accertamento dei fatti: cfr. A. NATALINI, *Violenza sessuale*, cit.

⁹ L'art. 1 l.n. 69/2019 ha in tal senso modificato il comma 3 dell'art. 347 c.p.p., implementando il catalogo dei delitti in relazione ai quali è previsto l'obbligo di comunicazione immediata della notizia di reato al Pubblico Ministero da parte della Polizia Giudiziaria.

¹⁰ cfr. art. 362 comma 1-ter c.p.p., introdotto dall'art. 2 del Codice Rosso.

¹¹ cfr. art. 370 commi 2-bis e 2-ter c.p.p., introdotti ex art. 3.

¹² A norma del comma 1 dell'art. 347 c.p.p., *“Acquisita la notizia di reato, la polizia giudiziaria, senza ritardo, riferisce al pubblico ministero, per iscritto, gli elementi essenziali del fatto e gli altri elementi sino ad allora raccolti, indicando le fonti di prova e le attività compiute, delle quali trasmette la relativa documentazione”*. Il comma 2 prosegue: *“Comunica, inoltre, quando è possibile, le generalità, il domicilio e quanto altro valga alla identificazione*

Analogamente, per i reati di violenza domestica e di genere, a fronte della notizia di reato ricevuta, la polizia giudiziaria sarà comunque tenuta ad attivarsi autonomamente nel compimento delle indagini indispensabili al fine di dare concretezza alla notizia stessa¹³.

Nella pratica, l'introduzione dell'obbligo di cui si discorre induce la polizia giudiziaria, in molti casi, a informare telefonicamente il Pubblico Ministero addetto al cd. turno esterno della acquisizione della notizia di reati di violenza domestica e di genere, indipendentemente dalla applicazione di eventuali misure pre-cautelari o dalla necessità di un confronto con il magistrato in merito a qualsivoglia questione, ingenerando un appesantimento, talvolta inutile, delle attività correlate al turno.

La previsione di maggiore interesse sul piano applicativo è quella contenuta nell'art. 362 comma 1-ter c.p.p., introdotto dall'art. 2 della nuova legge, secondo cui: *"Quando si procede per i delitti previsti dagli articoli 572, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies e 612-bis del codice penale, ovvero dagli articoli 582 e 583-quinquies del codice penale nelle ipotesi aggravate ai sensi degli articoli 576, primo comma, numeri 2, 5 e 5.1, e 577, primo comma, numero 1, e secondo comma, del medesimo codice, il pubblico ministero assume informazioni dalla persona offesa e da chi ha presentato denuncia, querela o istanza, entro il termine di tre giorni dall'iscrizione della notizia di reato, salvo che sussistano imprescindibili esigenze di tutela di minori di anni diciotto o della riservatezza delle indagini, anche nell'interesse della persona offesa"*¹⁴.

All'indomani dell'entrata in vigore, la norma è stata pressoché unanimemente interpretata nel senso della delegabilità dell'atto. A tale conclusione si perviene attraverso la lettura sistematica dell'art. 362 comma 1-ter c.p.p. con l'art. 370 comma 1 c.p.p., a mente del quale *"il Pubblico Ministero compie personalmente ogni attività di indagine"* ma, in generale, *"può avvalersi della polizia giudiziaria per il compimento di attività di indagine e di atti specificamente delegati"*.

Dalla lettura della citata disposizione si ricava che gli unici atti non delegabili sono l'interrogatorio e il confronto al quale debba partecipare la persona sottoposta alle indagini che non si trovi in stato di libertà. Il legislatore avrebbe dovuto, dunque, esplicitare la eventuale (ulteriore) eccezione alla regola generale sancita dall'art. 370 comma 1 c.p.p.

della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini, della persona offesa e di coloro che siano in grado di riferire su circostanze rilevanti per la ricostruzione dei fatti".

La polizia giudiziaria è dunque, di regola, tenuta a trasmettere una notizia di reato completa in tutte le sue investigazioni, *"nei tempi ragionevolmente compatibili proprio con il dovuto svolgimento di dette investigazioni"* (G. AMATO, *Colpo di acceleratore sulla trattazione delle notizie di reato*, in Guida dir., 37, 7 settembre 2019, pp. 66 ss.)

¹³ Secondo G. AMATO, *Colpo di acceleratore sulla trattazione delle notizie di reato*, cit., *"l'eccezione disciplinata nel comma 3 (...) riguarda solo la tempistica della trasmissione della notizia di reato, non le attività anche di iniziativa che alla polizia giudiziaria compete di fare sia prima che dopo la trasmissione dell'informativa"*.

¹⁴ Si è già osservato sopra in nota 2 che l'omesso riferimento all'art. 612-ter c.p. non si giustifica se non come una svista del legislatore.

In senso contrario si è espresso G. AMATO, *Spazio alla delega dell'obbligo di sentire la persona offesa*, in Guida dir., 37, 7 settembre 2019, pp. 71 ss. Secondo l'Autore, in relazione a tale reato, *"è ragionevole supporre che il legislatore abbia ritenuto autosufficiente la denuncia e non necessaria l'immediata escussione della vittima nell'ottica di assicurarne una più incisiva tutela"*.

La tesi della delegabilità dell'atto alla polizia giudiziaria è peraltro coerente con l'imposizione alla polizia giudiziaria, *ex art. 370 comma 2-bis e comma 2-ter c.p.p.* (introdotti dall'art. 3 della l.n. 69/2019), di procedere *“senza ritardo”* al compimento degli atti delegati dal Pubblico Ministero e alla trasmissione dei relativi esiti¹⁵.

Altrettanto pacifico è il carattere ordinatorio del termine di compimento dell'atto (tre giorni), non essendo stabilita alcuna sanzione in caso di inosservanza, quantomeno in punto di validità e utilizzabilità dell'atto¹⁶.

Il termine decorre dalla iscrizione della notizia di reato nell'apposito registro, adempimento in relazione al quale non è, viceversa, imposto alcun termine. Nondimeno appare evidente come una ingiustificata dilazione del tempo intercorrente fra la trasmissione dell'informativa da parte della polizia giudiziaria all'ufficio di Procura e l'iscrizione nel registro, a cura di quest'ultimo, vanificherebbe l'obiettivo del Codice Rosso, individuato, come più volte ricordato, nella repentina assunzione della direzione da parte del Pubblico Ministero delle indagini in materia di violenza domestica e di genere, anche in funzione della eventuale, più rapida adozione di iniziative di protezione delle vittime.

Maggiormente complessa è l'interpretazione delle ipotesi in cui è eccezionalmente consentito al Pubblico Ministero di soprassedere all'escussione della persona offesa/denunciante. Tale possibilità è, infatti, espressamente limitata al caso in cui *“sussistano imprescindibili esigenze di tutela di minori di anni diciotto o della riservatezza delle indagini, anche nell'interesse della persona offesa”*.

Invero, la redazione frettolosa e perfettibile delle disposizioni procedurali contenute nella legge n. 69/2019 costringe gli operatori ad applicazioni correttive invero coraggiose che, sebbene sorrette da interpretazioni costituzionalmente orientate, si traducono in palesi forzature del dato letterale.

In primo luogo occorre domandarsi se la deroga concerne il compimento dell'atto o il rispetto del termine dei tre giorni entro cui compierlo; se, cioè, la ricorrenza delle esigenze sopra indicate legittimi l'omissione *tout court* dell'audizione o soltanto il suo differimento¹⁷.

Sotto altro profilo, la previsione appare invero poco chiara e, comunque, laconica in relazione a una molteplicità di situazioni in cui l'assunzione immediata di

¹⁵ In tal senso cfr. G. AMATO, *Spazio alla delega dell'obbligo di sentire la persona offesa*, cit.

Ad avviso di chi scrive, dalla previsione di cui all'art. 370 comma 2-bis c.p.p. si ricava una indicazione in senso contrario alla delegabilità dell'atto in ragione della incongruenza fra i diversi termini stabiliti (tre giorni, senza ritardo).

¹⁶ Sono viceversa ipotizzabili sanzioni sul piano disciplinare qualora dall'omessa, ingiustificata attivazione degli organi investigativi dovessero derivare conseguenze pregiudizievoli per le persone coinvolte (si è espresso in questi termini anche G. AMATO, *Spazio alla delega dell'obbligo di sentire la persona offesa*, cit.). Come osservato dal CSM nel Parere sul Disegno di Legge relativo a: *“Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere (A.S. 1200)”*, pratica num. 19/PP/2019, delibera dell'8 maggio 2019, *“l'indicazione del termine appare, dunque, funzionale a responsabilizzare il P.M., valendo, a presidio della sua inosservanza, il rilievo che il ritardo potrebbe assumere a fini disciplinari o di responsabilità civile”*.

¹⁷ La prima opzione (nel senso della possibilità anche di omettere del tutto l'atto in presenza delle esigenze specificate) sembra essere stata data per scontata dai primi commentatori.

informazioni dalla vittima si palesa quantomeno superflua se non addirittura controproducente.

Se infatti – come è lecito ipotizzare – l’eccezione relativa al minorenni si giustifica in relazione alle peculiari modalità di escussione previste nel medesimo articolo al comma 2, si sarebbe dovuta estendere in generale a ogni “*persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità*” alla quale sono riservate identiche accortezze.

Secondo i primi commentatori, con riferimento alla vittima vulnerabile l’eccezione potrebbe comunque fondarsi, non senza uno sforzo interpretativo, sull’esigenza di riservatezza delle indagini, menzionata nella seconda parte della disposizione¹⁸.

Tale esigenza include certamente il caso in cui la persona offesa non coincida con il denunciante.

In tale previsione vengono, più in generale, fatti rientrare tutti quei casi in cui sia opportuno far precedere l’escussione della persona offesa/denunciante da attività di riscontro delle propalazioni accusatorie (eventualmente anche tecniche o comunque a sorpresa)¹⁹.

Ciò nondimeno, residuano ulteriori situazioni in cui ragioni di opportunità o di economia processuale suggerirebbero di non dare corso all’atto investigativo in questione. Si pensi, ad esempio, alle ipotesi in cui la notizia di reato appare *ictu oculi* infondata²⁰ o corredata dalla remissione di querela intervenuta a brevissima distanza dalla proposizione della stessa oppure ai casi in cui – a prescindere dal regime di procedibilità della fattispecie – la vittima abbia già esplicitato la propria volontà di non perseguire penalmente l’autore del reato.

Si pensi ancora all’ipotesi in cui, all’opposto, la querela, tempestivamente presentata, sia già esaustiva o la polizia giudiziaria abbia proceduto di iniziativa a escutere la vittima, approfondendo e sviscerando debitamente le circostanze dei fatti per cui si procede. In tali casi l’omissione dell’atto si potrebbe giustificare in relazione alla necessità di preservare la vittima dal rischio di usura della testimonianza (necessità peraltro esplicitata nel precedente comma 1-*bis* del medesimo articolo, che, in relazione alla assunzione di sommarie informazioni da persone minori o dalla persona offesa, anche maggiorenne, in condizione di particolare vulnerabilità, fa obbligo al Pubblico

¹⁸ G. AMATO, *Spazio alla delega dell’obbligo di sentire la persona offesa*, cit.

¹⁹ Nelle “*prime linee guida per l’applicazione della legge Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*”, emanate dal Procuratore della Repubblica di Tivoli (prot.n. 1229/19 U del 31 luglio 2019, reperibili sul sito dell’Ufficio), si propone una interpretazione della novella conforme alla normativa internazionale, costituzionale e rispettosa del quadro normativo interno.

Analogamente il Procuratore di Varese, nelle [Direttive interpretative conseguenti all’entrata in vigore della legge 19 luglio 2019 n. 69 cd. Codice Rosso](#) (pubblicate in questa Rivista, 25 novembre 2019) evidenzia come la norma “*non si presta ad una pacifica interpretazione*” e sottolinea l’opportunità, in attesa che si formi una giurisprudenza consolidata, di “*un’interpretazione orientata ai valori costituzionali, improntata a criteri di ragionevolezza*”.

²⁰ Secondo G. AMATO, *Spazio alla delega dell’obbligo di sentire la persona offesa*, cit., una interpretazione sistematica della norma suggerisce di omettere l’assunzione di informazioni quando il Pubblico Ministero ritenga di disporre de plano l’archiviazione a modello 45 o comunque di richiedere l’archiviazione per infondatezza della notizia di reato o per altra ragione.

Ministero di assicurare, fra l'altro, che la stessa *“non sia chiamata più volte a rendere sommarie informazioni, salva l'assoluta indispensabilità per le indagini”*²¹).

Invero, come ritenuto dalla Suprema Corte in una recentissima pronuncia, *“trattandosi di disposizione acceleratoria dettata all'esclusivo scopo di apprestare un'accentuata tutela della vittima dei reati richiamati, al precipuo scopo di evitare stasi procedurali e consentire l'immediata adozione delle cautele eventualmente necessarie ad evitare la protrazione della situazione illecita in atto, la reiterazione del reato o la commissione di illeciti più gravi nel quadro quell'escalation che spesso caratterizza queste forme di devianza, laddove l'obiettivo possa essere altrimenti soddisfatto senza necessità di sottoporre la vittima a plurime audizioni, la disposizione, prendendo in particolare in esame la situazione di soggetti minorenni, consente al pubblico ministero di non procedere immediatamente all'assunzione delle informazioni da parte della persona offesa”*²².

Si pensi, ancora, alle informative che scaturiscono dalla esecuzione di misure precautelari quali l'arresto o il fermo, in relazione alle quali l'ascolto della vittima potrebbe risultare superfluo specie in caso di celebrazione del rito direttissimo.

La scelta di non procedere alla (immediata) escussione della persona offesa e/o del denunciante deve essere, secondo l'interpretazione alla quale sembrano aver aderito gli uffici di Procura, esplicitata in un apposito provvedimento e adeguatamente motivata.

Ulteriori modifiche di carattere procedurale, degne di nota, concernono le informazioni e comunicazioni alla persona offesa (artt. 90-bis e 90-ter c.p.p., 190-bis c.p.p. nonché 282-quater c.p.p. e 299 c.p.p. ritoccati dagli artt. 14 e 15 l.n. 69/2019) e i criteri di scelta delle misure cautelari (v. art. 16 con riferimento all'art. 275 c.p.p.). L'art. 14 interviene anche sulle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale, introducendo l'art. 64-bis in base al quale, se sono in corso procedimenti civili di separazione dei coniugi o cause relative ai figli minori di età o relative alla potestà genitoriale, il giudice penale che procede per un delitto di violenza domestica o di genere deve trasmettere, senza ritardo, al giudice civile, copia di una serie di provvedimenti, ivi indicati.

²¹ Identico obbligo è imposto alla polizia giudiziaria dall'art. 351 comma 1-ter c.p.p.

In tal senso è orientata la Procura di Velletri, che, nella direttiva adottata in vista della entrata in vigore della legge sul cd. Codice Rosso, ha incluso fra le possibilità di deroga l'ipotesi in cui il pubblico ministero ritenga di dover richiedere l'incidente probatorio, appunto in relazione al rischio di usurare la testimonianza e alla necessità di evitare la cd. vittimizzazione secondaria.

Il Procuratore di Varese, nelle *“Direttive”* sopra citate in nota 19, estende il catalogo delle eccezioni alla regola dell'obbligatorietà della escussione, fra l'altro, ai casi in cui la persona offesa sia convivente o comunque legata da relazione affettiva all'autore del reato e quest'ultimo non sia a conoscenza della denuncia e, viceversa, a quelli in cui la vittima non abbia notizia del procedimento o abbia dimostrato di non essere collaborativa e si renda necessario acquisire ulteriori elementi di riscontro all'ipotesi accusatoria prima di procedere alla sua escussione, a tutela della stessa persona offesa e della riservatezza delle indagini.

²² Così Cassazione penale, Sez. III, 10 ottobre 2019, dep. 22 novembre 2019, n. 47572, Pres. Rosi, Est. Reynaud.

4. Osservazioni conclusive: pregi e difetti della novella. Profili di rilevanza costituzionale.

La legge 19 luglio 2019, n. 69, ha il pregio di avere acceso il riflettore sulla tematica della violenza domestica e di genere, indirizzando alla cittadinanza il messaggio positivo della presenza e vicinanza delle istituzioni.

Da operatrice sul campo, nei pochi mesi dalla entrata in vigore, ho constatato la oggettiva velocizzazione dell'adempimento delle attività di indagini, sebbene tale risultato sia stato conseguito al prezzo (oltre che dell'incremento dei ritmi di lavoro, non sempre sostenibili, anche) della distrazione delle risorse da altri obiettivi non necessariamente meno importanti.

Essa presenta, tuttavia, macroscopiche carenze, considerazione che ha indotto più di qualche commentatore a considerarla come una occasione mancata per il legislatore²³.

La principale critica mossa al Codice Rosso attiene alla logica emergenziale sottesa alla novella, logica che, se certamente rende in termini di comunicazione mediatica, appare meno efficace sul piano delle soluzioni proposte²⁴.

Più in generale, a prescindere dalla condivisibilità e attuabilità delle soluzioni stesse, la riforma si incentra in termini esclusivi sulla repressione del fenomeno della violenza domestica e di genere, dimenticando la matrice culturale del fenomeno e la conseguente necessità di intervenire a livello preventivo.

In tale ottica appare viepiù censurabile la disposizione contenuta nell'articolo 18, che interviene sul d.l. n. 93/2013 con riferimento al riparto di somme tra le regioni per il rafforzamento della rete dei servizi territoriali, dei centri antiviolenza e dei servizi di assistenza alle donne vittime di violenza (art. 5-bis comma 2). In particolare, viene eliminata la previsione che imponeva di riservare un terzo dei fondi disponibili all'istituzione di nuovi centri e di nuove case-rifugio.

Non solo, dunque, il legislatore non ha ritenuto di potenziare strutture, pubbliche e private, *"essenziali per il realizzarsi delle precondizioni per la tutela della vittima di reato di violenza domestica e di genere"*²⁵, ma ha addirittura esposto dette strutture a un rischio di depotenziamento in assenza di adeguate risorse.

²³ In tal senso si è espresso, fra gli altri, T. PADOVANI, *L'assenza di coerenza mette a rischio la tenuta del sistema*, in *Guida dir.*, 37, 7 settembre 2019, pp. 51 ss.

²⁴ cfr. Relazione di minoranza della 2° Commissione permanente (giustizia) comunicata alla Presidenza del Senato l'11 luglio 2019.

Secondo F. FILICE, *Linguaggio giuridico e patriarcato. Perché il contrasto alla violenza di genere non sia utilizzato per affermare un diritto maschile a "difendere" le donne*, in *giudicedonna.it*, fasc. n. 1/2019, il Codice Rosso rivela un approccio culturalmente sbagliato alla problematica della violenza sulle donne: *"Alla massimizzazione della violenza punitiva – innalzamento delle pene, creazione di nuove fattispecie – corrisponde infatti la massimizzazione dello stereotipo di genere in base al quale, proprio come avvertiva bel hooks, i maschi riaffermano la propria sovranità su un territorio anche tramite la difesa del corpo delle donne"*.

²⁵ Cfr. le *"prime linee guida per l'applicazione della legge Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere"*, cit.

Si tratta, peraltro, di una scelta del tutto incoerente con il principale obiettivo posto dalle Linee guida nazionali per le Aziende sanitarie e le Aziende ospedaliere in tema di soccorso e assistenza socio-sanitaria alle donne vittime di violenza, approvate con d.P.C.M. del 24 novembre 2017, n. 151840, che è quello di costituire in ogni territorio una rete antiviolenza costituita da tutti gli attori pubblici e privati che a diverso titolo operano per la prevenzione e il contrasto alla violenza maschile contro le donne²⁶.

Sotto altro profilo, deve rilevarsi come la legge si concentri unicamente sul procedimento per le indagini preliminari, ignorando le criticità che ancora permangono nella fase del processo.

Più in generale, trattasi di riforma cd. a costo zero.

Invero, a fronte delle rilevanti novità introdotte e del conseguente impegno ricadente su tutti gli operatori (giuridici e sociali) coinvolti a vario titolo nel contrasto alla violenza domestica e di genere, il Codice Rosso non solo non ha previsto lo stanziamento di adeguate risorse, ma contiene nella norma finale una “*clausola di invarianza finanziaria*” in cui si esclude espressamente la possibilità che dalla attuazione delle disposizioni precedenti derivino nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica. “*Le amministrazioni interessate – si legge nell’art. 21 della l.n. 69/2019 – provvedono ai relativi adempimenti con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente*”.

Appare quasi paradossale, in considerazione della clausola sopra citata, la previsione contenuta nell’articolo 5, che prevede l’attivazione di corsi di formazione per il personale della Polizia di Stato, dell’Arma dei carabinieri e della Polizia penitenziaria.

Con riferimento specifico alle modifiche del codice di rito volte a sollecitare la rapida definizione dei procedimenti in materia di violenza domestica e di genere, la soluzione adottata dalla novella (consistente nell’imporre sistematicamente l’ascolto della vittima entro tre giorni dall’iscrizione della notizia di reato) sembra tradirne l’intenzione.

Se, infatti, lo scopo della legge n. 69/2019 è quello di evitare ingiustificati ritardi nella presa in carico delle notizie di reato e sottovalutazioni delle stesse da parte degli organi investigativi, l’imposizione dell’atto istruttorio *de quo*, entro il termine stringente anzidetto, in relazione a tutti i procedimenti aventi a oggetto il catalogo di reato indicati negli artt. 1-3 l.n. 69/2019 induce inevitabilmente un livellamento dei procedimenti stessi.

Non senza considerare l’incremento oggettivo del numero denunce presentate scaturito proprio dalla pubblicizzazione dell’entrata in vigore del Codice Rosso, con conseguente notevole aumento del carico di lavoro degli uffici giudiziari (ferme restando le già limitate risorse umane e organizzative trattandosi, come già ricordato, di riforma a legislazione invariata).

In altre parole, se tutto è urgente, niente è urgente²⁷.

²⁶ Ne parla diffusamente F. FILICE, *La violenza di genere*, Officina del Diritto, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, pp. 24 ss.

²⁷ Vale la pena riferire che alcuni consiglieri del CSM hanno sollecitato l’apertura di una pratica per monitorare l’impatto sugli uffici di Procura derivanti dall’entrata in vigore della disciplina cosiddetta del

La delegabilità alla polizia giudiziaria dell'atto investigativo imposto al Pubblico Ministero ex art. 362 comma 1-ter c.p., pure unanimemente condivisa stante l'inesigibilità in concreto di una soluzione diversa, sembra travisare l'intenzione del legislatore di rimettere al magistrato, attraverso un contatto diretto con la persona offesa, la valutazione della serietà della denuncia e della concretezza del pericolo eventualmente incombente sulla vittima.

Le descritte criticità ingenerano il rischio concreto che l'assunzione di informazioni dalla persona offesa/denunciante si traduca in un adempimento meramente formale, magari curato dal Pubblico Ministero di turno (questa la scelta operata da alcuni uffici di procura) con buona pace della specializzazione.

Ad avviso di chi scrive l'imposizione dell'obbligo in questione, se pure corrispondente all'intenzione del legislatore, non è poi scontata alla luce della formulazione testuale della norma.

Invero, l'art. 362 c.p. si colloca nel Titolo V del libro V del codice di procedura penale, dedicato alle *"attività del Pubblico Ministero"*. Detto titolo, dopo avere esplicitato all'art. 358 c.p. le finalità delle attività di indagine del Pubblico Ministero, contiene il catalogo degli atti che possono essere compiuti dal predetto ufficio, personalmente o per delega alla polizia giudiziaria (cfr. art. 370 c.p.p.)

Muovendo da una interpretazione lessicale della previsione contenuta nel neointrodotta comma 1-ter dell'art. 362 c.p., si rileva che il verbo impiegato è il presente (*"il Pubblico Ministero assume sommarie informazioni ..."*); non sono utilizzate forme imperative.

Si tratta, peraltro, della identica espressione contenuta in apertura del comma 1 del medesimo articolo: non v'è dubbio, al riguardo, che l'assunzione di sommarie informazioni dalle persone che possono riferire circostanze utili ai fini delle indagini non sia imposta al Pubblico Ministero, costituendo uno dei possibili atti esperibili dell'ambito del procedimento per le indagini preliminari.

Il successivo comma 1-bis c.p.p., specificamente dedicato all'ascolto del minore vittima o testimone di determinati reati o della cd. vittima vulnerabile, nell'imporre al magistrato l'utilizzo di cautele ben precise si esprime nei seguenti termini: *"il pubblico ministero, quando deve assumere informazioni ..."*. Seguono le prescrizioni (avvalersi dell'ausilio di un esperto in psicologia; curare che la persona da ascoltare non abbia contatti con l'indagato; evitare l'escussione ripetuta), ferma restando la discrezionalità del Pubblico Ministero in ordine al compimento dell'atto.

Proprio la previsione, al comma 1-bis dell'art. 362 del c.p.p., dell'obbligo di evitare che la vittima vulnerabile *"sia chiamata più volte a rendere sommarie informazioni"* (introdotto dal d.lgs. 212/2015), rende incredibile l'imposizione, al comma successivo, dell'obbligo di procedere al suo ascolto.

Codice Rosso, evidenziando il rischio che la trattazione urgente di tutte le notizie di reato in materia di violenza domestica e di genere potrebbe determinare un abbassamento del livello di tutela per i fatti più gravi, tenuto peraltro conto delle risorse umane e organizzative a disposizione. Inoltre, considerata la formulazione ambigua della disciplina procedimentale, è ragionevole ipotizzare una applicazione eterogenea della stessa da parte dei diversi uffici.

Una lettura sistematica delle due disposizioni depone nel senso della esclusione della obbligatorietà dell'atto, quantomeno nelle ipotesi in cui il contenuto della querela o del verbale di sommarie informazioni eventualmente già assunte di iniziativa dalla polizia giudiziaria siano sufficientemente esaustivi²⁸.

A tutto voler concedere, la disposizione in esame presenta profili di incostituzionalità.

Come è noto, il principio di obbligatorietà dell'azione penale, sancito ex art. 112 Cost., è uno dei capisaldi su cui si fonda il nostro ordinamento penalistico. Esso costituisce una specificazione del principio di legalità secondo cui nessuno può essere punito per fatti che non sono previsti dalla legge come reato e, viceversa, ciascuno deve essere punito se il fatto è previsto dalla legge come reato al momento in cui è stato commesso.

L'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale *“concorre a garantire, da un lato, l'indipendenza del Pubblico Ministero nell'esercizio della propria funzione e, dall'altro, l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale”*²⁹.

Dall'obbligo dell'azione penale discende quello di indagare, *“per verificare la sussistenza di elementi che consentano l'esercizio dell'azione stessa”*³⁰.

Il principio di completezza delle indagini – esplicitato negli artt. 326 e 358 c.p.p. – è, dunque, una declinazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale³¹: la

²⁸ Trattasi peraltro della conclusione condivisa da alcuni commentatori e capi degli uffici di procura, come già illustrato nel precedente paragrafo, e suggerita esplicitamente da Cassazione penale sez. III, sentenza n. 47572/2019, citata in nota 22, secondo cui *“l'applicazione dell'art. 362 c.p.p., comma 1-ter, andrà dunque temperata con la previsione contenuta nell'art. 392, comma 1-bis, del codice, essendosi già ricordato come l'art. 20 della Direttiva 2012/29/UE preveda, da un lato, che l'audizione della vittima si svolga senza indebito ritardo dopo la presentazione della denuncia relativa a un reato presso l'autorità competente; d'altro lato, che il numero delle audizioni della vittima sia limitato al minimo e le audizioni abbiano luogo solo se strettamente necessarie ai fini dell'indagine penale”*.

²⁹ Corte Cost., sentenza n. 84 del 1979. *“Realizzare la legalità nell'eguaglianza non è concretamente possibile se l'organo cui l'azione è demandata dipende da altri poteri: sicchè di tali principi è imprescindibile requisito l'indipendenza del pubblico ministero”* (Corte Cost. sentenza 15.2.1991, ud. 28.1.1991, n.88).

³⁰ E. MUSCO, *A proposito... di legalità penale*, in *Archivio penale* 2014, n. 2. L'obbligo di indagare è una precondizione dell'obbligo di agire, cfr.

³¹ cfr. in tal senso M. CONTE, M. GEMELLI, F. LICATA, *Le prove penali*, Giuffrè, 2011, p. 555.

“L'esercizio dell'azione penale, in altri termini, esprime una scelta logicamente sorretta da una valutazione del requirente circa la fondatezza della notizia originariamente acquisita, scaturente da una situazione procedimentale caratterizzata dal reperimento di elementi conoscitivi ritenuti – nella proiezione dibattimentale del loro valore, della loro efficacia, della loro evoluzione o involuzione – idonei a condurre ad una decisione adesiva alla tesi ricostruttiva dell'accusa. (...)”

L'esercizio dell'azione penale, ancorché concreto, realizza una fattispecie comunque sintetizzata in una istanza che il pubblico ministero – in forza di una opzione costituzionale servente il valore fondamentale garantito dall'art. 3 Cost. e, in ultima analisi, la caratterizzazione democratica del nostro assetto costituzionale – è obbligato a rivolgere al giudice e la previsione di termini entro i quali diffondere gli sforzi investigativi tesi ad acquisire elementi di conoscenza sufficienti a confrontarsi con il parametro ontologico previsto dall'art. 408, c. 1 c.p.p., al pari della previsione di un momento preliminare di verifica della bontà della determinazione persecutoria del requirente, sono fattori al servizio e non in antitesi rispetto alla garanzia di effettività del canone costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale” (così L. SURACI, *“Vecchie” questioni e “nuovi” progetti in tema di controllo sull'iscrizione nel registro delle notizie di reato. Davvero un problema irrisolvibile?*, Enciclopedia Treccani online, 9 maggio 2010).

assunzione ponderata da parte del Pubblico Ministero delle determinazioni in ordine all'esercizio dell'azione penale (determinazioni peraltro sottoposte in ogni caso al vaglio di un magistrato giudicante) presuppone l'espletamento di indagini il più possibile approfondite e complete, *"essendo poi la completezza un concetto non certo predicabile in astratto, ma visualizzabile solo con riferimento alle singole fattispecie concrete"*³².

A tal uopo, il codice di procedura penale dota gli investigatori degli strumenti opportuni, ponendo a disposizione del Pubblico Ministero una vasta gamma di atti fra cui scegliere³³.

Se, quindi, il Pubblico Ministero ha il dovere di indagare, egli conserva tuttavia un potere discrezionale di scelta degli atti investigativi da compiere in relazione alla fattispecie concreta di volta in volta sottoposta alla sua attenzione.

La discrezionalità delle scelte investigative costituisce espressione del potere-dovere di investigare e, quindi, del principio di obbligatorietà dell'azione penale.

In tale cornice, l'imposizione al Pubblico Ministero – ex art. 362 comma 1 *ter* c.p.p. introdotto dalla l.n. 69/2019 – dell'obbligo di compiere un atto investigativo e della relativa calendarizzazione costituisce una assoluta novità nel panorama normativo italiano, comprimendo inopinatamente i poteri discrezionali del magistrato *dominus* del procedimento delle indagini preliminari.

Sotto altro profilo, la previsione contenuta nel comma 1 *ter* dell'art. 362 c.p.p., come più volte ribadito nel presente contributo, appare incoerente con quella contenuta nel precedente comma 1 *bis* che, nell'imporre al Pubblico Ministero, quando procede all'ascolto della vittima vulnerabile, di avvalersi dell'ausilio di un esperto in psicologia, raccomanda, fra l'altro, di evitare che la predetta sia chiamata più volte a rendere sommarie informazioni, salva l'assoluta indispensabilità per le indagini. Orbene, alla luce di siffatta raccomandazione, l'imposizione del compimento dell'atto di assunzione di sommarie informazioni dalla persona offesa/denunciante, entro gli stringenti margini di discrezionalità concessi dalla novella, appare sindacabile sul piano della ragionevolezza intrinseca della scelta legislativa compiuta.

Il principio di ragionevolezza, originariamente inteso quale applicazione del criterio di uguaglianza sancito dall'art. 3 della Costituzione, è stato successivamente interpretato dalla Corte Costituzionale quale canone autonomo di valutazione della

³² C. VALENTINI, *"La completezza delle indagini, tra obbligo costituzionale e (costanti) elusioni della prassi."*, in *Archivio penale* n. 3, 2019. Secondo l'Autrice, *"è al singolo sostituto procuratore che spetta decidere se disporre intercettazioni o meno, se ordinare sopralluoghi sulla scena criminis, se avvalersi di competenze tecnico-scientifiche per la ricostruzione degli eventi, quali potenziali testimoni sentire e quando sentirli, se e cosa sequestrare; se chiedere cautele a protezione delle vittime e quali cautele prediligere: sono queste, inesorabilmente, tutte scelte connotate da valutazioni di tecnica investigativa, senza alcun dubbio discrezionali"*.

³³ Secondo E. BRUTI LIBERATI, *"Le scelte del pubblico ministero: obbligatorietà dell'azione penale, strategie di indagine e deontologia"*, in *Quest. giust.*, 2018, 1, 14 e ss., il dovere di indagare è *"costruito giustappunto come potere/dovere discrezionale, ovvero quale obbligo di scelta tra varie opzioni tutte apparentemente legittime, posto che il codice non indica certo al p.m. quale atto scegliere in relazione all'una o l'altra casistica, limitandosi ad indicare un novero di atti investigativi, tutti teoricamente plausibili alle condizioni indicate nelle varie disposizioni"*.

legittimità costituzionale delle leggi in relazione alla “coerenza, congruenza, congruità, proporzionalità, necessità, misura, pertinenza, e così via”³⁴.

D'altronde l'obbligo di preservare la persona offesa in condizioni di particolare vulnerabilità dal rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta rispecchia le indicazioni delle norme e della giurisprudenza comunitarie, di tal che la previsione in esame risulta tacciata di incostituzionalità, altresì, per violazione dell'art. 117 Cost. in relazione all'inosservanza dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

In particolare, il primo strumento internazionale giuridicamente vincolante in materia di contrasto alla violenza domestica e di genere è costituito dalla Convenzione di Istanbul, ratificata dall'Italia con legge 27 giugno 2013, n. 77³⁵, che all'art. 56 (*“Misure di protezione”*) prevede l'obbligo per le Parti di adottare *“le misure legislative o di altro tipo destinate a proteggere i diritti e gli interessi delle vittime, compresi i loro particolari bisogni in quanto testimoni in tutte le fasi delle indagini e dei procedimenti giudiziari, in particolare: a. garantendo che siano protette, insieme alle loro famiglie e ai testimoni, dal rischio di intimidazioni, rappresaglie e ulteriori vittimizzazioni”*. La stessa disposizione prevede la necessità di assicurare, ove possibile, che siano evitati i contatti fra le vittime e gli autori dei reati all'interno dei tribunali e degli uffici delle forze dell'ordine (lettera g) e la possibilità che le vittime testimonino in aula senza essere fisicamente presenti (lettera i).

Già in precedenza la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si era occupata del tema della violenza domestica e di genere, emettendo condanne nei confronti di alcuni stati membri in relazione alla assenza di (adeguata) tutela della vittima³⁶.

Successivamente alla ratifica della Convenzione di Istanbul, il legislatore italiano ha adottato numerosi ulteriori provvedimenti finalizzati ad adeguare il sistema di tutela penale agli *standards* europei; fra i principali interventi meritano di essere ricordati, ancora una volta, la legge 15 ottobre 2013, n. 119 (nota come “legge sul femminicidio”), il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24 (attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime, che sostituisce la decisione quadro 2002/629/GAI), e, da ultimo, il già citato d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212, che ha dato attuazione alla Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2011/220/GAI.

³⁴ M. FIERRO, *La ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *“I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle corti europee”*, Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale tra Corte costituzionale italiana, Tribunale costituzionale spagnolo e Corte costituzionale portoghese, Corte Costituzionale Servizio studi, luglio 2013.

³⁵ Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, approvata dal Consiglio d'Europa il 7 aprile 2011, aperta alla firma dall'11 maggio 2011 a Istanbul.

³⁶ Il tema è approfondito da M.G. RUO, *“Nell'attuazione dell'accordo Istanbul il rebus del contrasto”*, in *Guida dir.*, 37, 7 settembre 2019, pp. 56 ss. *“Con esplicito riferimento alla giurisprudenza di Strasburgo, la Convenzione di Istanbul qualifica direttamente la violenza contro le donne come violazione dei diritti umani e una forma di discriminazione nei loro confronti”*.

Ciò nondimeno, le misure approntate si rivelano insufficienti, segnatamente sul piano della prevenzione e protezione delle vittime: in tale ottica, l'Italia è stata severamente condannata dalla Corte EDU nella recente pronuncia *Talpis* contro Italia del 2 marzo 2017³⁷.

³⁷ M.G. RUO, *Caso Talpis: stereotipi e sottovalutazione, Italia senza politiche*, in *Guida dir.*, 37, 7 settembre 2019, pp. 59 ss.

LA COMPARTECIPAZIONE CRIMINOSA DEL CONSULENTE FISCALE E LA CONTROVERSA COMUNICABILITÀ DELLA RELATIVA AGGRAVANTE

di Davide Attanasio

L'articolo 12 d.lgs. 24.9.2015 n. 158 ha introdotto nel principale corpus della legislazione penal-tributaria l'articolo 13-bis, al cui terzo comma è previsto l'aumento della pena in misura di metà qualora i reati siano stati commessi dal concorrente nell'esercizio di un'attività di consulenza fiscale, attraverso l'elaborazione o commercializzazione di modelli di evasione. La nuova circostanza aggravante si ispira alla finalità – perseguita anche in altri ambiti del settore penalistico – di incrementare la risposta punitiva per le condotte poste in essere dal professionista qualora, per mezzo delle proprie competenze specialistiche, agevoli la commissione dei reati. Il presente contributo si propone di analizzare i profili di maggior interesse della novella normativa e cercherà di offrire alcuni spunti di riflessione in merito agli aspetti prima facie più critici, fra i quali spicca il tema della comunicabilità della circostanza aggravante al concorrente intraneus rispetto al reato fiscale, che per questa via potrebbe patire un ingiustificato aumento di pena.

SOMMARIO: 1. Premessa: vecchie e nuove istanze di 'criminalizzazione' dell'attività professionale – 2. L'aggravante 'professionale' nella riforma penal-tributaria – 2.1. Lo status di professionista (o di intermediario bancario/finanziario) – 2.2. La commercializzazione o l'elaborazione di modelli di evasione fiscale – 3. L'estensibilità della circostanza aggravante alla posizione dell'intraneus – 3.1. La disciplina generale di imputazione delle circostanze – 3.2. (segue) Focus sulla circostanza aggravante imputabile al consulente fiscale – 4. Osservazioni conclusive.

1. Premessa: vecchie e nuove istanze di 'criminalizzazione' dell'attività professionale.

La circostanza aggravante di cui all'art. 13-bis co. 3 d.lgs. 10.3.2000 n. 74¹ si inserisce nel più articolato scenario del 'rischio penale' del professionista², al quale può

¹ La disposizione in commento è stata introdotta per mezzo dell'art. 12 d.lgs. 24.9.2015 n. 158, in attuazione dell'art. 8 co. 1 l. 11.3.2014 n. 23.

² La responsabilità del professionista sancita in forma aggravata dalla normativa in commento si innesta nel paradigma normativo di cui all'art. 110 c.p., in ragione del quale il consulente, fornendo modelli di evasione fiscale al cliente, partecipa all'attività delittuosa da quest'ultimo eseguita (*infra* n. 2 per l'analisi della struttura oggettiva e soggettiva dell'aggravante). Come si dirà meglio nel seguito del lavoro (*infra* n. 2.2), le contestazioni nei riguardi del professionista non si limitano ovviamente alla sola disciplina ivi trattata, posto

essere elevato un addebito per aver partecipato, il più delle volte attraverso un contributo atipico (ad esempio: consigli, pareri, consulenze), al fatto di reato commesso da altri (nel caso dei reati tributari, dal contribuente).

L'interesse nei confronti della descritta dinamica criminosa è oramai dirompente, tanto in sede legislativa³, quanto nella prassi⁴.

Il meccanismo di ampliamento del penalmente rilevante con riguardo alle attività professionali *lato sensu* di consulenza è tradizionalmente ricondotto a una considerazione di carattere socio-economico, *id est* la crescente tendenza alla complessità degli adempimenti connessi alle attività imprenditoriali in genere, così da richiedere la presenza praticamente costante di uno o più consulenti a supporto delle scelte organizzative e gestionali⁵.

In chiave squisitamente penalistica sembra peraltro intravedersi un *fil rouge* degli interventi legislativi (e delle decisioni delle Corti) nel più marcato disvalore delle condotte poste in essere dal professionista e, in senso lato, degli illeciti cui lo stesso partecipa. Il consulente, infatti, tramite le proprie competenze specialistiche, fornisce spesso apporti ad elevato contenuto tecnico, che, se orientati al perseguimento di finalità criminose della clientela, divengono difficilmente intellegibili per le agenzie di controllo, il che ne accentua giocoforza la portata lesiva.

che il 'rischio penale' insito nello svolgimento della sua attività potrebbe concretizzarsi nelle forme più svariate. Intanto, sempre con riguardo al settore penal-tributario, il comportamento del consulente potrebbe non manifestarsi quale elaborazione o commercializzazione di modelli (seriali) di evasione, cionondimeno la sua condotta potrebbe essere ugualmente raggiunta da una contestazione a titolo di responsabilità concorsuale non aggravata. Il 'rischio penale' dell'attività professionale potrebbe poi estendersi, tanto nella forma concorsuale, quanto nella forma monosoggettiva, ad altri settori del diritto penale. Si consideri, quale esempio di reato proprio monosoggettivo, l'art. 236-bis l. fall., che sanziona chi, nelle relazioni o attestazioni di cui agli artt. 67, co. 3, lett. d, 161, co. 3, 182-bis, 182-quinquies, 182-septies e 186-bis l. fall., espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti. Tale fattispecie di reato – si legge nella documentazione dei lavori preparatori – è stata introdotta con la precipua finalità di bilanciare la centralità riconosciuta al professionista nell'ambito della gestione delle procedure di risanamento aziendale (cfr. nota di lettura per il Senato, a.s. n. 3426, 2012, 104, consultabile in www.senato.it). Per una disamina analitica del reato si veda G. BERSANI, *La responsabilità penale del professionista attestatore ai sensi dell'art. 236-bis l.f.*, in *IP* 2014, 107 ss. Sempre sul tema, poi, F. MUCCIARELLI, *Il delitto di falso in attestazioni e relazioni: il professionista-attestatore e le valutazioni*, in *IP* 2014, 129 ss. e A. ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali. Uno sguardo d'insieme*, Milano 2016, 90 ss.

³ La normativa in commento non è infatti l'unica ad aver interessato la figura del professionista. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, ai reati di riciclaggio e autoriciclaggio (artt. 648-bis e 648-ter.1 c.p.), che prevedono un aumento di pena quando i fatti sono commessi nell'esercizio di un'attività professionale (o di un'attività bancaria o finanziaria nel caso dell'autoriciclaggio).

⁴ Nel settore penal-tributario si veda *ex multis* Cass. 2.3.2016 n. 17418, in www.ilpenalista.it, 13.6.2016, con nota di G. MINNITI, *Il concorso del professionista nei reati tributari*; Cass. 14.11.2017 n. 1999, in *D&G* 18.1.2018, con nota di E. FONTANA, *Pugno duro verso il commercialista che concorre nei reati tributari*; e più di recente Cass. 29.3.2019 n. 28158, in *GD*, 2019 (30), 26, ove è stata affermata la penale responsabilità del commercialista che si era rappresentato (quantomeno nelle forme del dolo eventuale) la falsità dei documenti impiegati per la dichiarazione fiscale.

⁵ Già T. PADOVANI, *I soggetti responsabili per i reati tributari commessi nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 377, riferiva della prassi di affidare a collaboratori dotati di specifiche conoscenze la gestione di problemi di particolare complessità tecnica.

La suddetta impostazione politico-criminale, come meglio si dirà più avanti (*infra* n. 2), è verosimilmente alla base della circostanza aggravante analizzata nel presente contributo, nella misura in cui prevede un aggravio sanzionatorio per vicende che, alla luce del concreto atteggiarsi delle condotte (*i.e.* elaborazione/commercializzazione di modelli di evasione), sarebbero connotate da un maggior grado di offensività.

V'è da dire, inoltre, che nell'ambito della responsabilità concorsuale del professionista – argomento che meriterebbe una ben più ampia trattazione⁶ – si innestano una serie di problematiche dalla complessa trattazione. Non è inusuale, infatti, che nella prassi si presti un'attenzione inadeguata al momento di accertamento della rilevanza causale della condotta del consulente, nonché del dolo di concorso a quest'ultimo addebitabile⁷.

A ciò si aggiunga, peraltro, che quella del professionista è un'attività 'neutrale'⁸: le prestazioni ad essa connesse sono infatti di per sé lecite (sotto forma di assistenza del cliente, di consulenza, di pareristica). Vengono così in rilievo interessi del consulente – specie di natura patrimoniale – che dovrebbero essere meritevoli di particolare attenzione anche da parte del settore penalistico, il cui intervento, attraverso un'attenta lettura della materia da parte del legislatore prima, dei giudici poi, dovrebbe essere circoscritto ai soli casi di *extrema ratio*, a meno di non voler giungere ad una diffusa criminalizzazione dell'attività professionale⁹.

Poste queste premesse, è bene soffermarsi sull'oggetto specifico del presente contributo (*id est* l'art. 13-bis co. 3 d.lgs. 74/2000). Si procederà, in primo luogo, con la descrizione dell'*iter* legislativo che ha portato all'introduzione della novella normativa. Si effettuerà, poi, un'analisi degli elementi strutturali della circostanza aggravante, vagliandone sia i profili oggettivi che quelli soggettivi. La parte centrale del lavoro sarà invece dedicata a un sintetico approfondimento sul regime di comunicabilità del dato circostanziale al correo (qui: il cliente-contribuente), così da comprendere se anch'egli possa essere interessato dal severo aumento di pena derivante dall'applicazione della

⁶ Uno studio interamente dedicato è stato condotto da E. BASILE, *Consiglio tecnico e responsabilità penale. Il concorso del professionista tramite azioni «neutrali»*, Torino 2018.

⁷ Per una lucida analisi a riguardo si rimanda a F. MUCCIARELLI, *L'individuazione delle responsabilità nel diritto penale d'impresa, principi generali*, in *Diritto penale dell'impresa*, diretto da C. Parodi, Milano 2017, 26 ss. L'Autore si sofferma dapprima sulla rilevanza eziologica del contributo atipico del professionista, sussumibile tanto in una logica agevolativa del fatto di reato (tesi preferita in giurisprudenza asserisce l'A.), quanto nel meccanismo della *condicio sine qua non* (indirizzo invece preferito in dottrina, cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale, parte generale*⁷, Milano 2018, 511 ss.). Una seconda analisi, poi, è condotta sulla colpevolezza, tematica in relazione alla quale l'A. esprime alcune perplessità sulla prassi giurisprudenziale di 'accontentarsi' della ricorrenza del dolo eventuale (*ivi*, 32).

⁸ Tale espressione è tratta dal lavoro di E. BASILE, *Consiglio tecnico e responsabilità penale. Il concorso del professionista tramite azioni «neutrali»*, cit. e, in particolare, dalle teorizzazioni della dottrina tedesca sulle c.d. *neutrale Handlungen*, *ivi*, 92 ss.

⁹ Un appello in tal senso è stato formulato da P. CORSO, *Da che parte sta il professionista nella lotta tra giustizia e crimine?*, in *IQ* 21.7.2018, su www.ipsa.it. L'Autore, sottolineando come in molti casi il reato venga commesso dal cliente all'insaputa del professionista, esorta la magistratura al «massimo approfondimento e (al)la massima attenzione prima di assumere iniziative giudiziarie drammaticamente distruttive della vita e del lavoro del professionista coinvolto».

circostanza in discorso. Si forniranno, infine, delle notazioni conclusive sull'eventuale opportunità di apportare alcuni correttivi alla disciplina in commento.

2. L'aggravante 'professionale' nella riforma penal-tributaria.

Nell'ambito di un ampio intervento di razionalizzazione del settore penal-tributario è stato inserito nel d.lgs. 74/2000 l'art. 13-bis, il cui terzo comma contempla una circostanza aggravante speciale e ad effetto speciale, applicabile nei confronti del professionista che, nell'esercizio di un'attività di consulenza, concorra a commettere, attraverso l'elaborazione o la commercializzazione di "modelli di evasione fiscale", uno dei reati di cui al Titolo II del succitato decreto legislativo.

Nell'analisi della novella normativa conviene dapprima soffermarsi sulle tappe del percorso riformatore, criticabile – in rapporto al canone giuspenalistico di legalità – a partire dalla dimensione della riserva di legge. L'introduzione della disposizione *de qua*, nelle forme del sempre più ricorrente binomio legge delega/decreto legislativo, era orientata – stando alla scarsa cornice del provvedimento delegante – alla revisione del sistema fiscale, affinché quest'ultimo potesse divenire "più equo, trasparente e orientato alla crescita"¹⁰.

Nella delineata prospettiva, l'impiego da parte del Parlamento del lemma "revisione" (del sistema fiscale e sanzionatorio), in luogo della più incisiva denominazione di "riforma", suggerisce invero l'intenzione di inserire la novella normativa in un percorso di continuità con i precedenti interventi in materia fiscale¹¹.

Non desta d'altronde sorpresa il ricorso alla legislazione delegata nel settore penalistico, da lungo tempo invalso nella prassi. È come noto maggioritaria in dottrina e nella giurisprudenza della Consulta l'opinione che propende per l'inclusione nel concetto di legge *ex art. 25 Cost.* anche degli atti aventi forza di legge (*i.e.* decreto legge e decreto legislativo)¹². Cionondimeno, residuano non poche perplessità in merito a

¹⁰ Così la stessa intitolazione della legge delega 11 marzo 2014, n. 23 (*"Delega al Governo recante disposizioni per un sistema fiscale più equo, trasparente e orientato alla crescita"*), consultabile su www.camera.it.

¹¹ Di questa idea è A. INGRASSIA, [I reati del sostituto d'imposta dopo la revisione del sistema penale tributario tra scelte d'incriminazione irragionevoli ed eccessi di delega](#), in *Dir. pen. cont.*, 2 febbraio 2016.

¹² G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*⁶, Bologna 2009, 47 ss.; T. PADOVANI, *Diritto Penale*¹¹, Milano 2017, 22 ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*⁸, Milano 2003, 41 ss. In senso critico, invece, C. CUPELLI, *La legalità delegata*, Napoli 2012, 55 ss.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *op. cit.*, 46 ss. Per un approfondimento ulteriore si veda V. MANES, *Principi costituzionali in materia penale (diritto penale sostanziale)*, aggiornato a settembre 2014, in www.cortecostituzionale.it. Nella giurisprudenza costituzionale, si segnala una pronuncia della Consulta, che, valorizzando il dettato dell'art. 76 Cost., è intervenuta sul tema della legislazione delegata in materia penale. Merita di essere qui richiamato un passaggio della pronuncia: «Il difetto di delega denunciato dai giudici rimettenti, se esistente, comporterebbe un esercizio illegittimo da parte del Governo della funzione legislativa. L'abrogazione della fattispecie criminosa mediante un decreto legislativo, adottato in carenza o in eccesso di delega, si porrebbe, infatti, in contrasto con l'art. 25, secondo comma, Cost., che demanda in via esclusiva al Parlamento, in quanto rappresentativo dell'intera collettività nazionale, la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni loro applicabili, precludendo al Governo scelte di politica criminale autonome o contrastanti con quelle del legislatore delegante (...). La verifica sull'esercizio da parte del Governo della

siffatte modalità di esercizio del potere legislativo, specie quando le leggi delega si traducono in veri e propri incarichi in bianco, che, ai limiti del rispetto del principio di legalità, lasciano ampi spazi di manovra al potere esecutivo in materia penale.

Nel richiamato assetto dogmatico e politico-criminale trova collocazione l'art. 8 l. 11.3.2014, n. 23 (legge-delega cui si deve l'emanazione del d.lgs. 158/2015), che, individuando quale *fil rouge* dell'intervento riformatore i principi di effettività e proporzionalità della pena, ha delegato il governo a revisionare il sistema sanzionatorio con la limitazione del presidio penalistico ai casi di condotte connotate da profili di insidiosità o frode, *ergo* da un maggior disvalore. La legge delega non ha tuttavia fissato principi e criteri direttivi dettagliati, limitandosi piuttosto ad affermare – con precipuo riferimento ai profili del trattamento punitivo – che la cornice edittale dovesse comunque essere confinata entro un minimo di sei mesi e un massimo di sei anni di reclusione. Così facendo, il Parlamento ha lasciato ampi margini di manovra all'esecutivo, chiamato a compiere significative scelte entro la sbiadita cornice della legge-delega¹³.

Con specifico riguardo alla circostanza aggravante di cui al terzo comma del nuovo art. 13-bis d.lgs. 74/2000 possono quindi sollevarsi seri dubbi di legittimità costituzionale, strettamente connessi al dato quantitativo dell'incremento sanzionatorio (aumento secco della metà della pena): qualora la pena-base ecceda nel massimo i quattro anni di reclusione (come ad esempio accade per l'art. 2 d.lgs. 74/2000, il cui limite edittale è pari a sei anni), per effetto dell'applicazione del meccanismo circostanziale in esame è possibile superare, con una (apparente) rottura degli artt. 25 e 76 Cost., i pur ampi confini tracciati dalla legge delega (che, come detto, indicava il limite di pena detentiva nella misura di sei anni)¹⁴.

*funzione legislativa delegata diviene, allora, strumento di garanzia del rispetto del principio della riserva di legge in materia penale, sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost., e non può essere limitata in considerazione degli eventuali effetti che una sentenza di accoglimento potrebbe produrre nel giudizio a quo. Si rischierebbe altrimenti, come già rilevato in altre occasioni da questa Corte, di creare zone franche dell'ordinamento, sottratte al controllo di costituzionalità, entro le quali sarebbe di fatto consentito al Governo di effettuare scelte politico-criminali, che la Costituzione riserva al Parlamento, svincolate dal rispetto dei principi e criteri direttivi fissati dal legislatore delegante, eludendo così il disposto dell'art. 25, secondo comma, della stessa Costituzione», così C. cost., 15.01.2014 n. 5, in Riv. it. dir. proc. pen., 2014, 965 ss. con nota di C. CUPELLI, *Riserva di legge e carenza di delega legislativa nella tormentata vicenda dell'associazione militare con scopi politici: i nuovi spazi di sindacabilità del vizio procedurale*, ivi, 977 ss. Sul punto anche M. SCOLETTA, [La sentenza n. 5/2014 della Corte Costituzionale: una nuova importante restrizione delle "zone franche" dal sindacato di legittimità nella materia penale](#), in Dir. pen. cont. – Riv. trim., 3/2014, 242 ss.*

¹³ Per una lucida critica a riguardo si veda C. CUPELLI, [Gli atti aventi forza di legge in materia penale, la delega fiscale e i soliti sospetti](#), in Dir. pen. cont. – Riv. trim., 2/2015, 4 ss. L'Autore si sofferma sulla problematica che la legge delega sempre più spesso offre «al potere esecutivo margini di discrezionalità talora illimitati, di certo eccedenti quella fisiologica attività di riempimento che lega i due livelli normativi»; e, di nuovo, A. INGRASSIA, *I reati del sostituto d'imposta dopo la revisione del sistema penale tributario tra scelte d'incriminazione irragionevoli ed eccessi di delega*, cit.

¹⁴ Il qui studiato innesto normativo è stato criticato sin dalla fase dei lavori preparatori: le Commissioni parlamentari (riunite) Giustizia e Finanze, pur esprimendo parere nel complesso favorevole sullo schema di decreto legislativo predisposto dal Governo, avevano formulato non poche riserve circa la circostanza aggravante di cui all'art. 13-bis, laddove determina(va) (in concreto) un innalzamento della pena oltre il

La suddetta criticità merita qualche ulteriore approfondimento. Occorre soffermarsi, in particolare, su due aspetti: *i*) il rapporto tra provvedimento delegante e delegato; *ii*) l'incidenza della circostanza aggravante sul trattamento sanzionatorio della fattispecie astratta di reato.

Quanto al primo profilo, come accennato, la legge-delega non ha fissato linee guida dettagliate, limitandosi genericamente a stabilire il criterio direttivo in base al quale la revisione del sistema sanzionatorio penal-tributario avrebbe dovuto ispirarsi a criteri di effettività e proporzionalità della pena, così circoscrivendo l'intervento penalistico ai comportamenti dotati di maggiore offensività. Tale ampia finalità pare essere stata recepita appieno dal legislatore delegato, che ha riservato un severo aumento di pena per le condotte poste in essere dal consulente che fornisca al contribuente – soggetto *intraneus* dei reati 'propri' di cui al Titolo II d.lgs. 74/2000 – una serie di strumenti finalizzati all'evasione, con un potenziale incremento della lesività per i beni giuridici tutelati dalle norme penali-tributarie.

È in quest'ottica che deve leggersi l'innesto normativo in commento, che – sebbene attraverso cadenze sanzionatorie assai aspre – rispecchia la maggiore riprovevolezza di condotte caratterizzate da un marcato disvalore¹⁵. A tal riguardo non paiono cogliere nel segno le critiche di chi, ravvisando un eccesso di delega, sostiene che l'introduzione della circostanza aggravante non sia stata prevista in alcuna delle clausole normative della l. 23/2014. Affinché possa dirsi rispettato il principio di cui all'art. 76 Cost., è bensì necessario che il decreto delegato si inserisca coerentemente nel quadro più o meno dettagliato tracciato dalla legge delega, ma ciò non esclude certo un margine di discrezionalità in capo all'esecutivo, che, va da sé, si restringerà o si allargherà a seconda del grado di approfondimento raggiunto nel provvedimento delegante. In questi termini si è espressa del resto la stessa Corte costituzionale, affermando che i criteri direttivi sanciti dal soggetto delegante non ostano all'emanazione di norme che rappresentano «l'ordinario sviluppo e, se dal caso, un completamento» delle scelte cristallizzate dalla volontà parlamentare¹⁶.

limite dei sei anni sancito dal legislatore delegante. Ad avviso delle Commissioni, la nuova disciplina «risulta in eccesso di delega nella parte in cui consente il superamento del massimo edittale di sei anni, previsto dal comma 1 dell'articolo 8 della legge delega n. 23 del 2014 (il che avverrebbe per i delitti di cui agli articoli 2, 3, 8, 10 e 10-quater, comma 2, del decreto legislativo n. 74)», cfr. Relazione illustrativa del d.lgs. 158/2015, 12. Il testo completo è consultabile in www.camera.it.

¹⁵ Tale impostazione trova conferma nella lettura della Relazione illustrativa del d.lgs. 158/2015, secondo la quale «l'articolo 8 ha dettato importanti linee guida di revisione del sistema, finalizzate, da un lato, ad articolare meglio i rapporti tra sistema sanzionatorio penale e sistema sanzionatorio amministrativo, regolati, come noto, dal principio di specialità, e, dall'altro, a ridurre l'area di intervento della sanzione punitiva per eccellenza – quella penale – ai soli casi connotati da un particolare disvalore giuridico, oltre che etico e sociale, identificati, in particolare, nei comportamenti artificiosi, fraudolenti e simulatori, oggettivamente o soggettivamente inesistenti, ritenuti insidiosi anche rispetto all'attività di controllo», cfr. Relazione illustrativa, cit., 1.

¹⁶ C. cost., 24.6.2010 n. 230, in GCos. 2010, 3610 ss., con nota di P. CARNEVALE, *La strana permeabilità della legge di delega. Qualche considerazione a margine della sentenza n. 230 del 2010*. Vista la chiarezza delle argomentazioni elaborate dal Giudice delle leggi, si ritiene opportuno riportarne un estratto: «Ai fini del controllo della conformità della norma delegata alla norma delegante, il contenuto della delega deve essere identificato tenendo conto del complessivo contesto normativo nel quale si inseriscono la legge delega ed i relativi principi e criteri direttivi, nonché

Quanto al secondo profilo di approfondimento, relativo all'incidenza della circostanza aggravante sulla cornice edittale del reato, è bene premettere una considerazione di ordine generale.

Le circostanze del reato non sono invero elementi costitutivi della fattispecie criminosa, ma – nella loro funzione etimologica di “stare intorno al reato” – influiscono soltanto sulla quantificazione della pena inflitta dal giudice, ai sensi degli artt. 132 e 133 c.p. In altre parole, trattandosi di elementi accidentali estranei al nucleo essenziale del fatto, le circostanze accedono all'illecito penale quando quest'ultimo si è già perfezionato senza incidere sulla relativa cornice edittale astratta¹⁷.

Alla luce di tale premessa, appare condivisibile quanto affermato nella relazione illustrativa del d.lgs. 158/2015: vista la natura accidentale delle circostanze, non può che rilevare la cornice edittale prevista in astratto dal legislatore, senza tener conto della pena irrogata in concreto per effetto di meccanismi circostanziali¹⁸.

In proposito – prosegue la relazione illustrativa – va ricordato come la Corte di cassazione a sezioni unite abbia affermato che la risposta sanzionatoria del magistrato penale si articola in un giudizio bifasico: dapprima deve individuarsi, ai sensi dell'art.

*delle finalità che la ispirano, verificando, nel silenzio del legislatore delegante sullo specifico tema, che le scelte del legislatore delegato non siano in contrasto con gli indirizzi generali della medesima; i principi posti dal legislatore delegante costituiscono, poi, anche strumenti per l'interpretazione della portata delle norme delegate e tali disposizioni devono essere lette, fintanto che sia possibile, nel significato compatibile con detti principi, i quali, a loro volta, vanno interpretati alla luce della ratio della legge delega. Pertanto, posto che la delega legislativa non esclude ogni discrezionalità del legislatore delegato, che può essere più o meno ampia, in relazione al grado di specificità dei criteri fissati nella legge delega, e posto che l'art. 76 cost. non osta all'emanazione di norme che rappresentino un ordinario sviluppo e, se dal caso, un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante, per valutare se il legislatore abbia ecceduto i propri margini di discrezionalità, occorre individuare la ratio della delega, al fine di accertare se la norma delegata sia con questa coerente e rientri nella fisiologica attività di riempimento che lega i due livelli normativi». A tal proposito, non può farsi a meno di richiamare nuovamente – *supra* nt. n. 12 – la più recente pronuncia della Corte costituzionale (sent. 5/2014), che, per la carenza della necessaria delega legislativa, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2268, d.lgs. 15.3.2010 n. 66, nella parte in cui, al co. 1, n. 297, abroga(va) il d.lgs. 14.2.1948 n. 43. È bene evidenziare che, in questo specifico caso, la declaratoria di incostituzionalità per eccesso di delega è stata determinata da una (soltanto) apparente connessione tra la materia regolata dalla legge delega e quella disciplinata dal successivo decreto legislativo. *A contrario*, pare dunque potersi affermare che, laddove vi sia una convergenza delle finalità perseguite dal provvedimento delegante con quelle concretizzate nel testo legislativo delegato, non potrebbero rinvenirsi profili di illegittimità costituzionale.*

¹⁷ Sull'accessorietà o accidentalità delle circostanze si rimanda al contributo di T. PADOVANI, *Circostanze del reato*, in *DigDPen*, Torino 1988, 187 ss.; C. ZAZA, *Le circostanze del reato*, I, Padova 2002, 5 ss. Diversamente, A. PAGLIARO, *Il Reato*, in *Trattato di Diritto Penale*, a cura di C.F. Grosso – T. Padovani – A. Pagliaro, Milano 2007, 297, non condivide l'impostazione dogmatica per la quale le circostanze sono elementi accidentali del reato, dato che, rispetto alla figura speciale del delitto circostanziato, si tratterebbe pur sempre di elementi essenziali. È di questa idea anche A. SPENA, *Accidentalità delicti? Le circostanze nella struttura del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 639 ss. L'idea di fondo di quest'ultimo Autore è che le circostanze, quando vengono ad esistere, determinano la nascita di una nuova entità, «dotata di un proprio significato giuridico, e portatrice di una gravità astratta, diversa da quella propria del reato base, che trova riconoscimenti in una pena già astrattamente diversa da quella prevista per il reato base».

¹⁸ È solo il caso di ribadire che l'approccio sposato dal decreto legislativo in parola si pone in contrasto con il rilievo sollevato dalle Commissioni parlamentari (riunite) Giustizia e Finanze, che avevano lamentato un plausibile profilo di illegittimità costituzionale del decreto per eccesso di delega (*supra* nt. n. 14).

133 c.p., la pena irrogabile per il reato “semplice” e soltanto in un istante successivo può procedersi all’apprezzamento della rilevanza delle circostanze sulla pena-base già calcolata¹⁹. Ne segue che, nella valutazione sull’ipotetico eccesso di delega, occorre prendere in considerazione la pena massima astrattamente irrogabile per il reato semplice, giacché – diversamente opinando – il legislatore delegato, nella ponderazione in punto di cornice edittale dei reati, sarebbe chiamato a tener conto di elementi accessori (come appunto le circostanze) soltanto eventuali²⁰.

Svolte queste brevi considerazioni introduttive, è possibile ora analizzare più in dettaglio la disposizione di interesse. Se, come visto, appaiono superabili le critiche relative al presunto eccesso di delega legislativa, ben più difficoltosa risulta l’esegesi della nuova circostanza aggravante ‘professionale’, tanto dal punto di vista lessicale, quanto rispetto alla portata applicativa²¹.

2.1. *Lo status di professionista (o di intermediario bancario/finanziario).*

Il meccanismo circostanziale in esame, caratterizzandosi per la compresenza di elementi di natura sia oggettiva che soggettiva, può essere classificato tra le circostanze c.d. miste²². Da un lato viene in rilievo lo *status* di professionista o intermediario (bancario o finanziario); dall’altro, sul versante della condotta, l’elaborazione o la commercializzazione di ‘modelli di evasione’, attività quest’ultima che di regola si concretizza nell’ambito della consulenza fornita da un esperto.

Rinviando al prosieguo per la disamina della rilevanza pratica della qualificazione dogmatica della circostanza aggravante (*infra*, n. 3.), è bene analizzare più da vicino il ruolo del concorrente nella condotta di evasione fiscale posta in essere dal contribuente.

Se la definizione di “intermediario bancario o finanziario” pare essere di agevole inquadramento, lo stesso non vale per la locuzione “professionista”.

¹⁹ Si fa riferimento a Cass. S.U. 24.2.2011 n. 20798, citata nella Relazione illustrativa, d.lgs. 158/2015, cit., 13.

²⁰ Ancora, nella relazione illustrativa, cit., 13, si legge: «dal punto di vista tecnico formale, le circostanze devono essere oggetto, come nel caso di specie, di una specifica previsione legislativa, in quanto accedono ad una fattispecie incriminatrice già costituita nei suoi elementi essenziali e comportano, rispetto ad essa, una variazione di pena in modo proporzionale (come nel caso di specie) o indipendente rispetto alla pena prevista per il reato base cui le circostanze accedono. Quale che sia il sistema di variazione, proporzionale o indipendente, le circostanze hanno, comunque, efficacia extraedittale, atteso che sono idonee a condurre la sanzione oltre i tetti di pena fissati dalla comminatoria edittale cui, nel caso di specie, fa riferimento l’articolo 8 della legge n. 23 del 2014».

²¹ Ad oggi, le uniche due pronunce che si registrano in giurisprudenza sul tema della circostanza aggravante in oggetto sono Cass. 14.11.2017 n. 1999, cit. e Cass. 3.4.2019 n. 36212, in D&G, 11.10.2019, G.L. FANULI, *Rassegna delle sezioni penali della cassazione*. Le richiamate decisioni, ad ogni modo, non hanno trattato appieno la questione dell’estensibilità della circostanza al contribuente *intraneus*, tema, quest’ultimo, che sarà oggetto di attenzione nel prosieguo del lavoro (*infra* n. 3)

²² Sulla categoria dogmatica delle circostanze ‘miste’, si veda G. AZZALI, *Scritti di teoria generale del reato*, Milano 1999, 292 ss.; T. PADOVANI, *Circostanze del reato*, cit., 201; N. MADIA, sub art. 70 c.p., in *Codice Penale Lattanzi-Lupo*, IV, Milano 2010, 273; e ancora, con riferimento alle attenuanti generiche previste dall’art. 62-bis c.p., M. GALLO, *Diritto Penale Italiano. Appunti di parte generale*², II, Torino 2015, 9.

Per quanto concerne il primo sintagma, l'art. 121 co. 1 lett. h d.lgs. 385/1993 (T.u.Banc.) fornisce in effetti una definizione di intermediario del credito, il quale, per poter esercitare la propria attività, deve essere iscritto in appositi elenchi gestiti da un organismo di controllo *ad hoc*, istituito dal Ministero dell'Economia e delle Finanze²³. Sembrerebbe dunque che, ai fini dell'applicazione della circostanza aggravante qui esaminata, dovrebbe aversi riguardo alla sussistenza o meno del titolo abilitativo²⁴. Soltanto laddove quest'ultimo sia presente potrebbe applicarsi l'aggravante in questione.

Occorre nondimeno interrogarsi sull'evenienza nella quale l'intermediario, privo dei necessari requisiti per ottenere l'iscrizione nei relativi albi, eserciti in via di fatto l'attività e presti, tra le altre cose, anche consulenza fiscale. In una simile ipotesi sembra plausibile concludere nel senso che il dato formale debba cedere il passo ad un criterio di natura sostanziale, potendosi addebitare l'aggravio sanzionatorio anche a quell'intermediario che, *de facto*, esercita (non sporadicamente) un'attività in mancanza della prescritta autorizzazione²⁵.

Quanto all'espressione "professionista", non vi è traccia nell'ordinamento giuridico di una puntuale definizione normativa²⁶. Secondo una prima ipotesi, scartata

²³ Per intermediari del credito si intendono gli «agenti in attività finanziaria, i mediatori creditizi, o qualsiasi altro soggetto, diverso dal finanziatore, che nell'esercizio della propria attività commerciale o professionale svolge, a fronte di un compenso in denaro o di altro vantaggio economico oggetto di pattuizione e nel rispetto delle riserve di attività previste dal Titolo VI-bis, almeno una delle seguenti attività: (1) presentazione o proposta di contratti di credito ovvero altre attività preparatorie in vista della conclusione di tali contratti; (2) conclusione di contratti di credito per conto del finanziatore» (cfr. art. 121 co. 1 lett. h d.lgs. 385/1993). L'elenco degli intermediari, invece, è disciplinato dal combinato disposto degli artt. 128-quater e 128-undecies, t.u. banc. Il secondo comma dell'art. 128-quater prevede che «l'esercizio professionale nei confronti del pubblico dell'attività di agente in attività finanziaria è riservato ai soggetti iscritti in un apposito elenco tenuto dall'Organismo previsto dall'articolo 128-undecies». L'art. 128-undecies, a propria volta, stabilisce che: (co. 1) «È istituito un Organismo, avente personalità giuridica di diritto privato, con autonomia organizzativa, statutaria e finanziaria competente per la gestione degli elenchi degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi. L'Organismo è dotato dei poteri sanzionatori necessari per lo svolgimento di tali compiti»; (co. 2) «I primi componenti dell'organo di gestione dell'Organismo sono nominati con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, su proposta della Banca d'Italia, e restano in carica tre anni a decorrere dalla data di costituzione dell'Organismo. Il Ministero dell'economia e delle finanze approva con regolamento lo Statuto dell'Organismo, sentita la Banca d'Italia».

²⁴ A sostegno di tale qualificazione S. PUTINATI, *Le circostanze speciali del reato tributario*, in *Diritto Penale dell'Economia*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna e M. Papa, I, Milanofiori Assago 2017, 1136; R. AMADEO, *Circostanze del reato*, in *La riforma dei reati tributari*, a cura di C. Nocerino e S. Putinati, Torino 2015, 344. In ottica estensiva si veda, invece, il *Manuale operativo in materia di contrasto all'evasione e alle frodi fiscali*, circolare n. 1/2018 del Comando Generale della Guardia di Finanza, I, 198, consultabile in www.gdf.it, secondo cui la figura dell'intermediario finanziario o bancario deve essere interpretata in senso lato, potendo così applicarsi la disciplina anche in caso di mancata iscrizione all'albo.

²⁵ Così E. MASTROGIACOMO, *Commento agli artt. 13 e 13-bis d.lgs. n. 74/2000*, in *I nuovi reati tributari*, a cura di I. Caraccioli, Milano 2016, 305; A. GIARDA, M. ALLOISIO, *Le nuove cause di estinzione del reato e di esclusione della punibilità. Le circostanze del reato*, in *La nuova giustizia penale tributaria, Reati-Il Processo. Problemi attuali della giustizia penale*, diretta da C. Conti, A. Giarda, A. Marandola, G. Spangher, P. Tonini e G. Varraso, Milano 2016, 450 ss.; o, ancora, *Manuale operativo in materia di contrasto all'evasione e alle frodi fiscali*, circolare n. 1/2018 del Comando Generale della Guardia di Finanza, cit., 198.

²⁶ Per completezza si segnala la definizione, invero generica, fornita dall'art. 3 d.lgs. 6.9.2005 n. 206 (c.d. codice del consumo), ove si legge che il professionista è «la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio

da dottrina e giurisprudenza maggioritarie, potrebbe farsi rimando a quei soggetti che, ai sensi dell'art. 7 co. 2 d.lgs. 9.07.1997 n. 241, sono abilitati dall'Agenzia delle Entrate alla trasmissione delle dichiarazioni tributarie²⁷. Un'impostazione sostanzialistica, a scapito di qualsivoglia vincolo formale (abilitazioni e/o autorizzazioni), è invero preferibile dal punto di vista politico-criminale: per professionista dovrà quindi intendersi quel soggetto che, in maniera organizzata e non sporadica, fornisca (anche in via non esclusiva o prevalente) servizi di consulenza fiscale²⁸. Un'interpretazione in senso contrario, di carattere squisitamente formalistico, determinerebbe invero una (forse) eccessiva restrizione del perimetro applicativo della circostanza aggravante, così vanificandone quasi del tutto la portata.

Ai fini dell'applicabilità della disciplina *de qua*, poi, non è determinante neppure il contesto in cui si realizza la condotta. L'espressione "*nell'esercizio dell'attività di consulenza fiscale*" pare infatti ridondante: la previsione si riferisce alla elaborazione o commercializzazione, da parte del professionista, di modelli di evasione fiscale e, in questo senso, il riferimento esplicito all'attività di consulenza fiscale costituisce una superfetazione normativa.

A voler ricercare una rilevanza effettiva del succitato inciso, potrebbe semmai ipotizzarsi che la condotta criminosa dell'esperto debba necessariamente estrinsecarsi nell'ambito del rapporto fiduciario intercorrente tra professionista e cliente, regolato da un apposito mandato di assistenza e consulenza. Se così fosse, la circostanza aggravante non verrebbe in rilievo nel momento in cui il professionista, al di fuori della prestazione contrattualizzata, commercializzi o elabori modelli di evasione fiscale. Si pensi, a titolo esemplificativo, al caso del cliente che non abbia sottoscritto alcun mandato o, ancora, alla consulenza propriamente fiscale che potrebbe fornire il professionista in favore di amici o prossimi congiunti.

L'ipotizzata conclusione non può però trovare accoglimento, dovendosi prediligere, anche in tal caso, un approccio esegetico di tipo pragmatico. Le summenzionate condotte, dunque, potranno dirsi penalmente rilevanti, anche ai fini

della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale (...)). Può venire in rilievo, in proposito, anche il combinato disposto degli artt. 1176 e 2082 c.c., da cui può trarsi la definizione di professionista quale esercente un'attività organizzata e non occasionale. Da un lato, l'art. 1176, cpv. Cc a proposito dell'espletamento di un'attività professionale impone una diligenza superiore rispetto a quella del buon padre di famiglia; dall'altro, l'art. 2082 Cc testualmente qualifica l'imprenditore come colui che esercita professionalmente un'attività economica organizzata.

²⁷ Per una compiuta riflessione a riguardo si vedano A. GIARDA, M. ALLOISIO, *op. cit.*, 452; P. BORRELLI, S. CAPOLUPO, P. COMPAGNONE e L. VINCIGUERRA, *La revisione del sistema penale tributario*, Milano 2016, 375 ss., favorevoli anch'essi alla concezione sostanzialistica di professionista. In giurisprudenza, Cass., 14.11.2017 n. 1999, cit., ove si legge che «la nozione di professionista deve essere intesa in senso sostanziale e, dunque, comprensiva di chiunque, nell'esercizio della sua professione, svolge attività di consulenza fiscale (commercialisti, consulenti, avvocati e così via)».

²⁸ Sulla organizzazione e non occasionalità dell'attività professionale si veda A. INGRASSIA, *Circostanze e cause di non punibilità. La voluntary disclosure*, in *I reati tributari. Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, XIII, a cura di R. Bricchetti e P. Veneziani, Torino 2017, 555 ss.

della circostanza aggravante in oggetto, sebbene l'attività del consulente non sia regolata da alcun mandato professionale²⁹.

Del medesimo tenore, da ultimo, è la soluzione da fornire al quesito secondo cui potrebbe configurarsi l'aggravante in oggetto qualora l'attività delittuosa del professionista si espliciti in una consulenza di natura non propriamente fiscale. È il caso, ad esempio, della costituzione di un fondo patrimoniale intestato al cliente-contribuente o, ancora, della progettazione di un conferimento d'azienda. Operazioni del genere, evidentemente, potrebbero coinvolgere profili di natura anche non tributaria. Ai fini dell'applicabilità della circostanza *de qua* in simili contesti *extra-fiscali*, sarà dunque necessario effettuare un bilanciamento in concreto degli interessi in rilievo. Soltanto nel caso in cui il perseguimento di scopi tributari risulti noto al professionista e prevalente rispetto ad altre finalità, al punto da far ritenere che l'operazione si sostanzi essenzialmente in una patologica evasione fiscale, potrà dirsi integrato l'art. 13-bis d.lgs. 74/2000. In quest'ottica, dovranno essere ponderate a fondo le effettive modalità della condotta, così da comprendere la reale funzione economica dell'operazione posta in essere³⁰.

Analizzato il profilo soggettivo, è bene ora soffermarsi sulla dimensione oggettiva della disciplina.

2.2. La commercializzazione o l'elaborazione di modelli di evasione fiscale.

Non è certamente questa la sede per affrontare il ben più ampio tema della compartecipazione criminosa *ex art.* 110 c.p. del professionista negli illeciti della clientela³¹, ma una breve considerazione merita di essere svolta.

La circostanza aggravante di cui al terzo comma dell'art. 13-bis si colloca in un contesto parzialmente diverso da quello tracciato dall'art. 110 c.p. Nella disciplina che ci occupa, l'aggravio sanzionatorio può essere inflitto soltanto qualora si riscontri un *quid pluris* rispetto ai canoni ordinari della responsabilità concorsuale: la condotta del professionista, infatti, accede al comportamento illecito del contribuente secondo le specifiche forme prescritte dall'art. 13-bis d.lgs. 74/2000. Si tratta, in particolare, della commercializzazione o elaborazione, nell'ambito di un'attività di consulenza di natura fiscale, di modelli di evasione³².

²⁹ Ciò che conta valorizzare, infatti, sono le competenze specialistiche del professionista, impiegate da quest'ultimo nell'ambito della sua attività organizzata e non sporadica. A nulla può valere, invece, che il rapporto professionale con il cliente sia di natura perlopiù occasionale.

³⁰ Ad esempio, si pensi al caso in cui un'operazione non è sorretta da una sostanziale ragione economica e che, pertanto, viene elaborata per perseguire finalità principalmente fiscali.

³¹ Sul concorso criminoso del professionista in generale si veda E. BASILE, *Consiglio tecnico e responsabilità penale. Il concorso del professionista tramite azioni «neutrali»*, cit.

³² In altre parole, la compartecipazione aggravata del professionista si caratterizza, in punto di elemento oggettivo, per un'agevolazione della commissione del reato attraverso (ed esclusivamente) l'elaborazione o commercializzazione di modelli di evasione e, in punto di elemento soggettivo, per la rappresentazione e volontà di voler contribuire causalmente alla realizzazione del delitto.

Risulta dunque agevole osservare che l'ambito applicativo del concorso aggravato del consulente fiscale è più ristretto rispetto all'ordinaria responsabilità concorsuale in cui potrebbe incorrere il professionista. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla rilevanza penale della condotta del consulente fiscale che predisponga consapevolmente, nell'interesse del proprio cliente-contribuente, una dichiarazione infedele. In tal caso, a meno che non si tratti di un *tax planning* criminogeno articolato e complesso, potrebbe senza sforzo ritenersi integrata la responsabilità *ex art.* 110 c.p.

Per meglio comprendere la linea di demarcazione tra l'ordinario illecito penale eventualmente plurisoggettivo e l'ipotesi aggravata ai sensi dell'art. 13-bis, si rende opportuno un approfondimento dell'elemento oggettivo della norma, che si identifica nell'inciso "la commercializzazione o l'elaborazione di modelli di evasione fiscale". È tale locuzione che, in effetti, rappresenta il discrimine tra concorso ordinario e aggravato³³.

Il comportamento rilevante ai fini dell'art. 13-bis co. 3 d.lgs. 74/2000 può alternativamente concretizzarsi in due tipi di condotta: da un lato la commercializzazione rievoca la pratica di diffondere a più soggetti un prodotto ideato da altri e, dunque, il professionista sembrerebbe rivestire il ruolo di mero 'venditore' del modello di evasione fiscale; dall'altro, l'elaborazione richiede, nella fase realizzativa, un comportamento attivo del consulente, il quale dapprima crea il modello e poi lo fornisce al contribuente. Nulla vieta, ovviamente, che le due condotte possano realizzarsi contestualmente e che, dunque, il consulente elabori dapprima il modello e, in seguito, lo commercializzi in favore di una pluralità di contribuenti³⁴.

³³ A voler impiegare le parole della Cass. 14.11.2017 n. 1999, cit., «l'aggravante di nuovo conio rappresenta un'ipotesi di concorso qualificato, relativo a condotte che, in realtà, erano già punibili – e punite – a titolo di concorso ordinario *ex art.* 110 c.p.; la peculiarità sta nel condizionare l'applicabilità della circostanza alla sussistenza di due presupposti, l'uno soggettivo e l'altro oggettivo».

³⁴ Ad eccezione dei casi in cui l'attività sia preordinata alla commissione del reato (come in effetti potrebbe essere quando il consulente elabora e poi commercializza il modello di evasione fiscale), il coefficiente psicologico del professionista potrebbe assumere il più delle volte le sembianze del dolo eventuale. Così E. BASILE, *Consiglio tecnico e responsabilità penale. Il concorso del professionista tramite azioni «neutrali»*, cit., 237, il quale sottolinea che l'agire del professionista, finalizzato principalmente all'incasso degli onorari, è di sovente caratterizzato da una rappresentazione incerta degli intenti criminosi del cliente. Si registrano voci critiche sull'impiego del dolo eventuale in C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1265 ss.; F. MUCCIARELLI, *L'individuazione delle responsabilità nel diritto penale d'impresa. Principi generali*, cit., 32; e, ancora di più, in A. GULLO, *Il Reato proprio. Dai problemi tradizionali alle nuove dinamiche d'impresa*, Milano 2005, 312 ss. Quest'ultimo, nel condurre l'analisi dei reati propri plurisoggettivi, ritiene non ammissibile la contestazione all'*extraneus* a titolo di dolo eventuale, a fronte di un dolo specifico del concorrente *intraneus*. Ciò perché – afferma l'Autore – si andrebbero a scardinare «gli equilibri di disvalore espressi sul piano monosoggettivo (la condotta dell'estraneo sarebbe punita, pur in presenza di una componente soggettiva inidonea ad incriminare il fatto dell'intraneo)». Ad ogni modo, deve darsi conto che l'indirizzo maggioritario propende per la configurabilità in capo al concorrente anche del solo dolo eventuale, seppur il reato richieda che il coefficiente psicologico si estenda sino al dolo specifico. Si veda a riguardo T. PADOVANI, *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 408 ss., ad avviso del quale, nell'ambito di una fattispecie plurisoggettiva, le posizioni personali dei singoli concorrenti in punto di elemento soggettivo devono essere valutate in maniera autonoma. E per tutti F. RINALDINI, *sub art.* 110 c.p.,

Quanto al modello di evasione fiscale, lo stesso deve strutturalmente contraddistinguersi per due caratteri principali: la complessità e la standardizzazione. La complessità è insita nel processo elaborativo del modello, che, stante il fine delittuoso cui è preordinato, non può che essere articolato e laborioso, così da sfuggire alle attività accertative degli organi di controllo³⁵. La standardizzazione, invece, è strettamente connessa alla (eventuale) commercializzazione del modello; deve trattarsi, dunque, di una sorta di prototipo, replicabile in futuro con semplicità³⁶.

Un inquadramento definitorio di questo tipo, del resto, è avallato dalla *ratio* del provvedimento legislativo che ha introdotto la circostanza aggravante, finalizzato a reprimere comportamenti dotati di maggior disvalore, quali le condotte di natura seriale³⁷.

Nei medesimi termini si è pronunciata la Corte di cassazione, per la quale, ai fini della configurazione dell'aggravante, «è richiesta una particolare modalità della condotta, ovvero la serialità che, se pur non prevista espressamente nell'articolo è desumibile dalla locuzione elaborazione o commercializzazione di modelli di evasione, rappresentativa di una certa abitudine, ripetitività della condotta incriminata»³⁸. L'originaria formulazione del dato normativo, peraltro, prevedeva espressamente la locuzione “*modelli seriali di evasione*” – inciso quest'ultimo poi modificato nel corso dell'iter di approvazione legislativo – il che avalla la conclusione cui è pervenuta la giurisprudenza di legittimità.

Sul tema sorgono però due problematiche.

La prima attiene alla sussistenza della poc'anzi richiamata riproducibilità in futuro del modello: il quesito sul quale interrogarsi è se, ai fini dell'integrazione del concorso aggravato, sia sufficiente la mera ripetitività in astratto della condotta evasiva attraverso l'impiego del prototipo, ovvero se sia concretamente necessario l'utilizzo ripetuto del modello. Sul punto, la lettera della legge pare circoscriverne l'applicazione alle sole vicende in cui la condotta sia stata effettivamente reiterata: il lemma commercializzazione, da un lato, e il termine modelli (impiegato nella forma plurale), dall'altro, denotano un comportamento abituale³⁹. In questo modo, in effetti, sarebbe possibile discernere in maniera netta l'ambito operativo della responsabilità concorsuale ordinaria (*i.e.* art. 110 c.p.) rispetto a quello della responsabilità aggravata (*i.e.* art. 13-bis d.lgs. 74/2000), evitando eccessive espansioni dell'area di rischio penale dei

in *Commento E. Dolcini e G.L. Gatta al c.p.*, Milanofiori Assago 2015, 1749.

³⁵ G.L. SOANA, *I reati tributari*, Milano 2018, 537, che richiama E. MASTROGIACOMO, *op. cit.*, 306.

³⁶ A. INGRASSIA, *Circostanze e cause di non punibilità. La voluntary disclosure*, cit., 557. L'Autore parla di «diffusività genetica» dei modelli di evasione, intesi da quest'ultimo come «serie di atti, fatti, negozi riproducibili per consentire l'evasione»; A. PERINI, *La riforma dei reati tributari*, in *DPP* 2016, 36, il quale invoca il carattere della replicabilità facendo leva sulla terminologia impiegata dal legislatore (*i.e.* l'espressione 'modelli').

³⁷ Si veda ancora la già citata relazione illustrativa del d.lgs. 158/2015, 1 (*supra* nt. n. 15).

³⁸ Cass. 14.11.2017 n. 1999, cit. Tale esegesi è altresì condivisa da E. MASTROGIACOMO, *op. cit.*, 305.

³⁹ Così anche A. PERINI, *op. cit.*, 36; S. PUTINATI, *op. cit.*, 1137. Si veda invece L. CERQUA, *I reati tributari*, Napoli 2018, 167, il quale ipotizza che l'eliminazione dalla norma della locuzione “seriali” consentirebbe di applicare la disciplina anche in assenza della reiterazione della condotta.

professionisti. Se così non fosse, invece, la configurabilità dell'aggravante sarebbe soggetta ad una valutazione effettuata secondo una logica casistica⁴⁰.

Sul punto si è di recente soffermata la Corte di cassazione che, procedendo lungo il percorso argomentativo tracciato con la prima sentenza in materia⁴¹, ha adottato una soluzione interpretativa mediana: i giudici di legittimità hanno affermato che, per l'applicazione della circostanza aggravante, deve aversi riguardo tanto alle condotte già poste in essere, quanto a quelle potenzialmente realizzabili in futuro tramite l'impiego del medesimo modello⁴².

Resta poi da capire se l'attività consulenziale debba essere espletata in favore di più clienti-contribuenti o se, ai fini dell'integrazione dell'aggravante, possa dirsi sufficiente la serialità riscontratasi nell'ambito di un unico rapporto professionale. In proposito, la norma non contiene nessuna indicazione e, pertanto, non si vede alcuna ragione ostativa a che si applichi la circostanza aggravante anche qualora la condotta venga posta in essere bensì più volte, ma in favore di un solo cliente. È infatti evidente come un *tax planning* criminogeno elaborato dal consulente per una singola società di grandi dimensioni potrebbe essere di gran lunga più offensivo rispetto a condotte della medesima natura compiute da parte di una pluralità di contribuenti, i quali, essendo portatori di interessi economici di minor rilevanza, offenderebbero il bene giuridico tutelato dalle norme penal-tributarie in maniera verosimilmente più esigua⁴³.

3. L'estensibilità della circostanza aggravante alla posizione dell'*intraneus*.

Analizzati gli elementi strutturali della circostanza *de qua*, è bene ora soffermarsi sui profili applicativi più controversi, relativi all'estensibilità della medesima al c.d. *intraneus*, vale a dire il cliente-contribuente che realizza il fatto tipico del reato fiscale.

E ciò non per ragioni di natura squisitamente dogmatica, ma perché l'eventuale comunicabilità al concorrente non professionista della circostanza aggravante – che comporta un aumento della pena in misura di metà – può assumere per certi versi portata dirimente (non solo in punto di commisurazione della pena). Si pensi, a titolo esemplificativo, alla maturazione del termine prescrizione, per il cui calcolo, in deroga alla disciplina generale, deve tenersi conto delle circostanze aggravanti ad effetto speciale (e di quelle che stabiliscono una pena di specie diversa da quella ordinaria).

Prima di giungere al cuore del problema, giova richiamare per brevi cenni la disciplina del regime di imputabilità delle circostanze, profondamente riformato con la

⁴⁰ Il giudice, infatti, dovrebbe di volta in volta valutare la potenziale riproducibilità in futuro del modello di evasione.

⁴¹ Cfr. Cass. 14.11.2017 n. 1999, cit.

⁴² Cass. 3.4.2019 n. 36212, cit. ove si legge: «non può sottrarsi che a rilevare ai fini della configurabilità della circostanza aggravante, non è tanto il numero delle operazioni compiute, ma la loro serialità, dovendosi cioè allargare la prospettiva non solo alle attività già realizzate, ma anche a quelle potenzialmente realizzabili in futuro mediante l'applicazione del medesimo schema già sperimentato».

⁴³ Di questo avviso E. MASTROGIACOMO, *op. cit.*, 305.

legge 7 febbraio 1990, n. 19, che ha rappresentato un vero e proprio ‘anno zero’ per la materia in questione⁴⁴.

3.1. La disciplina generale di imputazione delle circostanze.

Nell’originaria sistematica del codice Rocco il regime di comunicabilità dei meccanismi circostanziali di aumento o diminuzione di pena si fondava sulla distinzione, ancora oggi sancita dall’art. 70 c.p., tra circostanze oggettive e soggettive⁴⁵. Le prime, indipendentemente dal segno, si applicavano anche nei confronti dei concorrenti che non ne avevano conoscenza, secondo le cadenze del *versari in re illicita*. Le circostanze aggravanti soggettive non inerenti alla persona del colpevole (*i.e.* imputabilità e recidiva) erano invece estensibili ai correi solo qualora, sebbene da quest’ultimi non conosciute, avessero concretamente agevolato la commissione del reato (in base al fenomeno della c.d. oggettivizzazione delle circostanze soggettive).

Siffatta normativa, strettamente connessa al discernimento tra circostanze oggettive e soggettive, mal si conciliava con quelle c.d. miste – tra le quali rientra ad esempio l’art. 13-bis co. 3 d.lgs. 74/2000 – che, caratterizzandosi per la compresenza di elementi oggettivi e soggettivi, erano difficilmente collocabili in una delle due categorie e finivano per favorire la proliferazione di incertezze applicative.

La summenzionata novella legislativa del 1990 – introdotta con il fine di semplificare il meccanismo di imputazione delle circostanze – ha radicalmente modificato lo scheletro della materia di cui si discute: (a) l’art. 59 cpv. c.p., riformato in ossequio al principio colpevolezza (quest’ultimo oggetto, pochi anni prima, dei noti interventi della Corte costituzionale)⁴⁶, oggi prescrive l’applicabilità delle circostanze aggravanti nei confronti dell’agente se da lui conosciute ovvero ignorate per colpa, o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa; (b) l’art. 118 c.p., invece, riformulato in un comma unico, prevede – nell’ambito del concorso di persone del reato – che talune circostanze (aggravanti o attenuanti) si applichino esclusivamente nei confronti della persona cui si riferiscono, segnatamente con riguardo ai motivi a delinquere, all’intensità del dolo, al grado della colpa, come pure quelle inerenti alla persona del colpevole.

In considerazione delle ricordate modifiche, appare evidente che il legislatore volesse perseguire non soltanto, come detto, la finalità di conformare la previgente

⁴⁴ Per un approfondimento in merito alle novità apportate dalla l. 19/1990 si rimanda a G. MARCONI, *Il nuovo regime d’imputazione delle circostanze aggravanti*, Milano 1993.

⁴⁵ Così recita l’art. 70 c.p.: «Agli effetti della legge penale: (1) sono circostanze oggettive quelle che concernono la natura, la specie, i mezzi, l’oggetto, il tempo, il luogo e ogni altra modalità dell’azione, la gravità del danno o del pericolo, ovvero le condizioni o le qualità personali dell’offeso; (2) sono circostanze soggettive quelle che concernono la intensità del dolo o il grado della colpa, o le condizioni e le qualità personali del colpevole, o i rapporti fra il colpevole e l’offeso, ovvero che sono inerenti alla persona del colpevole. Le circostanze inerenti alla persona del colpevole riguardano la imputabilità e la recidiva».

⁴⁶ C. cost., 24.3.1988 n. 364, in GCos 1988, 1504 ss. e C. cost., 13.12.1988 n. 1085, in Riv. it. dir. proc. pen., 1990, 289 ss. Con le citate pronunce, la colpevolezza ha acquisito lo status di principio indispensabile e insostituibile di uno Stato di diritto.

disciplina al principio di colpevolezza, ma anche l'intento di semplificare il regime di imputazione delle circostanze. Attraverso l'esplicita enunciazione di quali circostanze debbano essere valutate solo rispetto alla persona cui si riferiscono, è stata infatti abbandonata l'originaria impostazione fondata sulla distinzione tra circostanze oggettive e soggettive, così ponendo fine (almeno in parte) alle annose operazioni di qualificazione delle circostanze 'miste'.

A voler tirare le fila del discorso, le aggravanti oggettive, in virtù del combinato disposto degli artt. 59 e 118 c.p., si comunicano anche al concorrente, se da lui conosciute o ignorate per colpa; quelle soggettive, invece, si applicano soltanto alla persona cui si riferiscono.

Permane, tuttavia, una questione problematica. Nel revisionare il dato normativo dell'art. 118 c.p., il legislatore ha ommesso di indicare due circostanze soggettive previste dall'art. 70 c.p., ossia quelle relative a condizioni o qualità personali del colpevole e quelle concernenti il rapporto tra offeso e colpevole. Secondo una rigida interpretazione letterale della norma dovrebbe ritenersi che le suddette circostanze, in quanto escluse dall'art. 118 c.p., si estendano al compartecipe, nei limiti di quanto stabilito dall'art. 59 co. 2 c.p. e quindi se da lui conosciute o ignorate per colpa.

Parrebbe possibile approdare a un esito interpretativo non dissimile rivolgendo lo sguardo ai lavori preparatori della l. 19/1990. In origine, l'ambito di applicazione della riforma era ancora più ampio di quello attuale: la norma, nella sua prima formulazione, ricomprendeva infatti tutte le circostanze oggettive e soggettive (senza distinzione alcuna)⁴⁷.

È solo in sede di dibattito parlamentare, invece, che il perimetro applicativo dell'art. 118 c.p. è stato circoscritto a quelle circostanze che, per la loro natura, *esplicano* «i loro effetti solo rispetto al soggetto cui si riferiscono»⁴⁸. Ciò suggerisce, da un punto di vista squisitamente letterale, che il legislatore abbia voluto limitare l'applicabilità della disciplina *ex art.* 118 c.p. alle circostanze ivi elencate.

Se così fosse, traguardando il problema da un'altra angolazione, si giungerebbe al paradosso che le circostanze escluse dall'art. 118 c.p. (*i.e.* quelle relative a condizioni o qualità personali del colpevole e quelle concernenti il rapporto tra offeso e colpevole) troverebbero un'applicazione ancor più ampia di quanto non lo fosse in passato, quando le circostanze soggettive si estendevano al concorrente qualora avessero effettivamente agevolato la commissione del reato⁴⁹. E ciò in contrasto, per certi versi, con la volontà del

⁴⁷ L'attuale formulazione dell'art. 118 c.p., infatti, è frutto di un apposito emendamento parlamentare formulato dal sen. Gallo. Quest'ultimo, inizialmente, aveva proposto che l'art. 118 c.p. venisse riformato nei seguenti termini: «Le circostanze che aggravano o diminuiscono le pene sono valutate soltanto riguardo alla persona cui si riferiscono». Si veda il resoconto stenografico della seduta parlamentare del 2 febbraio 1989, seconda Commissione Permanente Giustizia, 13 ss., reperibile su www.senato.it. È soltanto in un momento successivo che, su espresso intervento sempre del sen. Gallo, si è addivenuti all'odierno testo normativo.

⁴⁸ Si rimanda nuovamente al resoconto stenografico della seduta parlamentare del 2 febbraio 1989, cit. *supra* in nt. 47.

⁴⁹ A sostegno di tale considerazione, si vedano G. GRASSO, sub art. 118 c.p., in *Commentario sistematico Romano-Grasso al c.p.*⁴, Milano 2012, 279 ss.; A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1484 ss. Quest'ultimo Autore principia dall'idea secondo la quale sarebbe del

legislatore del 1990, il quale, guidato da esigenze di chiarezza e semplificazione normativa, mirava ad arginare il fenomeno di estensione indiscriminata delle circostanze.

In concreto, dunque, il rischio sarebbe quello di riservare un trattamento sanzionatorio più severo nei confronti di un compartecipe nel reato in virtù di una circostanza che assume concreta consistenza soltanto in relazione alla persona cui si riferisce.

Per meglio illustrare gli esiti virtualmente paradossali cui darebbe luogo codesta interpretazione restrittiva basti pensare alla circostanza aggravante prevista dall'art. 112 n. 3 c.p., che prevede un aggravio di pena per chi, nell'ambito di una qualsiasi fattispecie delittuosa, rivesta una particolare posizione sul piano 'organizzativo'⁵⁰. A voler sostenere la tesi favorevole alla comunicabilità ai correi, tale circostanza, seppur introdotta proprio al fine di differenziare i trattamenti sanzionatori, troverebbe applicazione anche nei confronti degli altri compartecipi che erano a conoscenza della sua esistenza. In questo modo, però, come evidenziato da autorevole dottrina, verrebbe frustrato il carattere tipicamente personale della circostanza aggravante in questione⁵¹.

Se con la novella del 1990 sono stati compiuti alcuni passi in avanti in merito alla semplificazione del regime di comunicabilità delle circostanze, nulla è cambiato con riguardo alle circostanze c.d. miste, quelle che, come detto, si contraddistinguono per elementi di natura sia oggettiva che soggettiva. A tal proposito, l'art. 70 c.p., la cui rilevanza pratica sembrerebbe essere stata accantonata a seguito della summenzionata riforma, potrebbe essere un appiglio normativo dal quale principiare per affrontare la problematica in relazione all'art. 13-bis d.lgs. 74/2000. Nell'ottica di ricondurre le circostanze 'miste' al perimetro applicativo dell'art. 59 co. 2 c.p. o in quello dell'art. 118 c.p., giova infatti comprendere se in una data circostanza prevalgano le note oggettive o quelle soggettive.

Sul punto vengono in rilievo due approcci diversi.

Il primo, consistente nell'astratto apprezzamento dei connotati della circostanza, si risolve nella valutazione degli elementi costitutivi del dato circostanziale indipendentemente dal vaglio della fattispecie *hic et nunc*⁵².

tutto irragionevole se si procedesse ad un'operazione di estensione automatica e diretta di tutte le circostanze non espressamente menzionate nell'art. 118 c.p.: si creerebbe – invero – «un'ingiustificata disparità di trattamento rispetto alla disciplina dell'art. 59 c.p.: per la persona alla quale si riferiscono – o che comunque le ha concretamente integrate – le aggravanti verrebbero applicate solo se conosciute o conoscibili, mentre a tutti gli altri concorrenti sembrerebbero doversi estendere a prescindere (...)». Per un ulteriore commento G. INSOLERA, *Il concorso di persone nel reato*, in *Giurisprudenza Sistematica di Diritto Penale*, diretta da F. Bricola, G. Zagrebelsky, Torino 1996, 609 ss.

⁵⁰ Cfr. art. 112 c.p.: «La pena da infliggere per il reato commesso è aumentata: (...) 3) per chi, nell'esercizio della sua autorità, direzione o vigilanza, ha determinato a commettere il reato persone ad esso soggette». La formulazione testuale consente di affermare che la circostanza aggravante in parola sia stata predisposta per colpire solo chi abbia posto in essere una specifica condotta. Pertanto, parrebbe arduo sostenere la possibilità di estenderne l'ambito applicativo agli altri concorrenti nel reato.

⁵¹ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *op. cit.*, 528; G. GRASSO, *op. cit.*, 280.

⁵² Così M. ROMANO, *sub art. 70 c.p.*, *Commentario sistematico Romano al c.p.*³, Milano 2004, 720 ss. Secondo l'Autore, il criterio di classificazione da seguire si fonda sulla valutazione della preponderanza qualitativa

Il secondo (e più condivisibile) propende, invece, per una verifica in concreto delle caratteristiche della circostanza, sicché deve aversi riguardo al manifestarsi di quest'ultima nell'ambito delle singole situazioni⁵³. E, in caso di equivalenza degli elementi oggettivi e soggettivi, dovrebbe applicarsi il principio del *favor rei*: la circostanza aggravante dovrà dunque essere qualificata come soggettiva, così non potendosi estendere agli altri concorrenti; la circostanza attenuante, invece, dovrà essere inquadrata come oggettiva, così da assicurarne l'estensione ai correi. Soltanto all'esito di questa delicata operazione di bilanciamento potrà dunque scegliersi il regime di imputazione tra quello estensivo cristallizzato dall'art. 59, cpv., c.p. e quello restrittivo di cui all'art. 118 c.p.

Nel contesto in esame la giurisprudenza di legittimità – facendo perlopiù leva sull'elemento letterale delle norme – ha preferito, nella maggioranza dei casi, la soluzione di natura estensiva, nel senso di prediligere, anche con riguardo a circostanze intrinsecamente soggettive, la comunicabilità delle stesse al compartecipe.

In proposito, può essere utile ripercorrere brevemente la *ratio decidendi* di alcune pronunce.

L'art. 605 cpv. n. 2 c.p. disciplina il sequestro di persona nel caso in cui il reato venga commesso da un pubblico ufficiale con abuso di poteri inerenti alla sua funzione. A tale ipotesi di sequestro, connotata chiaramente da un maggior disvalore riconnesso al coinvolgimento di un pubblico ufficiale, la norma ricollega una cornice edittale diversa e maggiore rispetto al reato base (pena detentiva da uno a dieci anni, a fronte della cornice edittale da sei mesi a otto anni nel caso del primo comma). La forma aggravata del sequestro di persona configura una circostanza aggravante speciale e autonoma, che si caratterizza per la qualità personale rivestita dal colpevole, *id est* il pubblico ufficiale. L'applicabilità della circostanza, in altre parole, è inscindibilmente connessa alla sussistenza della predetta qualità personale, il che la rende inevitabilmente legata alla persona cui si riferisce. Ciononostante, la Corte di cassazione, in forza di una (piuttosto semplicistica) argomentazione d'ordine letterale, sostiene che l'aggravante possa comunicarsi all'eventuale compartecipe, se da quest'ultimo conosciuta o ignorata per colpa⁵⁴.

Nei medesimi termini, poi, si sono pronunciati i giudici di legittimità nell'ambito di una vicenda riguardante il reato di violazione di sigilli *ex art.* 349 c.p., il cui secondo comma determina un aggravio sanzionatorio qualora il delitto venga commesso da chi detiene le cose in custodia. Anche in tal caso – è evidente – viene in rilievo la natura schiettamente personale della circostanza aggravante, relativa alla qualità dell'essere il custode del bene. Tuttavia, sempre invocando il dato letterale delle norme, la Corte di

degli elementi che compongono la circostanza, operazione quest'ultima da effettuarsi sempre in via astratta.

⁵³ A favore di una valutazione da effettuarsi in concreto T. PADOVANI, *Circostanze del reato*, cit., 201, ad avviso del quale «il carattere obiettivo o soggettivo della circostanza dipende comunque dal modo con cui l'elemento circostanziale si atteggia a contatto con la situazione reale considerata». Si veda, inoltre, N. MADIA, *op. cit.*, 273 ss.

⁵⁴ Cass. 19.9.2012 n. 46340, in CP 2013, 3995, nella cui parte motiva si legge: «L'aggravante in parola è di natura soggettiva e rientra tra quelle concernenti le qualità personali del colpevole e non tra quelle inerenti alla persona del colpevole, cosicché si comunica al correo se dallo stesso conosciuta o ignorata per colpa».

cassazione si è espressa a favore dell'estensione della circostanza al correo, ovviamente nei limiti dell'art. 59 co. 2 c.p.⁵⁵.

Merita altresì menzione una sentenza della Corte di cassazione a sezioni unite, avente ad oggetto una problematica attinente al regime di imputazione di una circostanza attenuante⁵⁶. Ai giudici di legittimità riuniti era stato chiesto se l'attenuante di aver risarcito integralmente il danno (art. 62 n. 6 c.p.) potesse spiegare i propri effetti anche in favore dei concorrenti.

La questione, a dir la verità, non è stata risolta in applicazione del dettato di cui all'art. 118 c.p., posto che ad avviso della Corte la condotta di riparazione del danno si colloca in un momento in cui il reato si è già consumato e, pertanto, si pone al di fuori della griglia normativa degli artt. 110 ss. c.p. Sicché, l'art. 118 c.p. – dicono i giudici di legittimità – non viene in rilievo per la soluzione della problematica sottoposta al loro vaglio. Tuttavia, nella parte motiva della sentenza si intravedono delle considerazioni meritevoli di essere segnalate. Traspare, seppur per *obiter dicta*, la presa di posizione delle sezioni unite a favore della qualificazione dell'art. 62 n. 6 c.p. come circostanza attenuante soggettiva, relativa ai rapporti tra offeso e colpevole; d'altro canto, la Suprema Corte nella sua più autorevole composizione si attesta sulla lettura tassativa delle circostanze elencate nell'art. 118 c.p.⁵⁷.

⁵⁵ Cass. 24.11.2017 n. 2283, in *CED Cass.*, m. 272358; analogamente anche Cass. 25.9.2012 n. 41514, in *CP* 2013, 3990, in tema di reato estorsivo commesso dal partecipante all'associazione mafiosa. A tal riguardo, merita di essere segnalata Cass. 10.9.2019 n. 40846, in *GD* 2019 (46), 87 ss., che ha rimesso alle sezioni unite la questione relativa alla qualificazione dell'aggravante di cui all'art. 7 d.l. 13.5.1991 n. 152 (oggi inserita nell'art. 416-bis.1 c.p.). In particolare, la sezione remittente chiede di vagliare la natura della circostanza, da qualificarsi come oggettiva se concerne le modalità dell'azione, ovvero come soggettiva se si riferisce alla direzione della volontà. Per un commento sull'ordinanza della Corte di cassazione si veda S. FINOCCHIARO, [*La natura dell'aggravante dell'agevolazione mafiosa e il problema dell'estensione ai concorrenti: la questione rimessa alle sezioni unite*](#), in questa *Rivista*, 11/2019, 49 ss.

⁵⁶ Cass. S.U. 22.1.2009 n. 5941, in *RCP* 2009, 1813 ss. con nota (critica) di G. MANCA, *La comunicabilità dell'attenuante della riparazione del danno tra dato letterale, ratio di sistema e resistenze "etiche"*. Sempre con riferimento alla circostanza attenuante di cui all'art. 62 n. 6 c.p. si veda S. PREZIOSI, *L'attenuante del risarcimento del danno prevista dall'art. 62 n. 6 c.p. e la nuova disciplina delle circostanze del reato*, in *CP* 1993, 1411 ss., il quale sostiene che le circostanze non elencate nell'art. 118 c.p. possono estendersi agli altri concorrenti. A seguito della riforma del 1990 – afferma l'Autore – l'art. 70 c.p., che scinde le circostanze in oggettive e soggettive, ha assunto valenza perlopiù sistematica, essendo non più dirimente, ai fini del regime di imputazione della circostanza, la qualificazione nell'uno o nell'altro senso. Cfr. altresì L. BISORI, *L'attenuante comune del risarcimento del danno e la disciplina di comunicazione delle circostanze ai concorrenti*, in *CP* 1998, 1081 ss., anch'egli favorevole ad un'interpretazione rigorosamente letterale dell'art. 118 c.p.

⁵⁷ Cass. S.U. 22.1.2009 n. 5941, cit., di cui si riporta un passaggio: «Simile attenuante, pur essendo in tesi soggettiva, ma rientrando nella categoria di quelle riguardanti i rapporti tra colpevole e persona offesa e non figurando dunque tra le escluse dalla comunicabilità, sembrava adesso doversi riferire a ogni concorrente nel reato. Talchè, onde persistere nel negare un tale risultato, o si sarebbe dovuta abbandonare l'idea che la riparazione riguarda i rapporti tra il colpevole e l'offeso dal reato (per rientrare piuttosto in una delle categorie non estensibili), oppure si sarebbe dovuto affermare che l'art. 118 c.p., nella sua attuale formulazione, fornisce soltanto una regola di esclusione, ma non reca a contrario una regola di inclusione, ovvero, in altri termini, non comporta che le circostanze non menzionate debbano necessariamente applicarsi a tutti gli autori del reato, in quanto fa un implicito rinvio ad altri principi per l'imputazione o meno di esse ai concorrenti. Entrambe le strade si mostravano impervie».

Da ultimo, quale espressione dell'orientamento caldeggiato in prevalenza dalla dottrina, è opportuno richiamare una più recente decisione di legittimità⁵⁸. L'oggetto della pronuncia, per quel che qui interessa, riguarda la circostanza aggravante prevista dall'art. 61 n. 6 c.p., che determina un aumento di pena per il colpevole che abbia commesso il reato in stato di latitanza.

Il primo punto fermo marcato dai giudici della legge attiene alla natura soggettiva della suddetta circostanza, relativa ad una qualità o ad una condizione del colpevole (art. 70 co. 1 n. 2 c.p.). Quanto, poi, all'estensibilità di tale circostanza ai concorrenti del reato, la Corte di cassazione si discosta dal richiamato orientamento giurisprudenziale maggioritario, sostenendo che un'interpretazione squisitamente letterale dell'art. 118 c.p. sarebbe «*in odore di incostituzionalità*»⁵⁹ perché in contrasto con gli artt. 3, 13 e 27 Cost.: risulterebbe irragionevole, invero, aggravare il trattamento sanzionatorio nei confronti di un soggetto per effetto di una circostanza strettamente inerente a una qualità personale posseduta da un altro concorrente (seppur non ricompresa nell'elenco dell'art. 118 c.p.). Vi è, ritiene la Corte regolatrice, un'unica possibilità per poter applicare l'aggravio di pena anche ai correi: la circostanza aggravante soggettiva deve, in concreto, aver agevolato la commissione del reato concorsuale e, va da sé, gli altri partecipanti dovevano (o avrebbero dovuto) esserne a conoscenza. Secondo tale impostazione, dunque, riprenderebbe in parte vita, con riferimento alle circostanze non menzionate nell'art. 118 c.p., la disciplina previgente, in forza della quale le circostanze aggravanti soggettive si estendevano ai concorrenti soltanto qualora avessero agevolato la commissione del reato⁶⁰. Con una differenza, però: in passato le circostanze si comunicavano anche se non conosciute; oggi, invece, in base al dettato dell'art. 59 co. 2 c.p., possono estendersi soltanto se conosciute o ignorate per colpa dall'agente (qui: il concorrente).

Conclusa la disamina della disciplina generale, è bene ora approfondire la tematica con riferimento alla circostanza aggravante in commento.

⁵⁸ Cass. 19.2.2013 n. 22136, in CP 2014, 1189 ss., con nota di G. STAMPANONI BASSI, *Osservazioni a Cass. Pen., Sez. II, n. 22136, 19 febbraio 2013*.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ Cass. 19.2.2013 n. 22136, cit.: «*Ritiene, pertanto, questo collegio che devono considerarsi estensibili ai concorrenti le sole circostanze soggettive concernenti le condizioni e/o le qualità personali del colpevole che abbiano in qualsiasi modo inciso sulla realizzazione del reato concorsuale, ed in particolare – ove si tratti, come nella specie, di circostanze aggravanti – abbiano agevolato l'esecuzione del reato da parte degli altri concorrenti, sempre che questi ultimi siano risultati consapevoli di ciò*». In dottrina, F. Mantovani, *Diritto Penale, parte generale*¹⁰, Milanofiori Assago 2017, 539, ad avviso del quale devono considerarsi soggettive tutte quelle circostanze non incluse nel novero dell'art. 118 c.p., purché non siano servite ad agevolare la commissione del reato e, quindi, non si siano «oggettivizzate». Sembrerebbe propendere per tale impostazione anche A. VALLINI, *Circostanze del reato*, in DigDPen Agg.⁴, Torino 2000, 36 ss. Si veda inoltre A. DI MARTINO, *Concorso di persone*, in *Le forme di manifestazione del reato*, II, a cura di G. DE FRANCESCO, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretta da F. Palazzo, C.E. Paliero, Torino 2017, 223.

3.2. (segue) Focus sulla circostanza aggravante imputabile al consulente fiscale.

Come accennato, la circostanza aggravante qui considerata può essere qualificata come circostanza c.d. mista. Essa si caratterizza, da un lato, per l'intervento di un professionista o di un intermediario bancario o finanziario (elemento di natura soggettiva) e, dall'altro, per la peculiare modalità di realizzazione della condotta aggravata, che deve consistere nell'elaborazione o commercializzazione di modelli di evasione fiscale (elemento di natura oggettiva). Ne segue che la norma di cui all'art. 13-bis co. 3 d.lgs. 74/2000 non dovrebbe rientrare nell'ambito applicativo dell'art. 118 c.p.; né tantomeno vi rientrerebbe qualora la si configurasse già in astratto come circostanza soggettiva, posto che in tal caso dovrebbe essere intesa come circostanza relativa alle condizioni o alle qualità personali del colpevole e, pertanto, sarebbe esclusa dall'alveo della citata disposizione codicistica di parte generale sul concorso di persone nel reato.

Al fine individuare la normativa applicabile al caso di specie, consapevoli che l'analisi non può arrestarsi ad una lettura superficiale degli artt. 59 e 118 c.p., potrebbe essere utile principiare col qualificare la circostanza aggravante come oggettiva o soggettiva, dal punto di vista astratto ovvero concreto⁶¹.

Nell'ottica della valutazione in astratto, deve ponderarsi la prevalenza di un elemento sull'altro senza guardare all'effettiva modalità di estrinsecazione del comportamento. In questo senso, la circostanza sarebbe di natura oggettiva se si ritenesse prevalente il profilo della condotta; sarebbe di natura soggettiva, invece, se si considerasse prevalente l'elemento dello *status* del colpevole. Il dato testuale della disposizione contenuta nell'art. 13-bis co. 3, in verità, non pare suggerire in maniera netta la prevalenza di un elemento sull'altro. Nondimeno, con un qualche sforzo interpretativo, potrebbe propendersi per la scelta della nota soggettiva, posto che le modalità della condotta, evocando lo svolgimento di una mansione di particolare complessità, sono colorate da maggior disvalore proprio in ragione delle competenze specialistiche del professionista. Se così fosse, dunque, la circostanza aggravante (soggettiva) non si estenderebbe al concorrente *intraneus* (i.e. il contribuente). A sostegno di tale approdo, peraltro, può richiamarsi il carattere 'personale' della circostanza, legata indissolubilmente alla figura del consulente fiscale e, pertanto, non comunicabile ad un soggetto non dotato di tale *status*⁶².

⁶¹ L'automatica estensione di tutte le circostanze non incluse nell'elenco dell'art. 118 c.p. potrebbe a ben vedere produrre conseguenze irragionevoli: nei confronti di chi ha effettivamente posto in essere la condotta principale, le circostanze verrebbero applicate soltanto se da lui conosciute o ignorate per colpa, mentre nei riguardi del concorrente potrebbero applicarsi in maniera incondizionata: così A. MELCHIONDA, *op. cit.*, 1484 ss.

⁶² Sul punto si vedano nuovamente G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *op. cit.*, 528. A favore della non comunicabilità della circostanza all'*intraneus* si segnalano S. PUTINATI, *op. cit.*, 1137, il quale riconnette l'operatività dell'aggravante alle particolari modalità della condotta con cui deve estrinsecarsi la circostanza, la quale, richiedendo una preparazione professionale e tecnico-contabile, non può che essere addebitata esclusivamente al consulente fiscale; nel medesimo ordine d'idee E. BASILE, *Concorso criminoso del consulente e "simbolismo" del legislatore penale-tributario*, in *GI* 2018, 1200 ss.

Alla medesima conclusione, inoltre, parrebbe condurre un'interpretazione teleologica della norma: il fine ultimo per il quale è stata introdotta, infatti, è quello di contrastare la proliferazione di situazioni delittuose contraddistinte da un marcato disvalore, quali potrebbero essere, appunto, le operazioni predisposte dal professionista attraverso l'elaborazione o commercializzazione di appositi modelli finalizzati ad una seriale evasione fiscale. Anche in tal caso, la nota oggettiva dell'aggravante acquista peso specifico in ragione delle competenze del consulente, in assenza del quale, visto il tecnicismo della materia, non potrebbe neppure ipotizzarsi l'esistenza di un siffatto strumento evasivo.

Se questa pare essere la soluzione in astratto più condivisibile, deve tuttavia sottolinearsi che, valorizzando il termine "attraverso", locuzione quest'ultima che collega causalmente l'attività di elaborazione/commercializzazione dei modelli di evasione al fatto tipico, potrebbe propendersi per una prevalenza dell'elemento oggettivo, che, di conseguenza, determinerebbe l'estensione della circostanza anche all'*intraneus*⁶³. In questa prospettiva, difatti, le forme – legislativamente indicate – della condotta aggravata andrebbero a connotare in senso obiettivo l'intero fatto di reato.

Spostando l'angolo visuale sulla valutazione in concreto – strada che sembra preferibile – viene in rilievo una ponderazione effettuata sulla base della manifestazione della circostanza nella realtà, secondo una logica casistica. In base a tale approccio, qualora il giudice penale (del merito), all'esito della suddetta valutazione, ritenga prevalente l'elemento oggettivo dovrà estendere l'aggravante all'*intraneus*; viceversa, dovrà applicare l'aumento di pena nei riguardi del solo professionista concorrente nel reato.

In questa prospettiva, ciò che conta verificare è se l'effettivo atteggiarsi della condotta (*i.e.* elaborazione o commercializzazione di modelli di evasione) abbia inciso in maniera determinante sulla realizzazione del reato (concorso). In tal modo, l'elemento oggettivo della circostanza prevarrebbe su quello soggettivo (*i.e.* lo *status* di professionista), così consentendo, nei limiti di quanto previsto dall'art. 59 co. 2 c.p., l'applicazione della disciplina anche ai concorrenti⁶⁴.

Tale valutazione sarà agevole qualora la vicenda riguardi un solo cliente/contribuente, che impieghi plurime volte i modelli di evasione forniti dal professionista. In questo caso, infatti, potrebbe cogliersi senza eccessivi sforzi la serialità della condotta evasiva del contribuente, il che giustificherebbe l'estensione a quest'ultimo dell'aggravio sanzionatorio previsto dall'art. 13-*bis* co. 3 d.lgs. 74/2000.

Lo scenario sarebbe diverso, invece, qualora la commercializzazione avvenisse in favore di più soggetti e ciascuno di questi utilizzasse lo strumento soltanto una volta. In tal caso la condotta del singolo cliente/contribuente, concretizzandosi in un solo

⁶³ Sull'interpretazione della locuzione "attraverso" v. L. CERQUA, *op. cit.*, 166.

⁶⁴ A favore dell'estensibilità della circostanza all'*intraneus* si veda A. PERINI, *op. cit.*, 36; G.L. SOANA, *op. cit.*, 538 ss.; A. INGRASSIA, *Circostanze e cause di non punibilità. La voluntary disclosure*, cit., 558. Ancora, la Relazione n. III/05/2015, Ufficio del Massimario della Corte di cassazione (sezione penale), che sembra ammettere l'estensione della circostanza qualora il fruitore della consulenza sia a conoscenza, non tanto dello *status* di professionista, ma soprattutto della serialità dello schema evasivo impiegato.

episodio evasivo, non sarebbe evidentemente seriale. Venendo dunque meno il tratto distintivo della circostanza in commento (*i.e.* la serialità), l'aggravante non si applicherebbe nei confronti del contribuente. Potrebbe trovare applicazione, invece, nei riguardi del professionista, la cui condotta sarebbe comunque connotata dalla ripetuta e diffusa distribuzione del modello di evasione.

In definitiva, per dirsi estensibile al correo la circostanza aggravante in questione, dovrebbe verificarsi una situazione per la quale: (i) il contribuente agisce nella consapevolezza (o comunque nell'ignoranza colpevole) di utilizzare modelli di evasione seriale, o quantomeno nella consapevolezza di beneficiare dei frutti illeciti derivanti dal loro impiego; (ii) l'agire per il tramite dei modelli di evasione forniti dal professionista deve aver connotato in senso obiettivo il fatto di reato, che, in assenza di questi, si sarebbe concretizzato secondo uno schema fenomenico differente (e quindi secondo una logica non seriale).

In questa prospettiva, può dunque apprezzarsi lo sforzo argomentativo cui è pervenuta la summenzionata pronuncia della Corte di cassazione⁶⁵, che ha valorizzato il previgente dato normativo fondato sulla oggettivazione delle circostanze aggravanti soggettive. È soltanto con questa soluzione esegetica che potrebbe ipotizzarsi di accantonare il carattere tipicamente personale della circostanza aggravante in oggetto⁶⁶.

4. Osservazioni conclusive.

Giunti al termine del presente lavoro è evidente che i dubbi e le criticità qui considerati, in attesa di un auspicabile intervento legislativo, potranno essere diradati soltanto dalle future decisioni giurisprudenziali, che dovranno fornire un inquadramento giuridico più chiaro alla circostanza aggravante di cui all'art. 13-bis co. 3 d.lgs. 74/2000, specialmente con riguardo all'estensibilità della disciplina al concorrente *intraneus*.

Non può sin d'ora sottacersi, ad ogni modo, una notazione più generale.

Sebbene i tempi per una compiuta valutazione a riguardo siano ancora prematuri (i reati fiscali, infatti, hanno momenti consumativi spesso differiti al momento di presentazione delle dichiarazioni tributarie), può nondimeno osservarsi che, trascorsi quattro anni dall'introduzione della circostanza aggravante in commento, quest'ultima ha trovato limitata applicazione nella prassi. Ciò accresce il dubbio che la *voluntas legis*, anziché rispondere a un effettivo bisogno sanzionatorio, fosse quella di perseguire finalità di deterrenza perlopiù simbolica.

⁶⁵ *Supra* nt. n. 58.

⁶⁶ In favore della soluzione estensiva, non possono neppure omettersi ragioni di politica criminale. In ipotesi, qualora non si applicasse l'aumento di pena anche nei confronti del contribuente, si creerebbe una situazione per la quale l'ideatore del modello di evasione – che ben potrebbe non ricevere neppure una minima parte del profitto del reato – verrebbe punito più severamente di chi, in concreto, ha fruito consapevolmente dello strumento illecito e ha, di conseguenza, beneficiato direttamente dei proventi del reato. Cionondimeno, deve darsi conto del fatto che il medesimo ragionamento potrebbe essere effettuato anche in relazione al concorso aggravato *ex art.* 112 c.p., rispetto al quale si tende invece ad escludere la comunicabilità della circostanza.

Non sarebbe invero la prima volta che nell'ordinamento italiano si giunge ad esiti di questo tipo⁶⁷. Si pensi, tra gli innesti normativi più recenti, all'articolo 236-*bis* l. fall., che, come già ricordato in premessa⁶⁸, punisce il professionista che, nelle attestazioni o relazioni elaborate nell'ambito delle procedure di risanamento dell'impresa, esponga informazioni false ovvero ometta di riferire informazioni rilevanti. Tale incriminazione è rimasta, quantomeno ad oggi, praticamente inapplicata⁶⁹.

Alla luce di tale richiamo normativo, pare lecito domandarsi se non sarebbe stato più opportuno, così come avvenuto nel settore penal-fallimentare, attribuire autonoma rilevanza penale alla condotta del consulente fiscale che elabori modelli 'seriali' di evasione fiscale, anziché considerarla espressamente soltanto quale circostanza aggravante dei delitti tributari dei clienti⁷⁰.

Sebbene una tale scelta avrebbe di certo garantito maggiore chiarezza in punto di attribuzione della responsabilità al professionista, non può sottacersi che, a differenza del delitto di cui all'art. 236-*bis* l. fall., nell'ambito dei reati fiscali non si intravede una lacuna meritevole di intervento legislativo, posto che la descritta condotta (in ipotesi 'aggravata') del consulente è già suscettibile di accedere, nella forma del contributo concorsuale, al fatto tipico posto in essere dal contribuente e dunque divenire punibile in base all'ordinario schema codicistico della plurisoggettività eventuale.

Risulta invece determinante – allo scopo di scongiurare il rischio che la minaccia della sanzione punitiva renda fin troppo difficoltoso, senza alcuna valida ragione

⁶⁷ Per una riflessione sulla valenza simbolica dello *jus terribile*, inteso quale strumento (in)idoneo ad esercitare una forza deterrente sull'agire dei consociati si veda F. MUCCIARELLI, [Diritto penale e attività bancaria. Aspetti problematici e spunti di riforma](#), in *Dir. pen. cont.*, 13 aprile 2017. L'Autore si appresta ad evidenziare l'inadeguatezza del diritto penale ad adeguarsi ai repentini mutamenti socio-economici: «Nel settore dell'economia (inteso il termine in senso ampio) le carenze strutturali e contingenti del diritto penale contribuiscono potentemente a uno fra i più perniciosi degli effetti derivanti dalla estesa inosservanza delle regole, incidendo direttamente su un fattore fondante del modello capitalistico di mercato». L'A., inoltre, passa in rassegna alcune norme del comparto penal-societario prive di effettiva valenza applicativa, *id est* gli artt. 2628, 2629 e 2634 c.c.

⁶⁸ *Supra* nt. n. 2.

⁶⁹ E. JANNUZZI – A. REGI, [Il reato di falso in attestazioni e relazioni: un delitto fantasma?](#), in *Dir. pen. cont.*, 12 maggio 2017, 99 ss. Le Autrici sostengono che la norma abbia trovato scarsa applicazione in ragione della forza deterrente che la stessa avrebbe esercitato sui soggetti chiamati a redigere le relazioni e le attestazioni. Anche con riguardo a tale disciplina, visto l'esiguo lasso di tempo intercorso dalla sua introduzione (avvenuta per mano dell'art. 33 d.l. 22.6.2012 n. 83, convertito nella l. 7 agosto 2012 n. 134), deve comunque richiamarsi alla dovuta cautela nell'esprimere giudizi definitivi. A riguardo, peraltro, potrebbe essere fornita una diversa chiave di lettura: la norma di cui all'art. 236-*bis* l. fall., per come formulata, pone l'autorità giudiziaria nella posizione di dover provare il dolo del professionista nell'aver inserito false informazioni o nell'averne omesse di rilevanti; operazione quest'ultima di certo non semplice in considerazione del fatto che l'attività dell'esperto attestatore è caratterizzata da una forte componente valutativa.

⁷⁰ Uno spunto ulteriore è offerto da E. BASILE, *Consiglio tecnico e responsabilità penale. Il concorso del professionista tramite azioni «neutrali*, cit., 265. L'Autore ritiene che sarebbe semmai preferibile inserire l'aggravante tra le circostanze comuni di cui all'art. 61 c.p.; cionondimeno, sarebbero ugualmente intervenute problematiche di non poco conto, relative tanto alle modalità redazionali della norma, quanto all'inserimento della circostanza in armonia con il resto della disciplina generale (l'A., a riguardo, ritiene che l'aggravante in parola, per non essere potenzialmente annullata a seguito del giudizio di bilanciamento, dovrebbe essere giocofoza sottratta al perimetro applicativo dell'art. 69 c.p.).

giustificatrice, l'esercizio della professione – individuare con chiarezza i confini della responsabilità aggravata del professionista, assoggettata tanto ai canoni generali dell'illecito plurisoggettivo *ex art. 110 c.p.*, quanto all'equivoco testo dell'*art. 13-bis co. 3 d.lgs. 74/2000*.

IL DIRITTO ALLA RISERVATEZZA NELLA NUOVA DISCIPLINA DELLE INTERCETTAZIONI

Note a margine del decreto legge n. 161 del 2019

di Giuseppe Santalucia

Il decreto legge n. 161 del 2019 interviene in modifica della riforma della disciplina delle intercettazioni con cui si era chiusa la precedente Legislatura e che, in forza di reiterati interventi normativi, è rimasta per lungo tempo inefficace. Nelle dichiarazioni programmatiche di inizio Legislatura si paventava una riforma dai contenuti innovativi e di ampio respiro. Si tratta, invece, di un sostanziale ripiegamento verso il passato, per più parti frenato e corretto proprio da alcuni principi della precedente riforma (cd. riforma Orlando). Questa, nonostante sia rimasta priva di efficacia, ha rappresentato un (parziale) punto di non ritorno sul terreno della tutela del diritto alla riservatezza, anche dei terzi, e del bilanciamento con il diritto di difesa e con il principio di obbligatorietà dell'azione penale, e quindi di efficienza ed efficacia degli strumenti di indagine.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La formazione dei cd. brogliacci di ascolto. – 3. Il ruolo della polizia giudiziaria. – 4. Il divieto di trascrizione delle comunicazioni e conversazioni col difensore. – 5. La selezione del materiale intercettativo. – 6. La cd. udienza stralcio. – 7. Il regime di segretezza dei risultati intercettativi non rilevanti. – 8. Divieto di pubblicazione. – 9. L'ambito di ammissibilità del cd. *trojan horse*. – 10. Utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni a mezzo *trojan* per reato diverso. – 11. La disciplina transitoria. – 12. Una breve conclusione.

1. Premessa.

Il decreto legge n. 161 del 30 dicembre 2019 – contenente modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni –, che pone fine alla catena di rinvii con cui si era prorogato il momento di acquisto d'efficacia delle disposizioni riformatrici del d. lgs. n. 216 del 2017 (noto come riforma Orlando), rivela immediatamente l'intento di ripristinare il regime normativo precedente a detta riforma, seppure questo fosse stato ritenuto quasi unanimemente insoddisfacente.

Era invece sembrato, anche in ragione di qualche dichiarazione di intenti del Ministro della giustizia, che il tempo delle varie proroghe sarebbe dovuto servire ad una rielaborazione della riforma Orlando, per emendarla da asserite complessità

procedurali¹ o, ancor di più, che quelle sospensioni avrebbero dovuto consentire la messa a punto di un nuovo progetto capace di coniugare nel miglior modo possibile il diritto alla riservatezza delle comunicazioni con il diritto di difesa e con il principio di obbligatorietà dell'azione penale².

L'impressione è invece che abbia prevalso, fors'anche per la particolare difficoltà dell'impegno programmatico, la tentazione di ritornare al passato, soluzione certo più comoda ma che non rende giustizia di tante condivise critiche a quell'impianto normativo, che troppe volte ha mostrato nei fatti di non essere adeguato al compito di regolare, senza ingiustificati sacrifici, gli interessi potenzialmente confliggenti.

La riforma Orlando ha però funto da argine nei confronti di questa tentazione contro-riformatrice, ne ha contenuto l'impatto, ne ha ridimensionato gli effetti.

L'esame dei contenuti del decreto legge deve allora avvalersi di due parametri di raffronto: la riforma Orlando, che non ha mai, per la sua gran parte, acquistato efficacia, e il sistema normativo ad essa precedente, che ha regolato la materia sin dall'entrata in vigore del codice del 1988.

¹ La distinzione tra verbali delle operazioni e annotazioni di polizia giudiziaria per la necessaria comunicazione preventiva al pubblico ministero circa conversazioni o comunicazioni apparentemente irrilevanti, e quindi da non trascrivere, sembra essere alla base del diffuso giudizio – per molte voci critiche, pregiudizio – di complessità e macchinosità procedurale, quasi che la differenziazione nominalistica delle forme di documentazione potesse veramente generarle. È sufficiente rammentare che l'annotazione null'altro è, in fin dei conti, che una forma semplificata di verbalizzazione, per dissipare le ombre agitate in molti commenti, ove le critiche sono incentrate su questa previsione di cautela finalizzata a mantenere, quanto più possibile, il segreto sulle informazioni irrilevanti Cfr., G. GIOSTRA, *L'impraticabile meccanismo di selezione delle intercettazioni*, in *Sole 24 Ore*, 20 dicembre 2017; e la nota critica inviata ai Presidenti delle Commissioni "Giustizia" di Camera e Senato, dai Procuratori della Repubblica di Firenze, Milano, Napoli, Palermo, Roma e Torino, in data 20 novembre 2017, in cui si legge di «diritto di difesa a rischio», «procedure dannosissime per le indagini», «creazione, questa sì veramente pericolosa, di brogliacci informali della polizia giudiziaria», «procedura macchinosa e irrealistica».

² Ha ricordato C. GITTARDI, *La riforma delle intercettazioni: le Procure in mezzo al guado*, in *giustiziainsieme.it* che le ragioni della proroga sono state indicate l'11 luglio 2018 in sede di audizione del Ministro della Giustizia, on. Alfonso Bonafede, avanti alle competenti Commissioni parlamentari. "Da un lato si prospettano ragioni tecniche relative ai tempi necessari per l'esecuzione nelle Procure dei lavori per la creazione e per l'approntamento dei supporti logistici, informatici e strumentali per gli archivi riservati e per le sale ascolto per gli avvocati. Dall'altro lato, in modo in parte non coerente rispetto alle indicate ragioni tecniche, vengono evidenziati rilievi fortemente critici sul contenuto della riforma Orlando. Si sottolinea infatti in quella sede come la riforma "... Non riesca nell'obiettivo di assicurare un effettivo contemperamento dei diversi interessi richiamati. Le modifiche introdotte, anzi, appaiono come un dannoso passo indietro sulla strada della qualità ed efficacia delle indagini e rispetto alla corretta distribuzione dei compiti funzionali tra i diversi soggetti coinvolti. Si tratta di un testo che ha suscitato i rilievi critici tanto dei magistrati requirenti, quanto della classe forense..." Tanto da annunciare come si fosse "scelto di avviare sin da subito dopo l'insediamento del nuovo Governo una capillare fase di ascolto e confronto, partendo dalle concrete esperienze vissute dalle Procure e dagli avvocati, in modo da giungere alla definizione di una base di lavoro condivisa che possa fungere da piattaforma su cui innestare la riscrittura della disciplina delle intercettazioni".

2. La formazione dei cd. brogliacci di ascolto.

La disciplina circa l'indicazione, nel verbale delle operazioni, dei contenuti delle comunicazioni intercettate è stata ripristinata nei contenuti precedenti alla riforma Orlando.

Il codice ora, come prima, si limita a prevedere la trascrizione anche sommaria del contenuto delle comunicazioni oggetto di ascolto, ed è venuto meno il divieto di trascrizione del materiale irrilevante per le indagini, ivi compreso il materiale afferente a dati personali cd. sensibili.

Le critiche al divieto, evidentemente recepite, sono state tanto ferme e decise quanto poco attente al dato letterale delle disposizioni riformatrici e quindi al loro significato prescrittivo.

Con la riforma Orlando si chiedeva ai pubblici ministeri di seguire passo dopo passo l'andamento degli ascolti e di intervenire subito per scartare, e dunque non trascrivere nei cd. brogliacci, le comunicazioni prive di interesse investigativo, specie quando attenessero alla vita privata dei colloquianti o dei terzi la loro menzionati.

Il recupero del materiale scartato sarebbe stato sempre possibile e rimesso esclusivamente al pubblico ministero, che delle conversazioni o comunicazioni non trascritte non perdeva traccia; gli ufficiali di polizia giudiziaria delegati all'ascolto sarebbero stati obbligati a informarlo per tempo, ove avessero ritenuto alcune comunicazioni insignificanti, con sintetica annotazione scritta circa il contenuto, che sarebbe stata conservata al pari dei verbali e che quindi ne avrebbe agevolato l'individuazione successiva alla luce di nuove consapevolezze investigative.

Al pubblico ministero sarebbe spettata la decisione, potendo disporre o l'immediata trascrizione nei verbali di quelle comunicazioni o, eventualmente, il loro recupero postumo.

Il controllo in progress del pubblico ministero era sembrato l'unico efficace antidoto per evitare abusi e superficialità di approccio e quindi la formazione di brogliacci d'ascolto inutilmente arricchiti di notizie capaci di ledere riservatezza e reputazione delle persone, una volta oggetto di divulgazione pur non indebita.

È invece prevalsa l'idea che la costante attenzione selettiva dei pubblici ministeri avrebbe prodotto guasti alle indagini e quindi all'accertamento dei fatti, e si è preferito allentare i presidi posti a tutela dei diritti delle persone coinvolte anche solo occasionalmente dalle operazioni di intercettazione.

La riforma Orlando ha comunque lasciato una non marginale eredità, perché l'art. 268 cod. proc. pen., nella formulazione del decreto legge, prescrive che il pubblico ministero debba dare indicazioni – evidentemente destinate agli ufficiali di polizia delegati all'ascolto – e debba vigilare – evidentemente sul loro operato – in modo da sottrarre al pericolo di indebite divulgazioni le comunicazioni irrilevanti e relative ad aspetti della vita privata – art. 268, comma 2-bis, cod. proc. pen. –.

3. Il ruolo della polizia giudiziaria.

Nel porre questo dovere di vigilanza il legislatore del decreto riconosce implicitamente un ruolo proprio alla polizia giudiziaria nell'esecuzione delle operazioni di intercettazione, a differenza di quanto fatto dal codice dell'88 prima e dalla riforma Orlando poi.

Sia il codice che l'indicata novella eleggevano il pubblico ministero ad unico destinatario di poteri e doveri in materia. La polizia giudiziaria era menzionata unicamente come possibile delegata al materiale ascolto, ma il soggetto di riferimento del legislatore era solo e soltanto il pubblico ministero in quanto autorità giudiziaria.

Il decreto legge, invece, eleva la polizia giudiziaria ad attore ordinario delle operazioni di intercettazione nella misura in cui chiama il pubblico ministero a compiti di vigilanza sullo svolgimento di attività, evidentemente altrui, che prima gli erano direttamente imputate. Il dovere di vigilanza è tipico del rapporto di delega ed entro quell'ambito non merita di essere isolato e considerato autonomamente; se, di contro, ad esso il legislatore pone specifica attenzione, sorge la questione se si sia ancora di fronte ad una mera relazione di delega per l'esercizio di un potere proprio del delegante o di cogestione, seppure non paritaria, di una attività d'indagine.

Il fatto che le ricadute pratiche di questa distorsione non saranno significative, dato che è notorio che il pubblico ministero deleghi sempre la polizia giudiziaria all'ascolto e non provveda (quasi) mai direttamente a questo incombenza, non priva di rilevanza l'osservazione critica.

A volte, alcune modifiche normative apparentemente di scarso significato, e magari prodotte senza particolare consapevolezza, concorrono a mutare, e non in meglio specie se asseccanti le prassi, la cultura del processo e delle garanzie in capo agli operatori, con conseguenze – seppure non nell'immediato – non commendevoli. Il modo con cui gli attori processuali, al di là dei profili di mera tecnica, approcciano le norme è infatti fattore che condiziona in misura non marginale la possibilità che si dispieghino al meglio le scelte di valore che la legge sottende.

4. Il divieto di trascrizione delle comunicazioni e conversazioni col difensore.

Della riforma Orlando il decreto legge conserva integra la previsione, di cui all'art. 103, comma 7, cod. proc. pen., sul divieto di verbalizzazione dei colloqui col difensore casualmente intercettati.

Come è noto, le conversazioni e comunicazioni del difensore (degli investigatori privati autorizzati e incaricati in relazione al procedimento, dei consulenti tecnici e loro ausiliari) e quelle tra costoro e i loro assistiti non possono essere intercettate. Non può escludersi, però, che siano oggetto di intercettazione casuale e, ove ciò accada, il rimedio consiste, storicamente, nel divieto di utilizzazione.

Da ultimo, proprio con la riforma Orlando, la tutela è stata rafforzata col divieto di trascrizione anche sommaria nei verbali, e quindi nei cd. brogliacci.

Il presidio di garanzia non è stato eliminato dal decreto legge, seppure sia del tutto omogeneo a quello che si era adottato per la selezione in corso d'opera delle intercettazioni relative a comunicazioni irrilevanti e relative a profili di vita privata.

È appena il caso di osservare che la decisione di non trascrivere le conversazioni o comunicazioni del difensore è soltanto del pubblico ministero, come lo sarebbe stata quella di non riassumere nei verbali le comunicazioni o conversazioni che avrebbero esposto inutilmente a pericolo il diritto alla riservatezza delle persone. È certo buona cosa che questo divieto di trascrizione sia rimasto, perché le prerogative difensive devono essere rinforzate, ma non si comprende a questo punto perché sia stato spazzato via il divieto, del tutto omologo, posto a tutela di altri diritti fondamentali.

Se il meccanismo di tutela è identico quanto a modalità di attuazione, resta un quesito dalla non facile risposta perché si sia avvertita l'esigenza di rimuoverlo per la generalità dei casi e di mantenerlo operativo soltanto in riguardo al rapporto difensivo. Si è forse ceduto al timore che un suo impiego massivo si sarebbe risolto in un insopportabile aggravio di lavoro per il pubblico ministero, e si è così scelto di lasciarlo soltanto per quel limitato settore, o, più banalmente, quella piccola ma importante modifica dell'articolo 103 cod. proc. pen. è sfuggita all'attenzione del provvedimento d'urgenza?

5. La selezione del materiale intercettativo: gli aspetti di novità.

Il decreto legge ripristina quasi integralmente la disciplina della cd. udienza stralcio contenuta nel codice di rito sino alla riforma Orlando.

Una prima e non secondaria novità attiene al criterio di selezione del materiale intercettativo.

Il giudice, a chiusura delle operazioni di intercettazione e dopo il decorso del termine assegnato dal pubblico ministero ai difensori per prendere visione del materiale depositato presso l'archivio di cui all'articolo 269 cod. proc. pen.³ al più tardi contestualmente alla chiusura delle indagini⁴, provvede all'acquisizione delle

³ Il deposito presso l'archivio e non presso la segreteria è un aspetto di novità.

⁴ In dottrina la riforma Orlando è stata criticata anche per una asserita compressione dei diritti della difesa. Si sosteneva che "la struttura bifasica del deposito e selezione del materiale intercettato rilevante ai fini di prova riserva ridottissimi tempi al difensore, per la tutela del proprio assistito, obbligandolo a stazionare nei locali della Procura senza poter estrarre copia degli atti relativi ai dialoghi captati, fino alla loro acquisizione al fascicolo delle indagini, disposta dal gip. È evidente la compressione dello spazio di manovra del difensore, sol che si pensi ai casi in cui il gip ritenga di instaurare il contraddittorio nell'udienza di stralcio, al fine di valutare quale materiale selezionare ed avviare al fascicolo delle indagini" – così F. VERGINE, *La riforma della disciplina delle intercettazioni: un valzer con un'orchestra scordata*, in *processopenaleegiustizia.it* –. wLa critica, che prospettava violazioni degli artt. 24 e 111 Cost., aveva ad oggetto una disciplina che, rispetto al passato e rispetto alle novità del decreto legge, ampliava le garanzie difensive in termini di spazio temporale riservato per la consultazione dei risultati delle intercettazioni. La riforma Orlando assegnava alle difese un termine ordinario di almeno dieci giorni per formulare al giudice le richieste di acquisizione e/o di eliminazione delle conversazioni e comunicazioni indicate come rilevanti dal pubblico ministero, termine che poteva essere ampliato dal giudice di altri dieci giorni, "in ragione della

conversazioni e comunicazioni indicate dalle parti che non siano irrilevanti, e non più, come un tempo, manifestamente irrilevanti. L'onere di parte diviene più gravoso se si tratta di far acquisire, ritenendone la rilevanza, registrazioni e verbali riguardanti "categorie particolari di dati personali" – art. 268, comma 6, cod. proc. pen. –, ossia, par di capire, quelli che attengono più strettamente alla sfera di riservatezza, perché in tal caso occorre che gli interessati "ne dimostrino la rilevanza", non potendo bastare che la indichino solamente.

La manifesta irrilevanza era filtro troppo lasco per impedire il travaso nel fascicolo anche di quel che non sarebbe servito e si è compreso che la mera rilevanza orienta, con maggiore specificità e cogenza, le scelte selettive al tema di prova.

Il criterio di restrizione è stato introdotto dalla riforma Orlando che ipotizzava un percorso in più tappe in vista del confezionamento della prova da intercettazioni. Secondo quel modello le comunicazioni e conversazioni intercettate erano destinate in prima battuta all'area della segretezza costituita dall'archivio riservato in cui esse naturalmente sarebbero confluite; per essere acquisite al fascicolo delle indagini avrebbero dovuto essere selezionate dal giudice su richiesta delle parti e previo contraddittorio cartolare o, se del caso, camerale; questa selezione era prevista come momento obbligatorio, non aggirabile, e propedeutico alla successiva eventuale fase della trascrizione nella forma della perizia, da farsi in dibattimento quando sarebbe stato ormai non possibile un diverso epilogo per mezzo di uno dei vari procedimenti speciali che consentono l'utilizzazione probatoria dei cd. brogliacci.

Una seconda novità, assai più discutibile, riguarda i soggetti coinvolti nelle operazioni di selezione. Rispetto alla precedente disciplina, anche nella versione modificata dalla riforma Orlando, l'avviso di deposito, propedeutico all'esercizio dei poteri e delle facoltà di esame del materiale intercettato e quindi di selezione del rilevante, aveva come destinatari i difensori delle parti, e non solo, come invece ora prescrive il decreto legge, i difensori dell'imputato.

L'espressione "difensori delle parti" non era delle più chiare, perché di parti in una fase preprocessuale non può tecnicamente dirsi. La persona offesa non è parte ma è un mero soggetto processuale e la parte civile può fare il suo ingresso in scena solo dopo che si è dato inizio al processo.

complessità del procedimento e del numero delle intercettazioni" – articolo 268-ter, commi 2 e 3, cod. proc. pen. –. Nello spazio temporale dato (in luogo di quello concesso dal pubblico ministero e non predeterminato dalla legge del testo precedente e di quello ora riproposto dal decreto legge) i difensori avrebbero potuto consultare tutti gli atti, le registrazioni e i documenti conservati nell'archivio riservato, secondo una formula in nulla dissimile, quanto all'attribuzione di poteri e facoltà, da quella del precedente testo codicistico e di quella riproposta dal decreto legge, perché per entrambe i difensori hanno facoltà di esaminare gli atti e ascoltare le registrazioni ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche, senza riferimento alcuno alla facoltà di estrazione di copia. La diversità risiede piuttosto – a prescindere dal fatto che la consultazione dell'archivio possa avvenire, per il decreto legge, soltanto per via telematica – nella selezione dei destinatari di questi diritti e facoltà, che non sono più i difensori delle parti, secondo la previsione che la *riforma Orlando* aveva conservato, ma unicamente i difensori dell'imputato.

Pur con queste difficoltà di lettura, la formula consentiva comunque il coinvolgimento di soggetti diversi dall'imputato, meglio: indagato, perché non impediva, senza necessità di particolari forzature interpretative, di individuare tra i destinatari, nonostante la non precisa attribuzione di parte, anche la persona offesa⁵.

6. La cd. udienza stralcio.

Il legislatore del decreto legge torna all'antico e ripristina la vecchia cd. udienza stralcio con il suo carico di inefficienza sperimentata in tutti questi anni in cui, per la gran parte, è stata sostanzialmente elusa nella prassi giudiziaria.

Ha però mostrato consapevolezza del fatto che meccanismo non sarà in grado di soddisfare l'esigenza di una puntuale cernita del materiale da acquisire, perché le Procure della Repubblica continueranno a chiedere il ritardo del deposito del materiale intercettativo e a farlo coincidere con la chiusura delle indagini quando lo svolgimento di una selezione dinnanzi al giudice potrebbe rivelarsi adempimento capace di produrre allungamento dei tempi in vista di un rapido esercizio dell'azione penale.

Ha allora previsto quanto già suggerito in alcune delle circolari che i Procuratori della Repubblica elaborarono prima che fosse approvata la riforma Orlando, anche per dimostrare che le buone prassi possono prendere il posto della legge nel mettere a punto soluzioni soddisfacenti quando sono in gioco interessi potenzialmente contrapposti.

Ha quindi stabilito che, quando non si è proceduto alla selezione ad opera del giudice ai sensi del ripristinato art. 268 cod. proc. pen. – nelle parti in cui prevede il deposito del materiale intercettativo, l'avviso alle parti e quindi la selezione ad opera del giudice – il pubblico ministero con l'avviso di conclusione delle indagini preliminari avverta indagato e difensore della facoltà di esaminare per via telematica gli atti relativi alle intercettazioni e di ascoltare le registrazioni (ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche), oltre che della facoltà "di estrarre copia delle registrazioni o dei flussi indicati come rilevanti dal pubblico ministero", che, pertanto, deve prima formare l'elenco del materiale che intende acquisire⁶.

⁵ F. VERGINE, *La riforma della disciplina delle intercettazioni*, cit., in *processopenalegiustizia.it*, ha invece criticato duramente la disposizione della riforma Orlando, seppure questa prevedesse che fosse dato immediato avviso "ai difensori delle parti", sì come la disposizione previgente, affermando che "totalmente esclusa è la persona offesa dal reato, che in alcun modo può partecipare alle operazioni di selezione delle intercettazioni rilevanti ai fini di prova, né esserne edotta". Questa critica, a prescindere dal merito, va ora rivolta al decreto legge che ha esplicitato quel che questa voce critica ha ritenuto di cogliere, al di là del dato letterale delle disposizioni, ingiustamente trascurato, nella riforma Orlando.

⁶ È poi previsto con una modifica dell'art. 454, a cui è aggiunto il comma 2-bis, e per evidenti ragioni di coerenza sistematica, che allo stesso modo il pubblico ministero debba procedere, sempre che non si sia dato luogo in precedenza agli adempimenti di cui all'art. 268 commi 4, 5 e 6, quando fa richiesta di giudizio immediato e quindi viene omissivo l'adempimento dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari. Cfr., a tal ultimo proposito, Sez. 1, n. 9429 del 17/12/2014, dep. 2015, Pancotto, Rv. 262645 che, conformemente all'unanime giurisprudenza, precisa che "nel giudizio immediato, l'art. 453 cod. proc. pen. non prevede che la richiesta di giudizio debba essere preceduta dall'avviso di conclusione delle indagini preliminari".

Si instaura in tal modo un confronto tra pubblico ministero e difesa, perché il primo ha il dovere di indicare quali comunicazioni o conversazioni intenda acquisire siccome rilevanti, e la difesa può, a sua volta, depositare il proprio elenco di registrazioni rilevanti, evidentemente non comprese nell'indicazione d'accusa, con la richiesta di estrazione di copia di quelle rilevanti per l'accusa.

Su ambedue le richieste, di acquisizione di ulteriore materiale intercettativo e di rilascio di copia delle registrazioni utili per l'accusa, provvede il pubblico ministero, senza che debba intervenire il giudice.

Questi, invece, è adito in caso di contrasto tra le parti, e cioè se il pubblico ministero rigetta la richiesta di acquisizione del materiale indicato dalla difesa o, deve ritenersi, anche quando è rigettata la richiesta di rilascio di copia delle registrazioni ritenute rilevanti dall'accusa, e se la difesa nega la rilevanza delle registrazioni indicate dall'accusa.

In tutte queste ipotesi il giudice è richiesto di procedere nelle forme della cd. udienza stralcio e quindi di provvedere all'acquisizione del materiale rilevante sulla base delle prospettazioni di parte.

Anche per tale aspetto il decreto legge è debitore della riforma Orlando. E infatti, in ogni caso, si dia o meno luogo alla cd. udienza stralcio, il pubblico ministero deve comporre l'elenco delle registrazioni che ritiene rilevanti e darne comunicazione alla difesa dell'indagato: Per questa via è tenuto, sia pure soltanto alla chiusura delle operazioni e delle indagini preliminari, a vagliare il materiale informativo formatosi con le operazioni di intercettazione e scegliere soltanto le registrazioni che possano essere di utilità nel prosieguo processuale, onde evitare che si riversi nel fascicolo e quindi nel processo una mole di informazioni per la gran parte inutile e per altra potenzialmente dannosa per i diritti delle persone.

7. Il regime di segretezza dei risultati intercettativi non rilevanti.

Le registrazioni – prescrive il decreto legge – sono immediatamente trasmesse al pubblico ministero. Sullo stesso punto la disciplina della riforma Orlando aveva cura di meglio specificare la nozione dell'avverbio "immediatamente", precisando che l'invio tempestivo dovesse essere fatto subito dopo la scadenza del termine indicato per lo svolgimento delle operazioni nei provvedimenti di autorizzazione o di proroga; aggiungeva quindi, a conferma della cogenza della previsione, che il pubblico ministero avrebbe potuto disporre, con apposito decreto, il differimento della trasmissione, ove la prosecuzione delle operazioni avesse consigliato, data la complessità delle indagini, che l'ufficiale di polizia giudiziaria delegato all'ascolto potesse custodirle per consultazione.

Il decreto legge elimina questo inciso, lasciando maggiore libertà agli operatori di modulare in concreto il significato della prescrizione sull'immediato invio, adattandolo a non meglio individuabili esigenze organizzative; conserva, però, un aspetto essenziale della disciplina introdotta con la riforma Orlando, ossia la previsione di un apposito archivio nel quale far confluire i verbali e le registrazioni ed ogni altro atto ad esse relativo.

La gestione e la tenuta di questo archivio ricadono sotto la responsabilità del Procuratore della Repubblica che ha richiesto l'autorizzazione alle intercettazioni, il quale ne ha la direzione ed esercita la sorveglianza su di esso. Rispetto alla riforma Orlando, l'attuale articolo 269 cod. proc. pen. non qualifica l'archivio come "riservato" e soprattutto non dice che verbali e registrazioni, e gli altri atti unitamente custoditi, sono coperti da segreto.

Coerentemente il decreto legge abroga il comma 1-*bis* dello stesso articolo (269), che era stato introdotto per chiarire e ribadire che il segreto su verbali e registrazioni sarebbe venuto meno una volta che fossero acquisiti al fascicolo delle indagini preliminari, di cui all'articolo 373, comma 5, cod. proc. pen., in una delle codificate modalità, ossia con la selezione in contraddittorio tra le parti ad opera del giudice o con l'utilizzazione per l'adozione di una misura cautelare – articolo 268-*ter* cod. proc. pen., pur esso abrogato –.

Quale sia il senso delle modifiche apportate alla disciplina dell'archivio non è facile comprendere.

L'archivio è mantenuto, ma è privato, almeno formalmente, dell'attributo che ne giustificava l'istituzione, ossia l'idoneità, in quanto riservato, ad assicurare la segretezza – a beneficio dei diritti fondamentali della persona – di tutte quelle informazioni captate con le intercettazioni, mezzo particolarmente incisivo sulla sfera di libertà delle persone seppure investigativamente e probatoriamente molto efficace, che non si fossero rilevate utili né alle indagini né al processo.

L'interpretazione della nuova disciplina è ancor più complicata dalla disposizione di cui all'art. 89-*bis* disp. att. cod. proc. pen., articolo introdotto dalla riforma Orlando proprio per specificazioni di dettaglio sull'archivio riservato, che al comma 2 precisava che l'archivio sarebbe stato gestito – anche informaticamente – “con modalità tali da assicurare la segretezza della documentazione custodita”, tanto che il procuratore della Repubblica avrebbe avuto il potere-dovere di impartire, “con particolare riguardo alle modalità di accesso, le prescrizioni necessarie a garantire la tutela del segreto su quanto ivi custodito”.

Detto articolo è sopravvissuto con una modifica alla rubrica ove ora il riferimento è all'archivio delle intercettazioni e non più all'archivio riservato delle intercettazioni, e ciò in coerenza con la modifica apportata alla corrispondente norma del codice.

Il contenuto di disciplina – ed è questa la stranezza – non è stato modificato nelle parti di maggior rilievo, perché si continua a prevedere che “l'archivio è gestito con modalità tali da assicurare la segretezza della documentazione relativa alle intercettazioni non necessarie per il procedimento, ed a quelle irrilevanti o di cui è vietata l'utilizzazione ovvero riguardanti categorie particolari di dati personali come definiti dalla legge o dal regolamento in materia”; e che il Procuratore della Repubblica ha il potere-dovere di impartire”, con particolare riguardo alle modalità di accesso, le prescrizioni necessarie a garantire la tutela del segreto su quanto ivi custodito”.

Quale è allora il senso dell'eliminazione sia dell'attributo di riservato, prima assegnato all'archivio, sia della previsione che il materiale intercettativo non acquisito al processo è coperto dal segreto?

Nonostante le modifiche, infatti, la disciplina che residua mantiene lo stesso contenuto prescrittivo, dato che chiama il procuratore della Repubblica alla tutela del segreto sul materiale custodito in archivio che, all'evidenza, non può che essere posto dalla legge.

Sembra che, sia pure con qualche ambiguità lessicale e una non spiegabile ritrosia nel confermare scelte di sistema già compiute, non sia stato smantellato il nucleo della riforma Orlando, costituito dall'obbligatorietà del percorso di emersione probatoria da una prima necessaria dimensione di segretezza, prima ed obbligata destinazione di tutto il materiale prodotto dalle operazioni di intercettazione, ad una seconda tappa di acquisizione al fascicolo processuale, con possibilità di utilizzazione sia nei procedimenti cautelari che nei procedimenti cd. speciali, e quindi ad una eventuale terza di confezionamento come prova in senso stretto attraverso la trascrizione nelle forme della perizia, in vista dell'utilizzazione dibattimentale.

Le conversazioni e comunicazioni oggetto di intercettazione sono pertanto, ancora oggi, destinate in prima battuta all'area del segreto, da cui sono sottratte per mezzo della procedura acquisitiva con la presenza solo eventuale del giudice.

La disposizione di cui al nuovo articolo 268, comma 6, cod. proc. pen. in tema di cd. udienza stralcio, nella parte in cui stabilisce che il giudice, scaduto il termine entro il quale i difensori hanno facoltà di esaminare gli atti, ascoltare le registrazioni, ecc. ecc., "dispone l'acquisizione delle conversazioni o dei flussi di comunicazioni...", nonostante sia identica a quella della versione precedente alle modifiche introdotte con la riforma Orlando, si è arricchita di un significato peculiare.

L'acquisizione segna ora un passaggio ben più caratterizzato, facendo transitare quel materiale informativo da una dimensione di estraneità al processo, delineata dalla paratia del segreto, al piano processuale.

Non è più come un tempo, quando l'acquisizione giudiziale percorreva una direzione esattamente contraria e serviva a scartare dal complessivo materiale già confluito interamente nella dimensione processuale, per il solo fatto di essere stato captato e quindi registrato e sommariamente verbalizzato, quella parte, decisamente minore, valutabile in termini di irrilevanza manifesta, a prescindere ovviamente da quella segnata da divieti di utilizzazione.

8. Divieto di pubblicazione.

Il ragionamento sino ad ora svolto, in apparenza coerente, si inceppa di fronte alla previsione di cui all'articolo 2, comma 1, lett. a) del decreto legge, che interviene sull'articolo 114 cod. proc. pen. con l'aggiunta di un comma, il 2-*bis*, per stabilire che "è sempre vietata la pubblicazione, anche parziale, del contenuto delle intercettazioni non acquisite ai sensi degli articoli 268 e 415-*bis*".

Si tratta di una disposizione del tutto nuova, perché con la riforma Orlando il divieto di pubblicazione delle intercettazioni non acquisite era contenuto, data l'espressa previsione di copertura col segreto, nel comma 1 dell'art. 114 cod. proc. pen., che

appunto fa divieto di pubblicazione, anche parziale o per riassunto, degli atti coperti da segreto, o anche soltanto del loro contenuto,

La scelta di porre un divieto di pubblicazione omogeneo a quello che già il sistema conosce per gli atti di indagine non più coperti da segreto, fino a quando le indagini preliminari non siano state concluse ovvero fino al termine dell'udienza preliminare, segna una vistosa distonia con le altre previsioni del decreto legge – come prima si è cercato di argomentare – proprio in punto di segretezza delle conversazioni o comunicazioni intercettate e non (ancora) acquisite al procedimento.

In buona sostanza, se segreto c'è – come si è inteso desumere – non ha senso vietare la pubblicazione nei termini appena ricordati: se segreto non c'è, però, non ha parimenti senso gravare il procuratore della Repubblica del dovere di assicurare la segretezza del materiale intercettativo custodito nell'archivio di cui all'articolo 269 cod. proc. pen., secondo quanto prescritto dall'articolo 89-bis disp. att. cod. proc. pen.

La contraddizione non sembra rimediabile per via interpretativa e rivela con quanta incertezza si sia mosso il legislatore del decreto legge, evidentemente stretto tra quanti avrebbero voluto un ritorno pieno al sistema precedente alla riforma Orlando e quanti, di contro, avrebbero preferito far sì che acquistasse efficacia questa riforma, senza ridimensionamenti o aggiustamenti di sorta.

9. L'ambito di ammissibilità del cd. *trojan horse*.

Come si ricorderà, la riforma Orlando prevedeva che l'uso del virus informatico su dispositivi elettronici portatili per l'intercettazione tra presenti in ambito domiciliare fosse consentito, senza limiti, soltanto ove si fosse proceduto per taluno dei delitti indicati nell'articolo 51, commi 3-bis o 3-quater, cod. proc. pen.; mentre in tutti gli altri casi, ossia di procedimenti per delitti per i quali fosse ammesso il ricorso allo strumento intercettativo, l'uso del virus informatico per intercettazioni ambientali in ambito domiciliare sarebbe stato soggetto alla condizione dello svolgimento in atto, in quel luogo, di attività criminose. Per le intercettazioni tra presenti al di fuori dei luoghi domiciliari, quella riforma avrebbe consentito l'uso del virus informatico per dispositivi elettronici portatili purché fossero indicate nella richiesta di autorizzazione le ragioni di necessità del ricorso a questa modalità d'intercettazione e sempre che fossero indicati il luogo e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazioni ai quali sarebbe stato attivato il microfono da remoto.

Su questo impianto è poi intervenuta la legge n. 3 del 2019, cd. spazzacorrotti, che ha equiparato, per questi aspetti, i procedimenti per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, puniti con la reclusione non inferiore nel limite massimo a cinque anni, a quelli per i delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis o 3-quater, cod. proc. pen., e ciò con l'innesto nelle disposizioni di cui agli articoli 266, comma 2-bis, e 267, comma 1, cod. proc. pen., come introdotti e modificati proprio dalla riforma Orlando, di un'aggiunta relativa alla categoria criminosa indicata,

Le modifiche apportate dalla legge cd. spazzacorrotti – con ogni probabilità mai divenute operative perché innestate nel corpo di disposizioni oggetto delle reiterate

previsioni di rinvio, nel tempo, dell'acquisto di efficacia – sono state interpolate dal decreto legge con la specificazione che i delitti contro la pubblica amministrazione a cui è riferimento sono quelli commessi, oltre che dai pubblici ufficiali, anche dagli incaricati di pubblico servizio.

La precisazione, apparentemente banale, potrebbe ingenerare qualche incertezza.

L'indicazione della riforma Orlando ai "delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione" orientava, per l'individuazione del campo applicativo dello strumento tecnico, verso la categoria criminosa sì come delineata dalla collocazione codicistica in ragione dell'identità della formula che appunto intitola il capo I (dei Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione) del titolo II (dei Delitti contro la pubblica amministrazione) del Libro II (dei Delitti in particolare).

Il chiarimento, che ora il decreto legge opera sui possibili soggetti attivi, spezza questa corrispondenza e sembra autorizzare l'interprete alla ricerca delle condizioni di ammissibilità guardando a qualunque reato che, seppure estraneo al numero chiuso che compone la categoria sì come sistematizzata espressamente dal codice penale, abbia quei soggetti attivi e sia lesivo di interessi riconducibili alla pubblica amministrazione.

In tale prospettiva l'ambito applicativo delle disposizioni sulle intercettazioni per mezzo del cd. *trojan horse* si estende a procedimenti aventi ad oggetto delitti diversi, ad esempio a quello di truffa per il conseguimento di erogazione pubbliche o, ancora, al delitto di turbata libertà degli incanti, sempre che siano commessi da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio.

Si realizza in tal modo un'estensione dell'ambito applicativo dello strumento in assenza di una sufficientemente chiara indicazione di campo da parte del legislatore.

10. Utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni a mezzo *trojan* per reato diverso.

Il rigore con cui la riforma Orlando aveva inteso disciplinare le intercettazioni effettuate mediante *trojan horse* si era tradotto anche nella previsione che i risultati non potessero essere utilizzati per la prova di reati diversi, salvo che fossero indispensabili per la prova di reati particolarmente gravi, quelli per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza.

Il riferimento ai "reati diversi" invece che ai "procedimenti diversi", che serve a regolare la stessa vicenda al di fuori dell'uso del virus informatico su dispositivo portatile⁷, aveva il fine di restringere l'ambito di operatività, sia pure indiretta, del *trojan horse*, perché non avrebbe consentito l'utilizzazione per altri reati oggetto dello stesso procedimento se non alle medesime condizioni di indispensabilità probatoria e sempre che per tali altri reati fosse previsto l'arresto obbligatorio.

⁷ Cfr., da ultimo, Sez. un., 28 novembre 2019, n. 51, dep. 2020, Cavallo ed altro, non ancora massimata, secondo cui il divieto di cui all'art. 270 cod. proc. pen. non opera con riferimento ai risultati relativi a reati che risultino connessi ex art. 12 cod. proc. pen. a quelli in relazione ai quali l'autorizzazione era stata *ab origine* disposta, sempre che rientrino nei limiti di ammissibilità previsti dalla legge.

La formula di rigore non è stata mantenuta dal decreto legge: viene infatti ribaltata la struttura della disposizione che, da norma di divieto (...i risultati ...non possono essere utilizzati per la prova di reati diversi...), si atteggia a norma di autorizzazione (i risultati ... possono essere utilizzati anche per la prova di reati diversi...) – art. 270, comma 1-*bis*, cod. proc. pen. –, con l’unica condizione che i reati da provare rientrino nelle categorie di quelli per i quali il ricorso al *trojan horse* è ammesso.

Il venir meno del requisito dell’indispensabilità probatoria comporterà inevitabilmente un ampliamento della possibilità di utilizzazione per l’accertamento di reati, meglio: di ipotesi criminose, non indicati nella richiesta di autorizzazione che, giova ricordare, deve contenere l’indicazione delle “ragioni che rendono necessaria tale modalità – di intercettazione, ossia tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile – per lo svolgimento delle indagini”; ma, dall’altro, la sostituzione del catalogo criminoso di riferimento, pur connotato da particolare gravità, potrà creare un irragionevole impedimento probatorio a fronte delle necessità di ricostruzione di fatti particolarmente gravi, collocati tra quelli per i quali è previsto l’arresto obbligatorio in flagranza, anche se non ricompresi nel catalogo meno ampio costituito dall’elencazione di cui all’articolo 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, cod. proc. pen.

11. La disciplina transitoria.

Il decreto legge modifica il codice di rito, e le relative disposizioni di attuazione, nelle parti su cui era già intervenuta la riforma Orlando. Questa aveva differito di sei mesi l’efficacia delle nuove disposizioni in modo da dare tempo agli uffici dell’amministrazione giudiziaria di prepararsi organizzativamente⁸; la norma che rinviava l’acquisto d’efficacia è stata poi più volte modificata per spostare in avanti, sino da ultimo al 31 dicembre 2019 il momento dal quale la nuova disciplina si sarebbe dovuta applicare, avendo come riferimento temporale l’emissione del provvedimento autorizzativo. Una previsione particolare aveva ad oggetto il nuovo regime di pubblicabilità dell’ordinanza applicativa di misura cautelare, che avrebbe acquistato efficacia decorsi dodici mesi dall’entrata in vigore del decreto legislativo.

Anche questa norma è stata medio tempore modificata e l’ultimo termine fissato per l’applicabilità delle nuove regole era l’1 gennaio 2020.

Su questa previsioni è intervenuto l’articolo 1 del decreto legge in esame, che non solo ha ulteriormente postergato il momento di acquisto d’efficacia di quelle

⁸ L’eccezione al differimento ha riguardato l’art. 6 del d.lgs. n. 216 del 2017, che ha acquistato efficacia dalla data di entrata in vigore, ossia dal 26 gennaio 2018, e per il quale «nei procedimenti per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a 5 anni, determinata a norma dell’art. 4 del codice di procedura penale, si applicano le disposizioni di cui all’art. 13 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203». Anche questo articolo è stato modificato dal decreto legge in esame, con l’aggiunta del riferimento agli incaricati di pubblico servizio tra i soggetti attivi dei delitti contro la pubblica amministrazione, coerentemente a quanto fatto in tema di intercettazioni tra presenti a mezzo *trojan* – art. 2, comma 2, n. 7 –.

disposizioni, fissandolo al 29 febbraio 2020 e all'1 marzo 2020 per quanto attiene alla pubblicabilità dell'ordinanza cautelare; ma ha pure modificato il termine temporale di riferimento, dal provvedimento autorizzativo delle intercettazioni alla iscrizione della notizia di reato e quindi all'apertura del procedimento.

Le modifiche apportate dalla riforma Orlando al codice di rito, sì come ulteriormente modificato dal decreto legge, avranno pertanto efficacia nei procedimenti iscritti a far data dal 29 febbraio 2020; dall'1 marzo 2020, inoltre, acquisirà efficacia la disposizione per la quale l'ordinanza applicativa di misura cautelare può essere pubblicata ancor prima della conclusione delle indagini preliminari.

Con altra disposizione contenuta nell'articolo 2, comma 2, n. 8, il decreto legge ha ribadito la moratoria d'efficacia per tutte le modifiche ed innovazioni dallo stesso decreto apportate, stabilendo che tutte le disposizioni in esso contenute si applicheranno ai procedimenti iscritti successivamente al 29 febbraio 2020.

L'ulteriore previsione non è superflua, come potrebbe ritenersi di primo acchito, perché il decreto legge non si limita a modificare gli articoli del codice innovati dalla riforma Orlando, e quindi connesse alle disposizioni di diritto transitorio contenute nel decreto legislativo n. 216 del 2017, ma detta nuove regole interpolando articoli o parti di articoli non interessati dalla menzionata riforma (di pensi, tra l'altro, alla modifica dell'art. 114 cod. proc. pen., con l'aggiunta del comma 2-*bis* sul divieto di pubblicazione del materiale intercettativo prima dell'acquisizione, e di cui si è detto al par. 8).

12. Una breve conclusione.

La riforma Orlando è stata fortemente osteggiata dalle categorie professionali, magistratura ed avvocatura, e non è piaciuta neanche ai professionisti dell'informazione. Le ragioni di questa inusuale convergenza di vedute non sono da ricercare – ferma la perfezionabilità di ogni prodotto – nella inadeguatezza delle scelte politiche e della loro traduzione normativa rispetto all'obiettivo dichiarato di meglio tutelare il diritto alla riservatezza senza depotenziare l'efficacia investigativa e probatoria delle intercettazioni, anzi, per alcuni aspetti e su alcuni terreni, rafforzandone le possibilità di impiego.

Il punto di forza di quella riforma, che faceva appello soprattutto al pubblico ministero e al difensore per un impegno di maggiore qualità professionale, si è trasformato in fattore di debolezza, perché la sollecitazione ad una costante attenzione selettiva, alla puntuale azione di separazione dell'utile dall'irrilevante, ha spaventato e non è stata accettata.

Dal canto suo, il mondo dell'informazione ha temuto di essere estromesso, in ragione della previsione di segretezza sull'irrilevante, da un patrimonio di notizie potenzialmente di interesse, sullo sfondo di un ancora non risolto quesito, e cioè se le informazioni e il sapere prodotti per il processo debbano servire al processo o se il processo, meglio: le indagini, possa(no) essere anche solo l'occasione per una raccolta di informazioni e di notizie che giovi ad altro e soltanto ad altro.

Il legislatore del decreto legge si è fatto carico di tutte queste preoccupazioni, non curandosi più di tanto di verificare se critiche e timori fossero espressione più di punti di vista interni ai corpi professionali che di una convergente prospettiva incentrata unicamente sull'interesse collettivo.

Si è mosso quindi con passo insicuro, proteso verso il sistema normativo del passato, dal bilancio unanimemente giudicato insoddisfacente, ma al quale gli operatori pratici si erano ormai adattati, sperimentando prassi non sempre in linea con le previsioni di legge.

La restaurazione del vecchio sistema ha però dovuto fare i conti col nuovo apparato di regole, che pure era stato sterilizzato, i cui principi portanti hanno resistito.

Il segreto sul materiale non utile al processo e una procedura acquisitiva diretta a far transitare le informazioni, in ragione della loro rilevanza processuale, dall'area di prima destinazione, quella della segretezza, al piano processuale sono due dati di novità che, con qualche incertezza, costituiscono ancora l'ossatura della disciplina e possono essere sufficiente presidio di tutela dei diritti troppo spesso ingiustamente sacrificati.

PRIME RIFLESSIONI A MARGINE DEL NUOVO DECRETO LEGGE IN MATERIA DI INTERCETTAZIONI

di Wanda Nocerino

A seguito di una riunione fiume del 21 dicembre, il Consiglio dei Ministri corregge il dettato normativo della c.d. “riforma Orlando” in materia di intercettazioni, attraverso l’approvazione del decreto legge n. 161, con l’intento di raggiungere un nuovo equilibrio tra tutela della privacy ed esigenze investigative. Al di là delle scelte di politica normativa, nella riforma si intravedono rischi per la tenuta del sistema e per l’efficacia stessa dello strumento intercettivo. Il rinnovato ruolo delle procure, combinato con l’attenuazione del diritto di difesa delle parti private diverse dall’imputato, lascia spazio a numerosi dubbi. Inoltre, l’ampliamento del perimetro di operatività del captatore informatico e dei suoi risultati probatori acuisce le problematiche – già ben note nella prassi – della circolazione atipica di informazioni a fini investigativi.

SOMMARIO: 1. La tempistica, il decreto legge, gli obiettivi. – 2. La selezione del materiale “rilevante” e la trascrizione nei brogliacci di ascolto. Il monopolio della Procura. 3. Il deposito degli atti nell’archivio “digitale”. – 3.1. La contrazione dei diritti delle parti private. Scelta consapevole o svista legislativa? – 4. L’acquisizione e la trascrizione delle intercettazioni. – 5. L’espansione della portata applicativa del captatore informatico. – 6. Considerazioni conclusive.

1. La tempistica, il decreto legge, gli obiettivi.

Non ha fatto in tempo a prender vita, il d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, recante “*Disposizioni in materia di intercettazione di conversazioni o comunicazioni, in attuazione della delega di cui all’art. 1, commi 82, 83 e 84, lett. a), b), c), d) ed e) della l. 23 giugno 2017, n. 103*”. Proprio il 31 dicembre 2019, nel giorno della sua entrata in vigore¹, il Consiglio dei Ministri, con una manovra repentina, modifica la disciplina *ivi* contenuta². Il che, sebbene inaspettato perché improvviso, non

¹ L’entrata in vigore della c.d. “riforma Orlando” era prevista per il 31 dicembre 2019, a seguito dell’ennesima proroga operata ex art. 9, comma 2, d.l. 14 giugno 2019, n. 53, recante “*Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica*”, in Gazz. uff., 14 giugno 2019, n. 138, convertito con modificazioni dalla l. 8 agosto 2019, n. 77, in Gazz. uff., 9 agosto 2019, n. 186 (c.d. “Decreto Sicurezza-bis”).

² Decreto legge, 30 dicembre 2019, n. 161, recante “*Disposizioni urgenti in materia di intercettazioni*”, in Gazz. uff., 31 dicembre 2019, n. 305. Per i primi commenti, si vedano FILIPPI, *D.l. intercettazioni: abrogata la riforma*

sorprende. La divergenza di vedute tra l'ex Ministro della Giustizia, Andrea Orlando, e quello attuale, Alfonso Bonafede, era nota ai più, avendo determinato, sin dall'approvazione del d.lgs. 216/2017, una serie di rimbalzi normativi che ne hanno ritardato l'entrata in vigore³, con ciò palesando il malcontento della nuova maggioranza governativa.

Da una prima lettura del decreto, si evince la volontà del legislatore di recepire gli ultimi orientamenti giurisprudenziali⁴ e le istanze dottrinali⁵ che animano, ormai da qualche tempo, il dibattito politico, giuridico e sociale. Non sempre, però, i suggerimenti degli "addetti ai lavori" hanno trovato terreno fertile in questo decreto e il risultato finisce per nascondere molte insidie per la tenuta del sistema e l'efficacia stessa dello strumento intercettivo.

I dubbi e le perplessità non derivano soltanto dal discutibile contenuto della modifica – e, dunque, dalle scelte di politica legislativa di cui si parlerà tra breve – ma anche dagli orientamenti di politica criminale sottesi alla riforma.

In relazione a questo secondo aspetto, si evidenzia che lo stravolgimento della disciplina in materia di intercettazioni interviene con modalità alquanto anomale: si procede alla modifica del d.lgs. 216/2017 ricorrendo all'impiego del duttile strumento del decreto legge. Una scelta discutibile e probabilmente al limite della costituzionalità, essendo difficile ravvisare il carattere della necessità ed urgenza.

Orlando, si torna all'antico, in *Il quotidiano giuridico*, 10 gennaio 2020; SCALFATI, *Intercettazioni: spirito autoritario, propaganda e norme inutili*, in *Arch. pen.*, 2020, f. 1.

³ Ad eccezione di alcune disposizioni dotate di efficacia immediata (art. 6, d.lgs. 216/2017), l'applicazione della normativa introdotta dal decreto 216/2017, prevista inizialmente per il 26 luglio 2018 (ex art. 9, comma 1 d.lgs. 216/2017), ha subito una serie di "rimbalzi" legislativi. La data prevista per il 31 marzo 2019 (art. 2, d.l. 25 luglio 2018, n.91), è stata prorogata al 31 luglio 2019 (art. 11, l. 30 dicembre 2018, n. 145) e poi rinviata al 31 dicembre 2019 (art. 9, comma 2, d.l. 14 giugno 2019, n. 53).

⁴ Solo a titolo esemplificativo, Cass., sez. un., 28 novembre 2019 (informazione provvisoria), sull'impiego dei risultati intercettivi in altri procedimenti o per la prova di reati diversi da quello per cui si procede; Cass., sez. I, 3 maggio 2019, n. 41632, in *CED Cass.*, n. 277139, in materia di trascrizione delle intercettazioni; Cass., sez. IV, 18 aprile 2019, n. 27877, *ivi*, n. 276791, in relazione al contenuto dei verbali di cui all'art. 267, comma 5. c.p.p.

⁵ Sui profili critici della normativa introdotta dal d.lgs. 216/2017, ex plurimis, AA. VV., *Dai decreti attuativi della "legge Orlando" alle novelle di fine legislatura*, a cura di GIARDA – GIUNTA – VARRASO, Milano-Padova, 2018; AA. VV., *I nuovi decreti*, a cura di SPANGHER, Pisa, 2018; AA. VV., *Le nuove intercettazioni*, a cura di MAZZA, Torino, 2018; AA. VV., *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, a cura di GIOSTRA – ORLANDI, Torino, 2018; BENE, *La riforma parziale (e il gorilla invisibile)*, in AA. VV., *L'intercettazione di comunicazioni*, a cura di Bene, Bari, 2018, p. 15 ss.; ID., *La legge delega per la riforma delle intercettazioni*, in AA. VV., *La riforma della giustizia penale*, a cura di Scalfati, Torino, 2017, p. 279 ss.; FILIPPI, *La legge sulle intercettazioni*, in AA. VV., *Le recenti riforme in materia penale*, a cura di Baccari – Bonzano – La Regina – Mancuso, Milano-Padova, 2017, p. 525 ss.; SPANGHER, *Critiche. Certezze. Perplessità. Osservazioni a prima lettura sul recente decreto legislativo in materia di intercettazioni*, in *Giust. pen. web*, 2018, p. 1 ss.; ZAMPAGLIONE, *Delega in materia di intercettazioni: un costante bilanciamento di interessi*, in AA. VV., *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, al Codice di procedura penale e all'Ordinamento penitenziario*, a cura di Spangher, Pisa, 2017, p. 111 ss.

Non è possibile trarre giustificazione dall'imminente entrata in vigore della novella del 2017: solo tre giorni prima dell'approvazione di questo decreto legge in esame, lo stesso Governo decide di procrastinare nuovamente l'entrata in vigore del decreto legislativo al 30 giugno 2020⁶, cosicché il tempo necessario per procedere attraverso il tradizionale – e più regolare – *iter* legislativo di modifica non sarebbe affatto mancato.

La sola considerazione da fare è che l'impiego di un simile strumento normativo rappresenti l'espressione di una prassi deviata ormai tipica del nostro ordinamento. Come infatti sostenuto, «la cultura dell'emergenza è divenuta un dato strutturale della legislazione italiana in materia di giustizia penale, sempre caratterizzata da interventi disarticolati e disomogenei, frutto di decretazione d'urgenza o di iniziative parlamentari e governative avviate senza la dovuta ponderazione, a seguito del clamore suscitato da qualche fatto di cronaca»⁷.

Anomala appare anche la scelta di intervenire sui termini di entrata in vigore della nuova normativa che, *ex art. 1, comma 1, punto 1* del decreto, troverà applicazione in relazione «ai procedimenti penali iscritti dopo il 29 febbraio 2020», in netta contraddizione con la *ratio* che ha spinto le innumerevoli proroghe normative. Se finora gli slittamenti sono stati giustificati con l'esigenza di lasciare agli uffici il tempo necessario di adeguarsi alle novità, mentre, nell'assetto vigente, tale necessità sembra soppiantata dalla volontà di dare concretezza e attuazione alla riforma nel più breve tempo possibile.

Sul versante delle scelte di politica criminale, il provvedimento sembra il collettore di istanze e pulsioni caratterizzate da *input* molto diversi tra loro, che lo stesso non riesce però a comporre.

Il dato emerge dalla mancanza di organicità dell'impianto strutturale; dagli innesti poco coordinanti con l'assetto vigente, dalle scelte stilistiche alquanto ridondanti, contraddittorie e, talvolta, non perfettamente pertinenti al contesto di riferimento, tanto da confondere l'interprete.

Dal testo di legge si evince poi lo spirito contrastante – e, a tratti, ambiguo – che ispira la riforma: da un lato, emerge l'animo conservatore del legislatore, intenziato a ripristinare lo *status quo ante* attraverso la riproposizione della disciplina tradizionale dell'istituto; dall'altro, quello avanguardistico, atto a innestare elementi di novità ad una normativa che appare alquanto obsoleta.

Più nel dettaglio, il legislatore attuale sembra più cauto di quello del 2017, operando un "*restyling* conservativo"⁸, sebbene non privo di spunti di

⁶ Cfr. Schema di decreto legge, 19 dicembre 2019, recante "*Disposizioni organizzative urgenti e proroga di termini previsti da disposizioni legislative in scadenza*".

⁷ Si esprime così LORUSSO, *Il fascino discreto dell'emergenza*, in AA. VV., *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, a cura di S. Lorusso, Padova, 2008, p. XXI.

⁸ In questo senso, l'art. 2, comma 1, lett. h) del decreto, per cui l'art. 291, comma 1 c.p.p., viene depurato

modernità⁹: pochi i cambiamenti radicali ma molteplici i ritocchi sintattici e semantici alle disposizioni originarie del 1988, operati attraverso interventi di microchirurgia normativa, in modo da sperimentare un sistema che, almeno da un punto di vista concettuale, si presenti agile e moderno.

Al di là di posizioni più o meno critiche nei confronti del provvedimento, l'interprete può ritenersi soddisfatto di alcune innovative riflessioni di metodo.

In primis, è lodevole la *voluntas legis* di potenziare la garanzia del diritto di difesa in vista di una partecipazione procedimentale maggiormente consapevole.

La normativa del 2017 viene infatti riformata nell'ottica di un ampliamento dei poteri dei difensori di tutte le parti private che, oltre alla facoltà di esaminare gli atti, ascoltare le registrazioni e prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche, sono legittimati a ottenere copia delle registrazioni e degli atti, una volta acquisiti¹⁰.

Altrettanto pregevole è l'intento di adeguare il sistema normativo alle sfide proprie dell'era tecnologica, denotando una maggiore sensibilità del legislatore al dato tecnico-scientifico: si nota la volontà di rafforzare il ricorso allo strumento della consultazione telematica dell'archivio digitale, in cui vengono custoditi i verbali, gli atti e le registrazioni delle intercettazioni per tracciare il compimento delle operazioni e, di conseguenza, garantire la legittimità dell'operato degli organi inquirenti¹¹.

Inoltre, pare apprezzabile la scelta di introdurre *ex novo* la disciplina della catena di custodia dei dati e delle informazioni acquisite mediante l'impiego del captatore informatico¹², al fine di garantire l'integrità dei dati stessi e la loro perfetta corrispondenza rispetto a quanto registrato e trasmesso¹³.

dall'innesto del 2017, riproponendo la tradizionale fisionomia che la norma presentava già nell'88; l'art. 2, comma 1, lett. n) del decreto, con cui viene abrogato il comma 4 *bis* dell'art. 422 c.p.p.; nonché l'art. 2, comma 1, lett. p) del decreto, con lui viene soppresso l'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 472 c.p.p.

⁹ Cfr. art. 2, comma 1, lett. e), punto 3 del decreto per cui la disciplina tradizionale dell'art. 268 c.p.p., già presente nell'impianto codicistico dell'88, viene arricchito da elementi innovativi, quali, ad esempio, la consultazione «per via telematica», ovvero lo «stralcio delle registrazioni e dei verbali [...] che riguardano categorie particolari di dati personali».

¹⁰ Ai sensi del comma 4, art. 89 *bis* disp. att. c.p.p., così come riformato dall'art. 2, comma 2, lett. b) del decreto.

¹¹ Cfr. art. 2, comma 1, lett. e), punto 3 del decreto, per cui i difensori per via telematica hanno facoltà di esaminare gli atti e ascoltare le registrazioni ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche. Nello stesso senso anche l'art. 2, comma 1, lett. m) e o) del decreto.

¹² La catena di custodia può essere definita come «quell'insieme di passaggi, formalizzati con un sistema di tracciamento, attraverso cui [il dato] transita (correttamente) [...] al giudizio». Così, GENNARI – SARAVO, *Le tracce*, in AA. VV., *Manuale delle investigazioni sulla scena del crimine. Norme, tecniche e scienza*, a cura di Curtotti – Saravo, Torino, 2019, p. 446 ss.

¹³ Sul punto, il novellato art. 89 disp. att. c.p.p., prevede che, nel caso di intercettazioni condotte a mezzo di captatore informatico, i dati appresi sono trasferiti «dopo l'acquisizione delle necessarie informazioni in merito alle condizioni tecniche di sicurezza e di affidabilità della rete di trasmissione, esclusivamente nell'archivio digitale di cui all'articolo 269, comma 1, del codice. Durante il trasferimento dei dati sono

Volendo tentare una schematizzazione delle novità apportate al d.lgs. 216/2017, può dirsi che la “riforma della riforma” incide su un triplice fronte: *in primis*, il legislatore accentra nella sfera di competenza del p.m. l’opera di selezione del materiale raccolto rilevante ai fini delle indagini¹⁴, nell’ottica di una maggiore efficacia dell’accertato; in secondo luogo, raffina le modalità di deposito dei verbali redatti, nell’ottica di una maggiore garanzia di trasparenza delle attività condotte, rafforzando, da un lato, il contraddittorio con il difensore dell’indagato¹⁵ e, dall’altro, le esigenze di segretezza e riservatezza delle informazioni apprese durante l’esecuzione delle operazioni¹⁶; infine, modificando la procedura di acquisizione e di trascrizione, tenta di velocizzare le tempistiche procedurali, garantendo la speditezza degli adempimenti burocratici¹⁷.

Discorso a parte merita la *quaestio* legata all’uso del captatore informatico, in relazione alla quale l’esigenza di riservatezza sembra aver ceduto il passo all’efficientamento delle indagini: l’impiego del bulimico strumento¹⁸, infatti, viene esteso anche ai provvedimenti relativi a categorie delittuose ulteriori¹⁹ e l’utilizzo dei risultati da esso scaturenti viene consentito anche per la prova di reati diversi da quelli per cui è stato emesso il decreto autorizzativo²⁰.

operati controlli costanti di integrità che assicurino l’integrale corrispondenza tra quanto intercettato, registrato e trasmesso». Cfr. art. 2, comma 2, lett. a) del decreto.

¹⁴ L’art. 2, comma 1, lett. f), punto 3 del decreto, abroga l’ultimo periodo del comma 4 dell’art. 267 c.p.p., introdotto nel 2017, per cui il p.m. procede alla selezione personalmente ovvero avvalendosi di un ufficiale di polizia giudiziaria. La medesima *ratio* è sottesa al comma 1, lett. e), punti 1-3, prima parte dell’art. 2 del decreto che, riformando l’art. 268 c.p.p., attribuiscono al p.m. un ruolo centrale nella fase esecutiva prodromica all’acquisizione.

¹⁵ Cfr. art. 2, comma 1, lett. e), punti 3-6 del decreto.

¹⁶ A tutela della riservatezza del captato, l’art. 2, comma 1, lett. a) del decreto, introduce un nuovo comma 2 *bis* all’art. 114 c.p.p., sancendo che «[è] sempre vietata la pubblicazione, anche parziale, del contenuto delle intercettazioni non acquisite ai sensi degli articoli 268 e 415 *bis*» c.p.p. Nello stesso senso, l’art. 2, lett. f), punto 2 del decreto, per cui, attraverso l’abrogazione del comma 1 *bis* dell’art. 269 c.p.p., viene esteso l’onere di segretezza anche ai verbali e delle registrazioni delle conversazioni e delle comunicazioni acquisite al fascicolo delle indagini, *ex* art. 373, comma 5 c.p.p., nonché il complesso di disposizioni che implementano e regolarizzano il funzionamento dell’archivio segreto (art. 2, comma 1, lett. f), punto 1 del decreto).

¹⁷ Art. 2, comma 1, lett. e), punto 7 del decreto, che consente al giudice di procedere alla trascrizione anche nel corso delle attività di formazione del fascicolo per il dibattimento ai sensi dell’articolo 431 c.p.p.

¹⁸ Sulle potenzialità del *virus*, esaustivamente, BRIGHI, *Funzionamento e potenzialità investigative del malware*, in AA. VV., *Nuove norme in tema di intercettazione. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, cit., 212 ss. Si consenta un rinvio a CURTOTTI – NOCERINO, *Le intercettazioni tra presenti con captatore informatico*, in AA. VV., *Le recenti riforme in materia penale*, cit., p. 558 ss.

¹⁹ Ai sensi dell’art. 2, comma 1, lett. c), d), punti 1 e 2 del decreto, l’impiego del captatore senza limiti spazio-temporali si estende anche ai reati commessi dagli incaricati di pubblico servizio (oltre i pubblici ufficiali) contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni.

²⁰ *Ex* art. 2, comma 1, lett. g), punto 1 del decreto che riforma integralmente il comma 1 *bis* dell’art. 270 c.p.p.

2. La selezione del materiale “rilevante” e la trascrizione nei brogliacci di ascolto. Il monopolio della Procura.

Nell’ottica di tutelare la riservatezza delle informazioni apprese durante le operazioni di intercettazione, la novella interviene sulle tecniche di selezione delle conversazioni e delle comunicazioni captate che costituiranno oggetto di trascrizione nei c.d. brogliacci di ascolto.

Ripristinando la fisionomia originaria, il comma 4 dell’art. 267 c.p.p., viene depurato dagli innesti del 2017²¹, conferendo al p.m. il potere di individuazione e selezione del materiale pertinente alle indagini, il quale solo eventualmente può avvalersi dell’ausilio dell’ufficiale di p.g.

Si tratta di una modifica che trae spunto da un nobile intento: semplificando la procedura di selezione del materiale rilevante attraverso l’eliminazione del colloquio preliminare informale tra p.m. e p.g.²², si velocizza la successiva fase di deposito e di trascrizione e, al contempo, si attribuisce la responsabilità dell’operato esclusivamente alla pubblica accusa che «è il collettore di plurimi accertamenti, [...] i quali trovano proprio nella saldatura operata dal magistrato il loro momento di sintesi e di complessiva valutazione [...]»²³.

Tuttavia, seppur coerente sul piano dogmatico, la scelta ripristinatoria determina l’insorgere di tutte quelle criticità di ordine pratico che il legislatore del 2017 aveva tentato di superare, acuendo il rischio di lasciare agli uffici delegati il potere di ascolto e di selezione del materiale rilevante senza più interloquire con il *dominus* delle indagini²⁴.

In sostanza, il p.m. si avvarrebbe dell’ufficiale di p.g. che, in assenza di norme di coordinamento con gli organi inquirenti, si troverebbe – ancora – nella posizione di individuare autonomamente le conversazioni pertinenti da inserire nei verbali di intercettazione. Di qui, il correttivo introdotto dal lungimirante legislatore. Ai sensi del novellato comma 2 *bis* dell’art. 268 c.p.p., i brogliacci d’ascolto redatti dalla p.g. possono essere rettificati dal p.m., il quale «dà indicazioni e vigila affinché [negli stessi] non siano riportate espressioni lesive

²¹ Cfr. art. 2, comma 1, lett. d), punto 3, cit.

²² Una forma di coordinamento tra gli organi inquirenti era prevista dall’art. 268, commi 2 *bis* e 2 *ter* c.p.p., come introdotti ex d.lgs. 216/2017, per cui sulla p.g. gravava un obbligo di informazione preventiva al p.m. mediante annotazione scritta, con un connesso potere di integrazione da parte di quest’ultimo.

²³ L’espressione appartiene a CONTI, [La riservatezza delle intercettazioni nella “delega Orlando”](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, 3, p. 83.

²⁴ Sul punto, *amplius*, APRILE – SPIEZIA, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali. Innovazioni tecnologiche e nuove questioni giuridiche*, Milano, 2004, p. 99 ss.; BARGI – FURFARO, *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni*, in AA. VV., *La prova penale*, a cura di GAITO, Torino, 2008, p. 113 ss.; FILIPPI, *Intercettazione*, in AA. VV., *La prova penale*, a cura di Ferrua – Marzaduri – Spangher, Torino, 2013, p. 837; C. MARINELLI, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Torino, 2007, p. 117 ss.

della reputazione delle persone o quelle che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge, salvo che si tratti di intercettazioni rilevanti ai fini delle indagini»²⁵.

Anche la scelta *de qua*, tuttavia, appare discutibile sotto il profilo della riservatezza che solo apparentemente rappresenta l'oggetto di tutela della norma. A ben guardare, infatti, la norma non dispone l'eliminazione del materiale non pertinente o poco rilevante per le indagini ma solo di quello "sensibile"; conseguentemente, il rischio di acquisizione delle informazioni *ultra vis* appare assolutamente concreto, dal momento che la selezione non opera in ragione della possibile estraneità del captato all'investigazione intesa ma in relazione a quei dati afferenti alla sfera personale del soggetto che, astrattamente, potrebbero anche essere significativi per le attività di indagine.

3. Il deposito degli atti nell'archivio "digitale".

Con il duplice scopo di garantire la riservatezza dei dati appresi e, contestualmente, la trasparenza delle operazioni di intercettazione, il legislatore si preoccupa di perfezionare la procedura di deposito e il funzionamento dell'archivio "digitale".

Ai sensi del novellato comma 4 dell'art. 268 c.p.p., «[i] verbali e le registrazioni sono immediatamente trasmessi al pubblico ministero per la conservazione nell'archivio di cui all'articolo 269, comma 1» c.p.p.²⁶.

Sotto il profilo temporale, occorre evidenziare che il legislatore intende anticipare i termini di trasmissione dei brogliacci di ascolto e delle relative registrazioni rispetto a quelli fissati dalla novella del 2017²⁷, anche impedendo il differimento del trasferimento²⁸.

Sull'avverbio «immediatamente» si acquiscono delle riserve circa la corretta determinazione dei tempi di trasmissione, ritenendo di dover far coincidere gli stessi con il momento di cessazione delle operazioni di trascrizione e non, invece,

²⁵ Ex art. 2, comma 1, lett. e), punto 1, cit.

²⁶ Art. 2, comma 1, lett. e), punto 3, cit.

²⁷ Per cui, ex art. 268, comma 4 c.p.p., così come modificato dal d.lgs. 216/2017, «[i] verbali e le registrazioni sono tramessi al p.m. per la conserazione nell'archivio di cui all'art. 269, comma 1 c.p.p., immediatamente dopo la scadenza del termine indicato per lo svolgimento delle operazioni nei provvedimenti di autorizzazione o di proroga».

²⁸ Secondo la modifica del 2017, «[i]l p.m. dispone con decreto il differimento della trasmissione dei verbali e delle registrazioni quando la prosecuzione delle operazioni rende necessario, in ragione della complessità delle indagini, che l'ufficiale di p.g. delegato all'ascolto consulti le risultanze acquisite».

con la chiusura dell'attività di intercettazione, dal momento che le captazioni dovrebbero essere già terminate²⁹.

Una volta che i verbali e le registrazioni vengono consegnati al p.m., la disposizione prevede che «[e]ntro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni, essi [siano] depositati presso l'archivio di cui all'articolo 269, comma 1, insieme ai decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione, rimanendovi per il tempo fissato dal pubblico ministero, salvo che il giudice non riconosca necessaria una proroga»; tuttavia, «[s]e dal deposito può derivare un grave pregiudizio per le indagini, il giudice autorizza il pubblico ministero a ritardarlo non oltre la chiusura delle indagini preliminari»³⁰.

Riprendendo fedelmente il dato letale del vecchio art. 268 c.p.p., il *dictum* normativo ripropone le stesse problematiche evidenziate nel (recente) passato circa i tempi di custodia³¹; di conseguenza, il rischio assai concreto è quello di un deposito ritardato che, nella prassi, tende spesso a coincidere con la trasmissione dell'avviso di conclusione delle indagini (art. 415 *bis* c.p.p.)³².

Circa il funzionamento dell'archivio "digitale"³³, dal combinato disposto dei novellati artt. 269 c.p.p. e 89 *bis* disp. att. c.p.p., si evince che lo stesso debba essere tenuto sotto la direzione e la sorveglianza del Procuratore della Repubblica dell'ufficio che ha richiesto ed eseguito le operazioni di intercettazione e gestito con modalità tali da assicurare la segretezza della documentazione custodita e garantire il monitoraggio degli accessi.

Come anticipato, nell'archivio sono custoditi i verbali, le annotazioni, gli atti e le registrazioni delle intercettazioni cui afferiscono, che vi permangono fino a sentenza irrevocabile³⁴, fatta salva la possibilità per gli interessati «quando la documentazione non è necessaria per il procedimento, [di] chiederne la distruzione, a tutela della riservatezza, al giudice che ha autorizzato o convalidato l'intercettazione».

²⁹ Questa tesi è prospettata già da PESTELLI, [Brevi note sul nuovo decreto legislativo in materia di intercettazioni: \(poche\) luci e \(molte\) ombre di una riforma frettolosa](#), in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2018, p. 188 ss., in relazione alla procedura introdotta con la riforma del 2017.

³⁰ Si noti che la formulazione *de qua* non è assai diversa da quella introdotta dal d.lgs. 216/2017 con la previsione dell'art. 268 *bis* c.p.p., abrogato dal d.l. in esame.

³¹ Sul punto, esaustivamente, PESTELLI, [Brevi note sul nuovo decreto legislativo in materia di intercettazioni: \(poche\) luci e \(molte\) ombre di una riforma frettolosa](#), cit., p. 177 ss.

³² Su cui si rimanda a § 3.1.

³³ Ai sensi dell'art. 2, comma 2, lett. c) del decreto, l'archivio non è più definibile come "riservato".

³⁴ Secondo quanto previsto dal novellato comma 5 dell'art. 267 c.p.p., «[i]n apposito registro riservato gestito, anche con modalità informatiche, e tenuto sotto la direzione e la sorveglianza del Procuratore della Repubblica, sono annotati, secondo un ordine cronologico, i decreti che dispongono, autorizzano, convalidano o prorogano le intercettazioni e, per ciascuna intercettazione, l'inizio e il termine delle operazioni» (art. 2, comma 1, lett. f), punto 4) del decreto).

Secondo espressa previsione normativa, al g.i.p. e ai difensori dell'imputato è consentito l'accesso per l'ascolto delle conversazioni e comunicazioni registrate³⁵; mentre, a seguito della procedura di acquisizione *ex* artt. 268 e 415 *bis* c.p.p., i difensori di tutte le parti sono legittimate anche alla copia delle registrazioni e degli atti *ivi* contenuti³⁶, attribuendo concretezza al diritto di difesa che, fino a quel momento, non trova effettiva realizzazione.

3.1. La contrazione dei diritti delle parti private. Scelta consapevole o svista legislativa?

Una volta depositati gli atti, si apre la fase preliminare all'udienza di stracio, nella quale le parti vengono messe in condizione di intervenire in maniera consapevole al successivo *step* deputato all'acquisizione dei verbali e delle registrazioni del captato.

Occorre preliminarmente evidenziare che il diritto di partecipazione delle parti alla procedura *de qua* rappresenta uno degli aspetti più problematici della novella, dal momento che gli innesti normativi non risultano perfettamente coordinati sia con le altre disposizioni introdotte sia con l'impianto normativo vigente.

Più precisamente, ai sensi del comma 6 dell'art. 268 c.p.p., «[a]i difensori dell'imputato è immediatamente dato avviso che, entro il termine fissato a norma dei commi 4 e 5, per via telematica hanno facoltà di esaminare gli atti e ascoltare le registrazioni ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche».

Già da una prima lettura, si rilevano diversi aspetti critici.

Intanto, il diritto di difesa delle altre parti private sembra traumaticamente e inspiegabilmente compresso. Se *ante* riforma 2017 la facoltà di intervento spettava a tutti i difensori delle parti private, allo stato essa è accordata solo al rappresentante dell'imputato, unico legittimato ad operare un controllo sulla rilevanza e sull'utilizzabilità delle intercettazioni.

Si denota, dunque, una contrazione del diritto delle parti di accedere agli atti e, di conseguenza, una menomazione del contraddittorio in fase di acquisizione che non pare coerente con la recente tendenza legislativa a irrobustire le prerogative procedimentali della persona offesa dal reato³⁷.

³⁵ Ai sensi del riformulato comma 1 dell'art. 269 c.p.p.

³⁶ Art. 89 *bis*, comma 4 disp. att. c.p.p.

³⁷ Per una disamina nella vittima nel sistema processuale, esautivamente, AA. VV., *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, Padova, 2015; ALLEGREZZA, *Il ruolo della vittima nella Direttiva 2012/29/UE*, in AA. VV., *Lo statuto europeo della vittima di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, a cura di Luparia, Padova, 2015, p. 5 ss.; CATALANO, *La tutela della vittima nella Direttiva 2012/29 UE e nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1789 ss.; MASARONE, *L'attuale posizione della*

Viene da pensare che si tratti, però, più che di una scelta del legislatore di un *deficit* di coordinamento normativo.

In effetti, l'*incipit* della novella è quanto mai anomalo: il legislatore inerisce inspiegabilmente ai “difensori” dell'imputato, utilizzando un plurare mai impiegato per designare il rappresentante dello stesso. Nel codice di rito non si ravvisa, infatti, nessuna disposizione che impieghi una simile espressione linguistica, con ciò facendo presupporre che il legislatore non sia riuscito a coordinare correttamente l'innesto normativo all'impianto previgente che, nella sostanza, appare immutato.

Inoltre, in ragione della più o meno fedele conservazione del tradizionale assetto del comma 6 dell'art. 268 c.p.p. 1988, la norma non conferisce al difensore dell'imputato la possibilità di estrarre copia degli atti, se non dopo la trascrizione³⁸ o l'acquisizione³⁹, con ciò contribuendo ad acutizzare le criticità ben note nella prassi.

Sul punto non si possono allora che richiamare i moniti autorevolmente espressi dalla Corte costituzionale la quale, già nel 1997, osservò che «se si riflette sulla *ratio* dell'istituto, il deposito degli atti in cancelleria a disposizione delle parti deve, di regola, comportare necessariamente, insieme al diritto di prenderne visione, la facoltà di estrarne copia. Al contenuto minimo del diritto di difesa, ravvisabile nella conoscenza degli atti depositati mediante la loro visione, deve cioè accompagnarsi automaticamente, salvo che la legge disponga diversamente, la facoltà di estrarne copia, al fine di agevolare le ovvie esigenze del difensore di disporre direttamente e materialmente degli atti per preparare la difesa e utilizzarli nella redazione di richieste, memorie, motivi di impugnazione»⁴⁰.

Il *vulnus* è solo in parte colmato attraverso inediti correttivi alla *discovery* degli atti investigativi. In primo luogo, come già anticipato, si attribuisce la legittimazione alla copia delle registrazioni e degli atti una volta acquisiti a

vittima nel diritto penale positivo: verso un diritto penale “per tipo di vittima”, in Arch. pen., 2017, n. 3, 18 ottobre 2017; PROCACCINO, I diritti delle vittime nel d.lgs. n. 212 del 2015: le (parziali) novità, le compiute tutele dei vulnerabili, i timori di appesantimento della macchina processuale, in Studium iuris, 2016, nn. 6-7-8, p. 686 ss.

³⁸ Ai sensi del comma 8 dell'art. 268, «[i] difensori possono estrarre copia delle trascrizioni e fare eseguire la trasposizione della registrazione su idoneo supporto. In caso di intercettazione di flussi di comunicazioni informatiche o telematiche i difensori possono richiedere copia su idoneo supporto dei flussi intercettati, ovvero copia della stampa prevista dal comma 7».

³⁹ Ai sensi del comma 4, art. 89 bis disp. att. c.p.p.

⁴⁰ Corte cost., 24 giugno 1997, n. 192, in Riv. it. dir. proc. pen., 1998, n. 3, p. 1015 ss., con nota di GIARDA, Un'altra tessera di garantismo per la libertà personale dell'imputato. Sul punto, anche DI CHIARA, Deposito degli atti e “diritto alla copia”: prodromi del contraddittorio e garanzie difensive in una recente declaratoria di incostituzionalità, in Giur. cost., 1997, p. 1890 ss.

norma degli artt. 268 e 415 *bis* c.p.p., a tutti i difensori delle parti, quale rimedio alla compressione del contraddittorio in fase di selezione e deposito⁴¹.

In secondo luogo, un nuovo comma 2 *bis* all'art. 415 *bis* c.p.p., prevede che «[q]ualora non si sia proceduto ai sensi dell'articolo 268, commi 4, 5 e 6, l'avviso contiene inoltre l'avvertimento che l'indagato e il suo difensore hanno facoltà di esaminare per via telematica gli atti relativi ad intercettazioni ed ascoltare le registrazioni ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche e che hanno la facoltà di estrarre copia delle registrazioni o dei flussi indicati come rilevanti dal pubblico ministero. Il difensore può, entro il termine di venti giorni, depositare l'elenco delle ulteriori registrazioni ritenute rilevanti e di cui chiede copia. Sull'istanza provvede il pubblico ministero con decreto motivato. In caso di rigetto dell'istanza o di contestazioni sulle indicazioni relative alle registrazioni ritenute rilevanti il difensore può avanzare al giudice istanza affinché si proceda nelle forme di cui all'articolo 268, comma 6» c.p.p.

Il dettato normativo – che tiene conto delle prassi correnti⁴² – impone una *discovery* allargata che finisce per estendersi anche agli atti inerenti alle intercettazioni allorquando la procedura garantita di cui all'art. 268 c.p.p. non ha potuto trovare impiego.

Inoltre, la novella attribuisce all'indagato e al suo difensore non solo un diritto di esame dei brogliacci di ascolto ma anche un diritto di copia delle registrazioni o dei flussi comunicativi selezionati dal p.m., al fine di avviare un contraddittorio cartolare tra gli interessati.

Sempre nell'ottica di una *restitutio in integrum* del diritto di difesa compresso, per garantire una piena consapevolezza processuale all'imputato, il legislatore introduce un nuovo comma 2 *bis* all'art. 454 c.p.p., per cui «[q]ualora non abbia proceduto ai sensi dell'articolo 268, commi 4, 5 e 6, con la richiesta il pubblico ministero deposita l'elenco delle intercettazioni di comunicazioni o conversazioni o dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche rilevanti ai fini di prova. Entro quindici giorni dalla notifica prevista dall'articolo 456, comma 4, il difensore può depositare l'elenco delle ulteriori registrazioni ritenute rilevanti e di cui chiede copia. Sull'istanza provvede il pubblico ministero con decreto motivato. In caso di rigetto dell'istanza o di contestazioni sulle

⁴¹ Cfr. comma 4, art. 89 *bis* disp. att. c.p.p.

⁴² La giurisprudenza di legittimità reputa corretto che il deposito dei verbali e delle registrazioni avvenga contestualmente a tutti gli altri atti di indagini. *Ex multis*. Cass., sez. VI, 12 gennaio 2018, n. 8880, in *Cass. pen.*, 2018, fasc. 11, p. 3778, con commento di POTETTI, *La procedura acquisitiva ordinaria nella riforma delle intercettazioni* (D.Lgs. 29 dicembre 2017, n. 216): *lettura critica di una riforma in divenire*; Cass., sez. VI, 1 marzo 2017, n. 14248, in *CED Cass.*, n. 270025. Ma già Cass., sez. V, 11 aprile 2003, n. 22957, in *Cass. pen.*, 2004, fasc. 10, p. 2921 ss.

indicazioni relative alle registrazioni ritenute rilevanti il difensore può avanzare al giudice istanza affinché si proceda nelle forme di cui all'articolo 268, comma 6» c.p.p.

Sebbene sia apprezzabile la *ratio*, sul punto si registrano numerosi dubbi e riserve sia in relazione ai soggetti legittimati all'avviso che alle facoltà concesse ai partecipanti.

Intanto, la norma si riferisce genericamente al difensore, generando perplessità circa i soggetti interpellabili. In un'ottica di coordinamento con le altre disposizioni introdotte, dovrebbe ritenersi che l'avviso in funzione partecipativa spetti solo al rappresentante dell'imputato ma l'espressione usata suggerisce una soluzione differente: ai sensi del comma 4 dell'art. 456 c.p.p., il decreto di giudizio immediato, unitamente alla richiesta del p.m., deve essere notificato sia all'imputato che alla persona offesa; di qui, a fronte del richiamo operato alla norma, le facoltà partecipative devono ritenersi estese anche a quest'ultima.

In relazione ai poteri ad essi attribuibili, la norma prevede, sulla scia del *dictum* del comma 2 *bis* dell'art. 415 *bis* c.p.p., che i difensori possano integrare l'elenco delle intercettazioni presentato dal p.m. qualora le stesse appaiano rilevanti in ottica difensiva, ma nulla viene indicato circa le facoltà che le parti possono esercitare in funzione di tale intervento correttivo della selezione: in chiave sistematica, deve ritenersi che ai difensori sia concesso procedere sia all'esame degli atti che alla copia delle registrazioni o dei flussi comunicativi ritenuti rilevanti dal p.m.

4. L'acquisizione e la trascrizione delle intercettazioni.

In relazione all'acquisizione delle intercettazioni rilevanti al fascicolo delle indagini, il legislatore ripudia il sistema del contraddittorio cartolare introdotto dalle disposizioni del 2017⁴³, ripristinando il tradizionale *iter* dell'udienza di stralcio camerale.

Più precisamente, il giudice, una volta decorso il termine di cui ai commi 4 e 5 dell'art. 268 c.p.p., «dispone l'acquisizione delle conversazioni o dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche indicati dalle parti, che non appaiano irrilevanti, procedendo anche di ufficio allo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione e di quelli che riguardano categorie particolari di dati personali, sempre che non ne sia dimostrata la rilevanza»⁴⁴.

⁴³ Cfr. artt. 268 *ter* e *quater* c.p.p., abrogati per effetto del decreto in questione.

⁴⁴ Art. 268, comma 6 c.p.p.

Sulla regolamentazione del funzionamento dell'udienza di stralcio, il legislatore non altera l'impostazione tradizionale, facendo gravare sul p.m. e sulle parti l'onere di chiedere l'acquisizione in un'udienza in contraddittorio, cui non si applicano le regole della camera di consiglio.

Come di consuetudine, il giudice, oltre a disporre l'acquisizione degli atti richiesti dalle parti, ha un limitato potere di filtro che, tuttavia, appare più ampio rispetto a quello previsto nel testo del codice. Questi ha, infatti, il potere di stralciare non solo i verbali e le registazioni di cui sia vietata l'utilizzazione, ma anche quelli che contengono dati "sensibili" irrilevanti per le indagini.

Sorge, tuttavia, una perplessità in ordine ai legittimati alla partecipazione: come previsto dall'ultimo periodo del comma 6 dell'art. 268 c.p.p., «[i]l pubblico ministero e i difensori hanno diritto di partecipare allo stralcio e sono avvisati almeno ventiquattro ore prima».

In ossequio a quanto sancito nella prima parte del disposto dell'art. 266, comma 6 c.p.p., si deve ritenere che la presenza sia limitata ai soli difensori dell'imputato e al p.m., risultando poco coerente prevedere un'intervento "allargato" anche alle altre parti private che di fatto risultano estromesse dall'esame preliminare.

Conclusa la fase dell'acquisizione, il giudice dispone la trascrizione delle registrazioni ammesse, osservando le forme, i modi e le garanzie previsti per l'espletamento delle perizie: in tal modo – obliterando la previsione introdotta nel 2017, secondo cui la trascrizione risultava subordinata alle attività di richiesta di prova da compiersi in fase dibattimentale – viene ripristinato il regime originario⁴⁵.

Nulla quaestio circa la formulazione della disposizione che ricalca fedelmente quella del Codice '88. Tuttavia il legislatore, con il precipuo intento di regolamentare una consuetudine propria del diritto vivente, prevede un termine ordinatorio per il giudice che può disporre la trascrizione «anche nel corso delle attività di formazione del fascicolo per il dibattimento ai sensi dell'articolo 431» c.p.p.⁴⁶.

Più in particolare, in ragione della prassi per cui l'udienza di stralcio si svolge nel corso del dibattimento e solo eccezionalmente durante le indagini preliminari⁴⁷, il legislatore introduce un *escamotage* attraverso cui il gup viene legittimato a procedere alla nomina del perito anche alla conclusione dell'udienza preliminare, anticipando il procedimento di trascrizione prima ancora dell'inizio del giudizio.

⁴⁵ Ai sensi dell'art. 268 *quater*, comma 4 c.p.p.

⁴⁶ *Ex art.* 268, comma 7 c.p.p.

⁴⁷ Come sapientemente evidenziato da APRILE, *Osservazioni*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 655 ss.

5. L'espansione della portata applicativa del captatore informatico.

Per quanto concerne l'impiego del captatore informatico ai fini di intercettazione⁴⁸, il legislatore ne estende il perimetro di operatività agendo su un duplice fronte.

In primis, attraverso una modifica del neointrodotta comma 2 *bis* dell'art. 266 c.p.p.⁴⁹, prevede che lo strumento possa essere impiegato senza limiti spazio-temporali, oltre che per i reati di cui all'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater* c.p.p., anche «per i delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'articolo 4» c.p.p.

Rispetto alla formulazione previgente, la novella estende l'impiego del *malware* anche per i delitti commessi dagli incaricati di pubblico servizio⁵⁰, esclusi

⁴⁸ La disciplina dell'impiego del captatore informatico nel processo penale viene introdotta ad opera degli artt. 4 e 5 del d.lgs. 216/2017. In relazione all'ambito di operatività del disposto, ai sensi del novellato art. 266, comma 2, «[n]egli stessi casi [di cui al comma 1] è consentita l'intercettazione di comunicazioni tra presenti che può essere eseguita anche mediante l'inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile» (art. 4, comma 1, lett. a), punto 1 d.lgs. 216/2017). Inoltre, il novello comma 2 *bis* dell'art. 266 c.p.p. prevede che «[l']intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante l'inserimento di captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile è sempre consentita nei procedimenti per i delitti di cui all'articolo 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*». (art. 4, comma 1, lett. a), punto 2 d.lgs. 216/2017). Per i primi commenti, ATERNO, *Il punto di vista degli operatori*, in AA. VV., *Nuove norme in tema di intercettazione*, cit., p. 325 ss.; BRONZO, *Intercettazione ambientale tramite captatore informatico: limiti di ammissibilità, uso in altri processi e divieti probatori*, ivi, cit., p. 235 ss.; DI PAOLO, *Le intercettazioni mediante l'uso di captatore informatico*, in AA. VV., *Dai decreti attuativi della "legge Orlando" alle novelle di fine legislatura*, cit., p. 165 ss.; GIORDANO, *La disciplina del "captatore informatico"*, in AA. VV., *L'intercettazione di comunicazioni*, cit., p. 247 ss. La stessa, poi, prima ancora di trovare concreta attuazione, viene modificata ex l. 9 gennaio 2019, n. 3 (c.d. legge spazza-corrotti), recante «Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici», in *Gazz. uff.*, 16 gennaio 2019, n. 13. L'art. 1, commi 3 e 4, lett. a), l. 3/2019, attraverso un'interpolazione del comma 2 *bis* dell'art. 266 c.p.p., sancisce che la deroga al tradizionale regime delle intercettazioni ambientali domiciliari sia estesa anche «ai delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata ai sensi dell'art. 4». Sul punto, CAMALDO, [Le innovazioni previste dalla legge anticorruzione in tema di intercettazioni con captatore informatico](#), in *Dir. pen. cont.*, 24 settembre 2019; TORRE, *Il captatore informatico dopo la legge spazzacorrotti*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, n. 5, p. 648 ss.

⁴⁹ Il decreto incide, conseguentemente, anche sull'art. 267 c.p.p., al fine di coordinarlo con la modifica del comma 2 *bis* dell'art. 266. Cfr. art. 2, comma 1, lett. f), punti 1 e 2 del decreto.

⁵⁰ Come noto, ex art. 357 c.p., sono considerati pubblici ufficiali «coloro che esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa. Agli stessi effetti è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi»; sono, invece, incaricati di pubblico servizio ex art. 358 c.p., «coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio. Per pubblico servizio deve intendersi un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata, dalla mancanza dei poteri tipici di quest'ultima, e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente

dalla formulazione legislativa del 2019. A ben guardare, si tratta di una modifica più di forma che di sostanza, nel senso che, implementando le categorie di soggetti per cui il captatore informatico può trovare legittimamente impiego, il legislatore ne amplia indirettamente la portata anche ai reati acrivibili in capo agli incaricati di pubblico servizio⁵¹.

Assi più preoccupante appare la modifica del comma 1 *bis* dell'art. 270 c.p.p. che rappresenta il “nocciolo duro” della disciplina del captatore informatico. Estremizzando gli orientamenti più recenti della giurisprudenza di legittimità⁵², il legislatore sopprime il divieto di utilizzazione che la novella del 2017 aveva - non inopportunitamente - introdotto in ragione della maggiore “lesività” dell'intrusione, connessa al suo carattere itinerante rispetto agli strumenti di intercettazione tradizionali.

Ai sensi della nuova normativa, fermo restando il divieto di impiego del prodotto delle captazioni in procedimenti diversi da quelli nei quali le stesse sono state disposte⁵³, «[...] i risultati delle intercettazioni tra presenti operate con captatore informatico su dispositivo elettronico portatile possono essere utilizzati anche per la prova di reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione, se compresi tra quelli indicati dall'articolo 266, comma 2 *bis*» c.p.p.

Pertanto mentre secondo la precedente disposizione, il divieto di utilizzo dei dati appresi trovava una deroga nel solo caso in cui essi risultassero indispensabili per l'accertamento di reati per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza (art. 380 c.p.p.); allo stato, è possibile utilizzare queste risultanze per la prova di reati diversi da quelli contemplati dal decreto autorizzativo, purché ricompresi tra i gravi crimini di cui all'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater* c.p.p. e quelli commessi dai pubblici ufficiali o gli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione.

materiale». Dunque, a titolo esemplificativo, è considerato pubblico ufficiale, l'insegnante, l'ufficiale giudiziario, l'ufficiale sanitario; è, invece, incaricato di pubblico servizio, una guardia giurata, un idraulico o un operaio del comune, il controllore dell'autobus o del treno.

⁵¹ Nel diritto penale le qualifiche di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio rilevano per la configurabilità di determinati reati commessi da o contro tali soggetti. In sostanza, la differente qualifica rileva affinché un reato possa dirsi integrato. Si pensi, ad esempio, al reato di “*Concussione*” (art. 317 c.p.) o al delitto di “*Corruzione per l'esercizio della funzione*” (art. 318 c.p.), ovvero al reato di “*Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio*” (art. 319 c.p.) che si qualificano come reati commessi esclusivamente dal pubblico ufficiale e al reato di “*Corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio*” (art. 320 c.p.), commesso, invece, solo dall'incaricato di pubblico servizio.

⁵² Cass., sez. un., 28 novembre 2019, cit., per cui «il divieto di utilizzazione dei risultati di intercettazioni di conversazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali siano state autorizzate non opera in relazione ai risultati relativi ai reati connessi, ex art. 12 c.p.p., a quelli per i quali l'autorizzazione è stata originariamente disposta, se rientrano nei limiti di ammissibilità previsti dalla legge».

⁵³ Ex art. 270, comma 1 c.p.p.

La novella apre la strada “libera” circolazione probatoria delle risultanze della captazione digitale determinando una sostanziale violazione della garanzia della riserva di giurisdizione prevista dall’art. 15 Cost.⁵⁴, con riferimento all’intercettazione confluita nel “procedimento diverso”, in assenza di qualsivoglia controllo da parte del giudice procedente.

In sostanza, il rischio è che una volta ottenuta l’autorizzazione all’impiego del *virus* informatico in riferimento ad un certo reato all’interno di un determinato procedimento – e quindi anche sulla base di motivi concernenti la posizione dell’indagato in quel procedimento per quella specifica fattispecie delittuosa – le informazioni ottenute possano essere utilizzate anche in indagini diverse per la prova di reati differenti, benché, in questi non sussistano o comunque non siano stati verificati i presupposti per l’emissione di un analogo provvedimento autorizzativo⁵⁵.

Da ultimo, si denotano criticità in ordine alla messa in opera e al funzionamento del captatore. Ai sensi del novellato art. 89 disp. att. c.p.p., «[c]on decreto del Ministro della giustizia sono stabiliti i requisiti tecnici dei programmi informatici funzionali all’esecuzione delle intercettazioni mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile» (comma 3), prevedendo che «[i] requisiti tecnici sono stabiliti secondo misure idonee di affidabilità, sicurezza ed efficacia al fine di garantire che i programmi informatici utilizzabili si limitano all’esecuzione delle operazioni autorizzate». Questa previsione è certamente apprezzabile nella misura in cui denota la volontà del legislatore di predisporre una griglia di requisiti che il programma spia deve soddisfare per essere definito “legale”; il “tipo” di captatore da utilizzare per le innovative forme di intercettazione, infatti, dovrebbe essere conforme alle prescrizioni contenute in apposito decreto. E tuttavia un decreto ministeriale in materia di funzionamento del captatore informatico è già stato emanato⁵⁶ ed esiste il rischio e – assai concreto – di «precoca obsolescenza del decreto ministeriale “tecnico”, con la conseguenza che si mostra necessario un tempestivo e continuo aggiornamento delle regole, onde evitare uno

⁵⁴ Sul punto, esaustivamente, CAMON, *Le intercettazioni telefoniche nel processo penale*, Milano, 1996, p. 44. Più di recente e con riferimento alla normativa modificata nel 2017, BRONZO, *Intercettazione ambientale tramite captatore informatico: limiti di ammissibilità, uso in altri processi e divieti probatori*, cit., p. 255 ss.

⁵⁵ In questo senso, BRONZO, *Intercettazione ambientale tramite captatore informatico: limiti di ammissibilità, uso in altri processi e divieti probatori*, cit., p. 262.; ID., *L’impiego del trojan horse informatico nelle indagini penali*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2017, n. 8, p. 329 ss.

⁵⁶ D.m. 20 aprile 2018, recante “Disposizioni di attuazione per le intercettazioni mediante inserimento di captatore informatico e per l’accesso all’archivio informatico a norma dell’art. 7, commi 1 e 3, del decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216”, Bollettino ufficiale del Ministero della Giustizia, 31 maggio 2018, n. 10.

svuotamento di tutela»⁵⁷. Di qui, sarebbe urgente una modifica del decreto ministeriale che, nell’ottica di un coordinamento con la disciplina modificata, determini con la massima chiarezza i requisiti tecnici e le coordinate spazio-temporali dell’intercettazione tramite captatore.

6. Considerazioni conclusive.

Come anticipato in esordio, in questo provvedimento sono state canalizzate le istanze dei diversi protagonisti del settore giustizia che reclamano – ognuno dalla propria peculiare prospettiva - interventi correttivi funzionali a un ammodernamento della disciplina delle intercettazioni.

Come ribadito a più riprese dall’attuale Ministro della Giustizia, la riforma nasce dall’intento di salvaguardare le istanze sia degli organi inquirenti, attraverso il potenziamento dei poteri delle procure nella gestione delle investigazioni e dell’ampliamento della sfera di operatività dei “nuovi” strumenti captativi; sia dell’avvocatura, attraverso il rafforzamento delle garanzie partecipative in punto di accesso e copia del materiale captato.

L’equilibrio realizzato, tuttavia, sembra solo apparente. La riforma pare alquanto sbilanciata in favore degli interessi di cui è portatrice la Magistratura. In questo senso depone tutto quel complesso di modifiche che tende ad adeguare il diritto vigente a quello vivente, a lenire le conflittualità legalizzando prassi deviate che, spesso, nel segno della prevalenza della sostanza rispetto alla forma, attentano i diritti fondamentali dei protagonisti del processo.

Si pensi alle disposizioni che concentrano nella sfera di competenza della procura l’intera opera di selezione del materiale rilevante ai fini procedurali, finendo per determinare l’apprensione di tutto il captato senza opere di “filtro” preliminari; alle norme in tema di acquisizione dei verbali e delle registrazioni delle intercettazioni, per cui si assiste ad una contrazione ingiustificata del contrattorio tra le parti processuali; a quelle disposizioni che consentono la trasmigrazione delle risultanze informative ottenute mediante l’impiego del captatore informatico per la prova di reati diversi da quelli per cui si procede, in ottica di semplificazione, velocizzazione e completezza delle investigazioni.

Si assiste a una ulteriore manifestazione del fenomeno per cui è il legislatore a recepire consuetudini e costumi processuali anzichè il contrario: diventano legge giurisprudenza, prassi, *soft law*. In questo momento sociale

⁵⁷ Così, TORRE, *Il captatore informatico. Nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali*, Milano, 2017, p. 147.

economico, la giustizia penale non riesce a superare la contingenza, risultando in perenne affanno e in permanente stato di precarietà.

Come sapientemente sostenuto, «manca un respiro comune e un orizzonte condiviso; restano troppo diversi gli approcci nel pianeta della giustizia penale»⁵⁸.

Non resta che riporre fiducia nelle modifiche in sede di conversione. Al Parlamento si chiede una rivalutazione della precipitosa manovra e un ripensamento costituzionalmente orientato, nell'ottica del necessario ripristino del diritto di difesa e del principio di contraddittorio, già troppe volte silenziosamente erosi dalla tirannia del diritto vivente⁵⁹.

⁵⁸ Si esprime così SPANGHER, [La riforma orlando della giustizia penale: prime riflessioni](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2016, 1, p. 101.

⁵⁹ In questo senso, FERRUA, *Il contraddittorio tra declino della legge e tirannia del diritto vivente*, in AA.VV., *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di Negri – Orlandi, Torino, 2017, p. 3 ss.

GLI ARTT. 25-TER E 25-OCTIES D.LGS. 231/01 NEL PRISMA DELLA TASSATIVITÀ: ‘TENSIONE’ EFFETTIVA O SOLTANTO APPARENTE?

di Erika Tarquini

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive – 2. La tensione del principio di “doppia tipicità” indotta dalle fattispecie associative – 2.1. Dall’art. 3 della L. 146/2006 all’art. 24-ter – 2.2. Il controverso connubio tra fattispecie associative, criminalità d’impresa e responsabilità dell’ente – 3. La fibrillazione del principio di “doppia tipicità” indotta dalle fattispecie di *laundering* – 3.1. Dal riciclaggio e reimpiego all’autoriciclaggio: l’art. 25-octies... – 3.2. ... superamento del *numerus clausus*? – 4. Le ricadute pratiche sull’adozione dei modelli organizzativi – 5. Considerazioni conclusive.

1. Considerazioni introduttive.

È storia nota che il d. lgs. 8.6.2001 n. 231 ha sconfessato il brocardo “*societas delinquere non potest*”, introducendo nel nostro ordinamento la responsabilità diretta da reato delle persone giuridiche, sebbene prudentemente etichettata come “amministrativa”. Si è in tal modo ammesso che entità diverse da esseri umani possano divenire autonomi centri di imputazione di responsabilità penalistiche o, quantomeno, parapenalistiche¹.

Il descritto mutamento di prospettiva – accompagnato dai plausi di autorevole dottrina che da tempo, anche a seguito di *input* sovranazionali², caldeggiava tale innesto – ha imposto agli interpreti, come risaputo, una rilettura delle tradizionali categorie dello *ius terribile*.

¹ Per un primo esame dei caratteri del sistema punitivo “dell’uomo” (vs. il sistema punitivo “dell’ente”), v. R. BARTOLI, *Alla ricerca di una coerenza perduta... o forse mai esistita. Riflessioni preliminari (a posteriori) sul “sistema 231”*, in *Dir. pen. cont.*, 10.3.2016, 1 ss.; nonché T. GUERINI, *Diritto penale ed enti collettivi. L’estensione della soggettività penale tra repressione, prevenzione e governo dell’economia*, Torino 2018, 64 ss.

² La normativa italiana improntata sull’irresponsabilità delle persone giuridiche ha subito un primo incisivo *vulnus* quando il legislatore ha dovuto dare attuazione a due atti internazionali: la Convenzione PIF per la protezione degli interessi finanziari dell’allora Comunità europea del 1996 e la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali nelle operazioni economiche internazionali del 1997. Più in generale, sul difficile raffronto tra la normativa italiana e quella UE, A.M. CASTELLANA, *Diritto penale dell’Unione Europea e principio “societas delinquere non potest”*, in *RTrimDPenEc* 1996, 747 ss.; per ciò che concerne l’evoluzione storica del dogma dell’irresponsabilità penale delle persone giuridiche, si rinvia a G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa 2012, *passim*; per l’analisi delle motivazioni socio-criminologiche e comparate che inducevano all’introduzione di tale responsabilità nel nostro ordinamento, v., per tutti, G. DE FRANCESCO, *Variazioni penalistiche alla luce dell’esperienza comparata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 239 ss.

Alcuni imprescindibili punti di partenza sono stati invero segnati dalla legge: riprendendo il tenore letterale dell'art. 1 c.p. e, ancor più, dell'art. 25 Cost., l'art. 2 d. lgs. 231/2001 subordina la punibilità dell'ente al principio di "doppia tipicità", richiedendo, da un lato, che il fatto cui è ricollegata la responsabilità della *personne morale* sia previsto come reato per la persona fisica e, dall'altro, che la fattispecie "espressamente" rientri tra gli illeciti penali elencati agli artt. 24 ss. del Decreto, uniche e tassative fonti della responsabilità "amministrativa"³. In altri termini il legislatore delegato, nel tentativo di frenare preoccupanti automatismi sanzionatori, arricchisce la legalità del precetto e della sanzione attraverso un "catalogo chiuso" di reati.

All'indomani della sua introduzione, tra le molte tematiche oggetto di attenzione, un ruolo di primo piano ha assunto l'indagine sulla coerenza del canone di tassatività di cui all'art. 2 del Decreto. La questione è stata inizialmente legata alla natura giuridica del "corpus 231"⁴. La *ratio* è lapalissiana: i baluardi dello *ius terribile*, a partire

³ Sul principio di legalità nel quadro della responsabilità degli enti v. R. LOTTINI, *La responsabilità da reato degli enti: natura e principi generali*, in *Diritto penale dell'economia*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, II, Torino 2016, 2383 ss.; D. BRUNELLI, sub. Art. 2. Principio di legalità, in *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. Legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di A. Presutti, A. Bernasconi, C. Fiorio, Padova 2008, 85 ss.; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale, Parte generale*, diretto da C. F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, IV, Milano 2008, 305 ss.

⁴ Sconfinata la letteratura sul tema. A sostegno della (prevalente) tesi della natura penale del rimprovero ex 231, si segnalano, C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *RTrimDPenEc* 2002, 589 ss.; C.E. PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi societas delinquere (et punire) potest*, in *CGiur* 2001, 845 ss.; ID., *Dieci anni di "corporate liability" nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell'evoluzione della legislazione e della prassi*, in AA.VV., *D.lgs. 231: dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi*, in *Le Soc.* 2011, 5 ss.; A. FIORELLA, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, V, Milano 2006, 5101 (che invero ritiene trattarsi di responsabilità almeno "para-penale").

Aderiscono alla tesi amministrativistica, in omaggio al *nomen juris* prescelto dal legislatore, G. MARINUCCI, *"Societas puniri potest": uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1193 ss.; M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.* 2002, 398, 400 e 403, nt. 23. (anche per le ragioni poste a fondamento della tesi). Suggerisce poi di rispettare la formula "neutra" impiegata dal legislatore, D. PULITANO, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 415 ss.; ID., *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *ED*, VI, Milano 2002, 953 ss.

Nel senso di ritenere il "sistema 231" un *tertium genus* cfr. E.M. AMBROSETTI, *Efficacia della legge penale nei confronti delle persone. Persone giuridiche e responsabilità amministrativa da reato*, in *Commentario sistematico al codice penale. La legge penale*², diretto da M. Ronco, Bologna 2010, 198 ss.; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*², a cura di G. Lattanzi, Milano 2010, 56 ss.

Per un'esauritiva sintesi degli argomenti impiegati a sostegno delle riportate tesi v. G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d'imputazione*, in *Dir. pen. cont.*, 28.10.2012, 1 ss.; nonché T. Guerini, *op.cit.*, 64 ss.

Anche la giurisprudenza ha assunto nel tempo posizioni oscillanti. A sostegno della tesi amministrativistica (motivata soprattutto dalla necessità di evitare distorsioni dei principi costituzionali), si segnalano, Cass. S.U. 23.1.2011, n. 34476, in *CP* 2012, 433; Cass. 25.6.2013, n. 42503, in *CEDCass*, m. 257126, nonché Ass. 15.4.2011 *Espenhahn* e altri, in *Dir. pent. cont.*; viceversa, è stata riconosciuta natura penale da Cass. S. U. 27.3.2008 n. 26654, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1738, con note di V. MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*, 1758 ss. e di E. LORENZETTO, *Sequestro preventivo contra societatem per un valore equivalente al profitto del reato*, 1788 ss., in cui,

dal canone di legalità e dai suoi corollari, sono scolpiti in Costituzione e non tollerano «strappi interpretativi»⁵. Riconoscere natura penale al d. lgs. 231/2001 avrebbe dunque reso, senza ombra di dubbio, inderogabile il principio sancito all'art. 2, in quanto direttamente riferibile all'art. 25 Cost.

Siffatto esito, peraltro, trova riscontro nella lettura del d. lgs. 231/2001 al lume delle garanzie sovranazionali. Immediato il riferimento all'art. 7 Cedu, ove è racchiuso il *nullum crimen* convenzionale. Traguardando la questione dall'angolo visuale della Corte di Strasburgo il "sistema 231" supera pacificamente il "test Engel", sicché in virtù della natura afflittiva e punitiva che lo contraddistingue – indipendentemente dall'etichetta normativa interna – risulta di agevole riconduzione alla "*matière pénale*" e, di conseguenza, alle garanzie sancite all'art. 7 della Convenzione europea dei diritti umani⁶. Tali garanzie, pur non essendo *in toto* sovrapponibili ai corollari dell'art. 25 Cost., includono sicuramente nel perimetro della legalità convenzionale la tassatività-determinatezza⁷.

Nel corso del tempo, tuttavia, l'indagine sulla cogenza *in subiecta materia* dei canoni giuspenalistici è stata sganciata dall'inquadramento dogmatico del sistema 231⁸.

invero, si ritiene il che sistema sanzionatorio introdotto dal d. lgs. 231/01 fuoriesca dagli schemi del "diritto penale nucleare".

⁵ In questi termini M. SCOLETTA, *La disciplina della responsabilità da reato degli enti collettivi: teoria e prassi giurisprudenziale*, in *Diritto penale delle società*², a cura di G. Canzio, L.D. Cerqua, L. Luparia, Padova 2016, 885.

⁶ Tra gli Autori che da tempo hanno condotto il "test Engel" in relazione al d. lgs. 231/2001, concludendo per la riconducibilità della materia e delle sanzioni alla '*matière pénale*', v. V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti umani, la responsabilità delle persone morali e la nozione di pena*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse. Atti del Convegno di Roma 30 Novembre – 1 dicembre 2001*, in CP 2003, 43 ss.; ID., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes, V. Zagrebelsky, Milano 2011, 69 ss.; nonché C.E. PALIERO, *Bowling a Columbine: la Cassazione bersaglia i basic principles della corporate liability* (Commento a Cass. Pen. Sez. III, 20 aprile 2011, n. 15657 – Pres. Ferrua – Est. R. Grillo – *Impresa individuale S.M.R.*), in *Le Soc.* 2011, 1084, in cui l'A. ritiene il sistema punitivo degli Enti un *corpus* che in ottica Cedu è «senza più discussioni penale».

Sulla dimensione convenzionale del principio di legalità e sugli "*Engel criteria*", in generale, v. F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in *Legislazione penale* 29.1.2016, 2 ss.; M. CHIAVARIO, sub art. 7, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, Padova 2001, 158 ss.; V. MANES, sub art. 7, §1, in *Commentario breve alla Convenzione Europea Diritti dell'Uomo*, a cura di S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, Padova 2012, 258 ss.; F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, in *Dir. pen. cont.*, 19.12.2016, 1 ss.

⁷ Alla luce dell'indirizzo accolto dalla Corte Costituzionale si segnala che la qualificazione a livello convenzionale di una materia in termini sostanzialmente "penali", non importa per ciò solo l'estensione di tutte le garanzie previste per la materia penale a livello interno, pena la frizione al principio di sussidiarietà (e la eliminazione, *de facto*, dell'illecito amministrativo). Piuttosto, se la materia è considerata 'penale' a livello CEDU deve essere assistita dalle garanzie previste dalla Convenzione, inglobate nel nostro ordinamento per il tramite dell'art. 117 Cost.; mentre, ciò che è penale anche a livello interno, è assistito dalle ulteriori garanzie rinvenibili nella legislazione interna. Sul punto: C. cost. 14.1.2015, n. 49, in *www.giurcost.org*, punto 6.1, nonché C. cost., 10.1.2017, n. 43, punto 3.4.

⁸ Si interroga sulla tenuta dei principi interni dello *ius terribile*, tralasciando la 'questione dogmatica' e interrogandosi piuttosto sullo «statuto gerarchico in cui è inserito il d. lgs. 231/2001», M.A. BARTOLUCCI,

La “questione nominalistica” in discorso – se anche conserva attualità allo scopo sindacare gli eventuali disallineamenti che taluni istituti conoscono nel confronto con la disciplina destinata alla persona fisica⁹ – appare senz’altro superata per ciò che concerne i principi contenuti nel d. lgs. 231/2001, essendo difficile negarne la contiguità alla materia penalistica. Del resto – con le parole della Suprema Corte – «è indubbio che il complesso normativo in esame sia parte del più ampio e variegato sistema punitivo (...). Sicché (...) è doveroso interrogarsi sulla compatibilità della disciplina legale con i principi costituzionali dell’ordinamento penale»¹⁰.

L’art. 8 D. Lgs. 231/2001 nel triangolo di Penrose, Tra minimizzazione del rischio-reato d’impresa e ‘nuove forme’ di colpevolezza, in *Dir. pen. cont.*, 9.1.2017, 3 ss.

⁹ Nel silenzio della legge, si tratterà di capire se le lacune previste in seno al Decreto debbano essere colmate applicando il codice penale oppure la l. 24.11.1981 n. 689, salvo poi dover verificare – in concreto – la compatibilità della disciplina destinata al singolo con il sistema 231. Senza pretese di esaustività e a titolo esemplificativo, si pensi alla sospensione condizionale della pena (che comunque non potrebbe operare in riferimento agli enti, quand’anche il rimprovero al soggetto collettivo avesse connotazioni penalistiche *stricto sensu*), o alla costituzione di parte civile nel processo a carico degli enti, la cui ammissibilità da tempo divide dottrina e giurisprudenza. In argomento, A. VALSECCHI, *Sulla costituzione di parte civile contro l’ente imputato ex d.lgs. 231/01*, in *Dir. pen. cont.*, 29.10.2010; D. BIANCHI, *Ancora sulla problematica (in)ammissibilità della costituzione di parte civile nel processo de societate*, in *Dir. pen. cont.*, 22.10.2013, 1 ss.; da ultimo, G. ANGIOLINI, *Costituzione di parte civile nei confronti dell’ente incolpato dell’illecito da reato: ammissibile secondo il tribunale di trani nel processo penale relativo al disastro ferroviario sulla linea Andria-Corato*, in *Dir. pen. cont.*, 23.5.2019. Si pensi, ancora, al tema della prescrizione. Il regime di prescrizione di stampo civilistico dell’illecito della persona giuridica è stato ‘utilizzato’ a sostegno della natura amministrativa dell’illecito dell’ente da G. MARINUCCI, *op. cit.*, 1202; *contra*, G. DE VERO, *op. cit.*, 320; sottolineano il disallineamento della disciplina della prescrizione dell’ente rispetto alla natura “punitiva” dell’illecito, G. AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 151 ss. (cui si rinvia anche per un’analisi di tutte le altre questioni applicative); E. SCARONA, *La societas al cospetto del tempo: il regime della prescrizione dell’illecito amministrativo dipendente da reato nel D.Lgs. n. 231 del 2001*, in *CP* 2013, 2110. Per un’analisi dell’istituto nel contesto delle garanzie della “piccola” e della “grande” Europa, v. E. BASILE, *La prescrizione nel D. Lgs. n. 231/2001 al crocevia delle garanzie domestiche e sovranazionali*, in *Le Soc.* 2018, 231 ss.

¹⁰ Cass. S.U. 24.4.2014, n. 38343, in *CED Cass*, m. 261109, che – allineandosi alla *Relazione al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231* (par. 1.1) – accoglie la teoria del *tertium genus*, qualificando quella in analisi una responsabilità ‘mista’ tra il penale e il punitivo-amministrativo. Tra le pronunce che già aderivano alla tesi del *tertium genus* v. Cass. 18.2.2010 n. 27735, in *CP*, 2011, 1876, con nota di A. AGNESE, nonché in *Le Soc.* 2010, 1246 ss. con nota di V. SALAFIA.

In dottrina, la rigida equazione per cui aderire alla tesi amministrativistica avrebbe giustificato un allentamento dei principi che, viceversa, sarebbero stati irrinunciabili accogliendo la natura penale del corpus 231, è stata criticata da R. Bartoli, *Le Sezioni Unite prendono coscienza del nuovo paradigma punitivo del ‘sistema 231’*, in *Le Soc.* 2015, 219 ss., ad avviso del quale sarebbe più opportuno distinguere, pure in seno al diritto amministrativo, tra principi “riducibili” e principi “irriducibili”. Sulla natura del *tertium genus*, l’A. sottolinea «(...) il *tertium genus* è di per sé un concetto ambiguo. Se con tale espressione si vuole affermare che esiste un sistema diverso da quello punitivo, questa affermazione non può essere condivisa (...). Se invece con tale espressione si vuole affermare che il sistema degli enti è un sistema punitivo ma con caratteri propri rispetto al sistema punitivo “umano” in quanto ha come destinatario un soggetto del tutto peculiare qual è l’ente, allora questa espressione non può che essere condivisa» (*ivi*, 221). Cfr. A. Alessandri, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in *RTrimDPenEc* 2002, 50, che ritiene di «(...) abbandonare l’ossessione nominalistica e valutare le discipline nel loro impianto strutturale e nell’orientamento funzionale; le garanzie che si vorrebbero introdurre grazie alla qualificazione “penalistica” sono già ampiamente presenti nella trama della responsabilità in esame».

È da questa premessa che si coglie il nodo del problema connesso all'introduzione, nella "parte speciale" del d. lgs. 231/2001, di fattispecie *lato sensu* "aperte", la cui integrazione passa necessariamente attraverso la realizzazione di ulteriori figure criminose, che delle prime rappresentano il fine o il presupposto.

Il riferimento va anzitutto alle figure delittuose associative, inserite ad opera del cd. Pacchetto Sicurezza 2009 (l. 15.7.2009 n. 94) all'art. 24-ter ("*delitti di criminalità organizzata*") nel catalogo dei reati presupposto della responsabilità dell'ente. Tra le molteplici criticità innescate dal richiamato innesto, una posizione di primo piano ha assunto il rischio che tramite la citata disposizione l'ente possa essere chiamato a rispondere di reati-fine commessi dalla *societas sceleris* in esso (e tramite esso) operante anche quando tali fattispecie incriminatrici non rientrino nell'elenco di illeciti penali ai quali il d. lgs. 231/2001 subordina l'insorgenza della responsabilità "amministrativa". In altri termini, contestare all'ente l'art. 24-ter, non vuol dire forse attrarre nel *corpus* 231 tutti i delitti, senza limitazioni di sorta, semplicemente perché potenziali delitti-scopo dell'associazione? Il quesito non riveste portata meramente teorica ma, al contrario, sintetizza una tendenza manifestatasi nella prassi: in svariate occasioni sono state invero applicate misure cautelari *ex* d. lgs. 231/2001 – come il sequestro preventivo finalizzato alla confisca o il commissariamento giudiziale – per effetto dell'addebito di associazione per delinquere in relazione all'art. 24-ter, talvolta con il malcelato intento di perseguire l'ente rispetto ai delitti-scopo del sodalizio (*in specie*, illeciti penali tributari¹¹ o taluni reati

¹¹ Si segnala che nell'ottobre 2019 è stata definitivamente approvata la legge di delegazione europea con cui si affida al Governo il recepimento materiale della Direttiva (UE) 2017/1371 (cd. "direttiva PIF") recante «Norme minime riguardo alla definizione di reati e di sanzioni in materia di lotta contro la frode e altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione». In particolare, dal combinato degli artt. 6-9 della citata Direttiva, deriva l'obbligo di irrogare sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive le persone giuridiche a vantaggio delle quali siano commessi reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE, prevedendo un limite minimo di sanzionabilità riferito «unicamente ai casi di reati gravi contro il sistema comune dell'IVA». Nell'architettura pensato a livello eurolunitario, assume pertanto rilievo centrale la frode IVA. Ai fini che qui interessano, occorre sottolineare come il Governo è stato chiamato ad individuare i reati che possano assurgere a condotte lesive degli interessi finanziari dell'UE, sì da inserirli nel novero degli illeciti-presupposto della responsabilità dell'ente. Attenta dottrina in realtà – sull'altare di esigenze di uguaglianza e ragionevolezza – per un verso auspicava che l'ampliamento del catalogo 231 con riferimento alle fattispecie penal-tributarie non fosse limitato all'imposta sul valore aggiunto, ma fosse esteso anche a tributi diversi dall'IVA; per altro, che tale intervento non fosse contenuto nei limiti della lesione dei soli interessi finanziari unionali. Sul punto, nonché per un primo commento generale sul recepimento della Direttiva Pif, si rinvia a E. BASILE, *Riflessioni de lege ferenda sul recepimento della Direttiva PIF: la repressione delle frodi fiscali e lo strano caso dell'art. 316-ter c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 31.5.2019.

Nelle more dell'attuazione della delega, il Governo con il d.l. 26.10.2019 n. 124 ('decreto fiscale') ha previsto (art. 39, co. 2) l'inserimento di un art. 25 *quinquiesdecies*, rubricato «Reati tributari» che così dispone:

«1. In relazione alla commissione del delitto di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti previsto dall'articolo 2 del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, si applica all'ente la sanzione pecuniaria fino a cinquecento quote».

Sarà ora necessario attendere la legge di conversione dalla cui pubblicazione, come espressamente previsto all'art. 39, co. 3 del decreto fiscale, le disposizioni del co. 2 acquistano efficacia.

Tra gli interpreti che da tempo sostengono la necessità dell'inserimento delle fattispecie tributarie nel sistema 231 (anche per evitare "l'uso distorto" della fattispecie associativa) v. P. IELO, *Reati tributari e responsabilità degli enti*, in *Rivista231* 2007, fasc. 3, 7 ss.; A. PERINI, *Brevi considerazioni in merito alla responsabilità*

ambientali prima del formale ingresso di questi ultimi nel catalogo chiuso¹²).

Discorso analogo ha riguardato le figure di riciclaggio, reimpiego e – da ultimo – autoriciclaggio, fattispecie confluite nell’art. 25-*octies* del d. lgs. 231/2001. Pur nelle loro – più o meno marcate – diversità, le incriminazioni *de quibus* puniscono la persona fisica per l’utilizzo del denaro ‘sporco’, cioè della ricchezza proveniente da un diverso delitto, commesso da altri (nell’ipotesi del riciclaggio e del reimpiego, rispettivamente *ex* artt. 648-*bis* e 648-*ter* c.p.) o personalmente (è il caso dell’autoriciclaggio *ex* art. 648-*ter*.1 c.p.). Attraverso l’art. 25-*octies* l’ente – ricorrendo le necessarie condizioni – può dunque rispondere per uno di tali reati di *laundering* laddove la persona fisica operante al suo interno abbia utilizzato un provento illecito derivato da altro precedente delitto. *Quid iuris* se quest’ultimo è estraneo al catalogo 231? L’interrogativo può essere rimodulato come segue: l’art. 25-*octies* non si trasforma forse in una fattispecie “aperta” se il *predicate crime* delle condotte di riciclaggio (*lato sensu* intese) non rientra tra quelli espressamente contemplati dal d. lgs. 231/2001?

L’accostamento tra le fattispecie associative di cui all’art. 24-*ter* e le condotte confluite nell’art. 25-*octies* si basa in effetti sul rilievo che, accedendo ad una tesi estensiva, entrambi diventano il “grimaldello” per attrarre in orbita 231 crimini ivi non espressamente contemplati, in palese distonia con quanto disposto all’art. 2 del Decreto. Venendo al cuore del problema, si tratta allora di capire se tale “collisione” sia soltanto apparente o, se reale, non debba piuttosto indurre a ritenere preferibile una lettura restrittiva che, sull’altare della irrinunciabilità dei presidi di garanzia, limiti la responsabilità dell’organizzazione complessa ai soli reati-fine o, rispettivamente, reati-presupposto già inclusi nel *corpus* 231.

Il presente lavoro tenterà di analizzare le “tensioni” del principio di legalità, *sub specie* tassatività, che hanno accompagnato l’interpolazione degli artt. 24-*ter* e 25-*octies* nel d. lgs. 231/2001. Muovendo dal comune profilo di fibrillazione riportabile a tali innesti normativi, si cercherà di evidenziare che le “strade” delle fattispecie *de quibus* sono soltanto in apparenza sovrapponibili. Dal piano teorico si volgerà poi lo sguardo a quello pratico (*infra*, n. 4): come si avrà modo di sottolineare, proprio la necessità di permettere alla *personne morale* di adottare e attuare efficacemente le cautele idonee a

degli enti conseguente alla commissione di illeciti fiscali, in *Rivista231*, 2006, 79 ss.; R. ALAGNA, *I reati tributari ed il regime della responsabilità da reato degli enti*, in *RTrimDPenEc* 2012, 397. *Contra*, I. CARACCIOLI, *Reati tributari e responsabilità degli enti*, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 2007, fasc. 1, 155 ss., nonché, più di recente, C. SANTORIELLO, *I reati tributari nella responsabilità da reato degli enti collettivi: ovvero dell’opportunità di configurare la responsabilità amministrativa delle società anche in caso di commissione di reati fiscali*, in *AP* 2017, 82 ss. Cfr., *amplius*, A. INGRASSIA – S. CAVALLINI, *Brevi riflessioni sulla relazione tra il d.lgs. 231/2001 e i reati tributari: poenae non sunt multiplicanda sine necessitate*, in *Rivista231* 2016, 109 ss.

¹² Sul tema, v. R. SABIA, *Responsabilità degli enti e reati ambientali al banco di prova del principio di legalità. Il caso delle fattispecie associative*, in *DPC – Riv. Trim.* 2018 (1), 305 ss.; L. MASERA, *I nuovi delitti contro l’ambiente. Voce per il “Libro dell’anno del diritto Treccani 2016”*, in *Dir. pen. cont.*, 17.12.2015, 1 ss.

prevenire la commissione di reati¹³ – così da andare esente da “colpa d’organizzazione”¹⁴ – ha recato con sé il bisogno di comprendere, in via preliminare, l’esatta perimetrazione degli illeciti imputabili all’ente. Tema, quest’ultimo, che pone maggiori problemi al cospetto di fattispecie “aperte” che rinviando a reati eventualmente estranei alla parte speciale del d. lgs. 231/2001. La questione, a monte, ruota attorno ad un quesito: gli artt. 24-ter e 25-octies del Decreto sono fattispecie autenticamente “aperte” o sono tali solo in apparenza?

2. La tensione del principio di “doppia tipicità” indotta dalle fattispecie associative

2.1. Dall’art. 3 della l. 16.3.2006 n. 146 all’art. 24-ter d. lgs. 231/01.

L’originario ingresso delle fattispecie associative tra i reati presupposto della responsabilità dell’ente si deve all’art. 10 della l. 16.3.2006 n. 146¹⁵: in attuazione della Convenzione ONU contro il crimine organizzato transnazionale, le associazioni per delinquere semplice (416 c.p.), di tipo mafioso (416 bis c.p.), finalizzate al contrabbando di tabacchi lavorati esteri (art. 291-quater d.P.R. 43/1973), nonché quelle finalizzate al

¹³ La *Relazione governativa al d. lgs. 231/01*, cit., par. 3.4, considera i modelli di organizzazione come scusanti. Sul punto, però, la giurisprudenza preferisce il ricorso alla categoria più generale di cause di esclusione della punibilità, qualificandoli come “esimenti”. Sul tema cfr. G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d’imputazione*, cit., 107.

¹⁴ Dal combinato disposto degli artt. 6 e 7 d. lgs. 231/2001 si ricava la cd. colpa d’organizzazione, comunemente ritenuta il coefficiente minimo di rimproverabilità dell’ente. Attraverso tale requisito, il legislatore ha scelto di superare la principale resistenza all’ammissibilità di una responsabilità ‘parapenale’ della persona giuridica, fondata sul canone costituzionale della personalità della responsabilità penale (art. 27 Cost.), individuando un paradigma (normativo) di colpevolezza ritagliato sull’ente. Per usare le parole della Suprema Corte in Cass. S.U. 24.4.2014, n. 38343 cit.: «(...) Si deve considerare che il legislatore, orientato alla consapevolezza delle connotazioni criminologiche degli illeciti ispirati alle organizzazioni complesse, ha inteso imporre a tali organismi l’obbligo di adottare le cautele necessarie a prevenire la commissione di alcuni reati, adottando iniziative di carattere organizzativo e gestionale. Tali accorgimenti vanno consacrati in un documento, un modello che individua i rischi e delinea le misure atte a contrastarli. Non aver ottemperato a tale obbligo fonda il rimprovero, la colpa d’organizzazione» (n. 62 motivazione). Per un commento alla sentenza v. R. BARTOLI, *Le Sezioni Unite prendono coscienza del nuovo paradigma punitivo del ‘sistema 231’*, cit., 221 ss.

In dottrina critica questa impostazione ritenendola non idonea a giustificare un «modello debole di accertamento della responsabilità» per l’ente (dovuto al solo fatto della sua intrinseca diversità rispetto all’*homo*) C.E. PALIERO, *Soggettivo e oggettivo nella colpa dell’ente: verso la creazione di una “gabella delicti”?*, in *Le Soc.* 2015, 1285 ss. In generale, E. R. BELFIORE, *Colpevolezza e rimproverabilità dell’ente ai sensi del d.lgs. n. 231/2001*, in *Studi in onore di M. Romano*, a cura di M. Bertolino, G. Forti, L. Eusebi, III, Napoli 2011, 1743 ss.

¹⁵ Sull’art. 10 l. 146/2006 v. A. ASTROLOGO, *I reati transnazionali come presupposto della responsabilità degli enti. Un’analisi dell’art. 10, l. 146/2006*, in *Rivista* 231 2009, 117 ss.; S. BARTOLOMUCCI, *Reato transnazionale: ultima (opinabile) novellazione al d.lgs. n. 231/2001*, in *Le Soc.* 2006, 1163 ss.; A. D’AMATO, sub Art. 10 l. 16 marzo 2006, n. 146 – *Responsabilità amministrativa degli enti*, in *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. Legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., 305 ss.; E. MUSCO, *Modelli associativi e reati transnazionali nella legge 16 marzo 2006, n. 146*, in *Strumenti di corporate governance e responsabilità degli enti ai sensi del d. lgs. 231/2001*, a cura di F. Sgubbi, D. Fondaroli, Bologna 2010, 13 ss.

traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 74 T.u.Stup), se caratterizzate dagli elementi di transnazionalità fissati all'art. 3 l. 146/2006, possono innescare la responsabilità amministrativa *ex crimine* degli enti. Da subito è stata sottolineata la potenziale "anomalia" che tale inserimento avrebbe recato con sé: nell'impianto del 2001, il legislatore delegato si era focalizzato su forme di criminalità d'impresa per così dire "occasional", ovvero su enti che agiscono in contesti di legalità ma nel cui seno sorgono cellule criminali che soltanto in parte ne deviano l'attività verso il penalmente rilevante. Nel descritto scenario l'ente intrinsecamente illecito rappresentava dunque evenienza «di teorica più che di pratica realizzabilità»¹⁶. Prova ne sia che all'ente intrinsecamente criminale il Decreto dedica un unico cenno all'art. 16, comma III, ove si prevede l'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività e si esclude la possibilità della riparazione *ex art.* 17 d. lgs. 231/2001 nel caso in cui «l'ente o una sua unità organizzativa [venga] stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione di reati in relazione ai quali è prevista la sua responsabilità». Alla base della *summa divisio* tra le due tipologie di enti, vi era insomma l'idea – di matrice statunitense¹⁷ – di responsabilizzare il soggetto collettivo nella speranza che, sensibile al rimprovero, potesse "redimersi" e tornare sul sentiero, occasionalmente smarrito, della legalità. Tale possibilità era di tutta evidenza inconcepibile per l'ente criminale, privo di autonoma capacità di "discernimento" e coartato in modo prevalente o assorbente alla realizzazione di delitti¹⁸.

Stando così le cose, il connubio tra fattispecie associativa transnazionale e responsabilità 231 sembrava astrattamente configurabile nella sola ipotesi in cui l'ente collettivo fosse totalmente asservito alle ragioni della *societas sceleris*, sì da eliminare in radice qualsivoglia dicotomia tra la persona fisica e quella giuridica¹⁹.

La riportata conclusione entra a ben vedere in crisi per effetto del cd. Pacchetto sicurezza 2009 (l. 15.7.2009 n. 94), con il quale è stato inserito l'art. 24-ter nel d. lgs. 231/2001. La previsione – rubricata «Delitti di criminalità organizzata» – ingloba come ricordato svariate fattispecie di associazione per delinquere, suddivise in due commi di gravità crescente ai fini sanzionatori. Se da un lato l'inserimento nel *corpus* normativo in esame ha eliminato l'anomalia connessa alla circostanza che il soggetto collettivo potesse essere coinvolto nelle vicende della *societas sceleris* solo quando le stesse agissero (anche) oltre i confini nazionali²⁰, dall'altro ha reso evidente un cambio di rotta ad opera del

¹⁶ Con le parole della *Relazione governativa al d. lgs. 231/01*, par. 1: «Vero è, infatti, che il decreto prevede l'applicazione in via definitiva di sanzioni interdittive all'ente che il cui unico scopo consista nel consentire ovvero nell'agevolare la commissione di reati; tuttavia, considerata la tipologia dei reati selezionati dagli strumenti ratificati, il caso si palesa di teorica più che di pratica realizzabilità».

¹⁷ Cd. *carrot-stick approach*, su cui v. C. DEMAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano 2002, 23 ss.

¹⁸ In questi termini F. BEVILACQUA, *Reati associativi e responsabilità degli enti: spunti a margine di una ricerca, in Espansione della criminalità organizzata nell'attività d'impresa al Nord*, a cura di A. Alessandri, Torino 2017, 119-120.

¹⁹ «Il reato associativo quale presupposto della responsabilità da reato dell'ente risultava in quella sede un ossimoro». L'espressione è di F. BEVILACQUA, *op. cit.*, 119.

²⁰ In questi termini A. CORVI, *Nuove risposte al crimine organizzato tra diritto penale e sanzioni amministrative*, in

legislatore.

L'art. 24-ter d. lgs. 231/2001 assoggetta invero a sanzione sia le strutture intrinsecamente illecite – alle quali si riferisce espressamente il co. 4 nel richiamo all'art. 16 e alla misura dell'interdizione definitiva – sia gli enti che conducano attività legali pur essendo parzialmente deviati da un'organizzazione criminosa "intranea", perciò punibili ai sensi dei co. 1, 2, 3 della disposizione citata. Non è azzardato constatare che proprio questi ultimi sono i destinatari del disegno complessivo dell'art. 24-ter²¹. Da qui un certo "stupore": se fino a quel momento la fattispecie associativa (a carattere transnazionale) era concepibile in seno alla struttura societaria che della stessa rappresentasse un mero "schermo", a partire dal 2009 si affaccia la possibilità che una compagine societaria lecita possa covare al suo interno un'associazione delinquenziale che occasionalmente e parzialmente ne dirotta l'agire verso circuiti illegali. E, si badi, tale sodalizio deve muoversi a vantaggio o nell'interesse dell'ente²², soltanto così integrandosi il criterio oggettivo che fonda il rimprovero della persona giuridica ai sensi dell'art. 5 d. lgs. 231/2001²³.

Il "pacchetto sicurezza", a cura di O. Mazza, F. Viganò, Torino 2009, 367.

²¹ «Nel caso dell'ente intrinsecamente illecito, pertanto, il criterio di imputazione della responsabilità è costituito dalla oggettiva destinazione dello stesso allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione di uno dei reati presupposto indipendentemente dalla prova dell'interesse o del vantaggio»: così F. D'ARCANGELO, *La responsabilità da reato degli enti per i delitti di criminalità organizzata*, in *Rivista* 231 2010, 38; in senso conforme O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 75 ss.; A. CORVI, *op. cit.*, 366. Sull'ente intrinsecamente illecito v. *amplius* L.D. CERQUA, *L'ente intrinsecamente illecito nel sistema delineato dal d. lgs. 231/2001*, in *Rivista* 231, 2012, 9 ss.

²² «(...) possiamo osservare infatti che l'art. 24-ter costituisce un ponte tra una disciplina pensata per gli enti leciti (...) e la disciplina sanzionatoria degli enti illeciti. In virtù dell'inserimento dell'art. 24-ter, inoltre, l'art. 16, d. lgs. 231/2001, assume una valenza ulteriore, sancendo (...) l'esistenza di un 'doppio binario', che si sviluppa a seconda della natura dell'ente: nel caso di enti leciti o prevalentemente leciti, si applicherà l'intero sistema 231 e, in particolare, dovrà essere accertato l'interesse o il vantaggio; nel caso, invece, di enti illeciti o prevalentemente illeciti, non occorrerà alcun accertamento ulteriore, in quanto dovrà automaticamente essere applicata la 'pena di morte' per l'ente», così F. CONSORTE – T. GUERINI, *Reati associativi e responsabilità degli enti: profili dogmatici e questioni applicative*, in *Rivista* 231 2013, 282 ss. In senso conforme, ritiene che i reati associativi siano talmente peculiari da costituire una sorta di "micro-sistema" a sé stante in seno al d. lgs. 231/2001, F. D'ARCANGELO, *op. cit.*, 35. Sulla convivenza tra ente lecito e associazione illecita al primo intranea, v. in generale F. PALAZZO, *Associazioni illecite ed illeciti nelle associazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 418 ss. e, più recentemente E. BASILE, *Gli incerti confini dell'associazione per delinquere nel contesto della criminalità d'impresa*, in *GComm* 2014, 515.

²³ L'interesse o il vantaggio rappresentano il 'cuore' del nucleo oggettivo dell'illecito dell'ente e permettono di collegare l'attività penalmente rilevate del singolo alla persona giuridica. La locuzione impiegata dal legislatore è stata al centro di vivace dibattito, dividendosi tra quanti la consideravano un'endiadi (approccio monistico) e quanti – facendo leva sul tenore letterale della disposizione che impiega la congiunzione disgiuntiva "o" – viceversa ritenevano i vocaboli evocativi di significati diversi (approccio dualistico). Quest'ultima ricostruzione è ormai accolta da consolidata giurisprudenza che, invero, qualifica l'interesse come la proiezione finalistica della condotta delittuosa ad una utilità, da apprezzare *ex ante* (anche se non necessariamente realizzato in concreto), e considera vantaggio la concreta acquisizione (tendenzialmente di tipo economico) ottenuta dall'ente a seguito del reato-presupposto, da valutare *ex post*, quand'anche non divisato in astratto dall'agente. Sul punto, Cass. S.U. 24 aprile 2014, n. 38343, cit. Più recentemente, Cass. 16.4.2018, n. 16713 e Cass. 6.12.2018, n. 54640 in *Rivista* 231. In dottrina, è stato osservato che la riconosciuta autonomia dei due criteri è a ben vedere 'temperata' dalla preminenza che l'impianto

Tra le perplessità di carattere teorico-pratico evocate dal *novum* normativo, una su tutte ha assunto carattere logicamente pregiudiziale: l'art. 24-ter scardina il principio di legalità, *sub specie* tassatività?

Sin da subito il connubio fattispecie associative-responsabilità dell'ente è stato in effetti tacciato di aver trasformato la responsabilità dell'ente in *generale*: in spregio al *numerus clausus* voluto dal legislatore, potrebbero invero risultare attratti nel *corpus* 231 tutti i delitti-scopo del programma associativo, non per forza limitato al perseguimento dei crimini già inseriti tra i reati-presupposto della persona giuridica, ma potenzialmente esteso a ogni fattispecie delittuosa conosciuta dal nostro ordinamento. Considerazione, questa, che non sembra smentita dal tenore letterale dell'art. 24-ter²⁴.

Il tema ha dato vita a due correnti di pensiero.

Un'impostazione cd. estensiva ha negato l'esistenza di argomenti teorici ostativi alla possibilità di allargare il novero dei reati addebitabili all'ente, includendovi fattispecie non appartenenti alla parte speciale del sistema 231. Per gli aderenti al filone interpretativo in discorso il problema non è la tassatività, ma semmai la predisposizione del modello avente efficacia esimente²⁵, soprattutto con riferimento alla fase del *risk assessment*²⁶.

In senso contrario, un secondo orientamento ha censurato tale allargamento della responsabilità del soggetto collettivo²⁷. Ancor prima di considerare le difficoltà connesse alla costruzione del modello organizzativo, è sul piano teorico che "l'effetto

231 mostra di accordare al criterio dell'interesse. Infatti, se la persona fisica agisce nell'esclusivo interesse proprio o di terzi, l'ente non può essere considerato responsabile (art. 5 co 2 d. lgs. 231/2001): la disposizione induce a ritenere che il soggetto collettivo non potrà ritenersi responsabile neppure se, in tale evenienza, abbia incidentalmente tratto un vantaggio dall'attività delittuosa della persona fisica. Se invece l'autore materiale commette il reato nel prevalente ma non esclusivo interesse proprio o di terzi, la sanzione amministrativa irrogabile all'ente si riduce qualora quest'ultimo non ne abbia ricavato un vantaggio o esso sia minimo (art. 12 co 1 lett. a d. lgs. 231/2001). Sul tema, A. ROSSI, *Riflessioni sulla responsabilità degli enti per associazione per delinquere e reati-fine in materia agroalimentare*, in *Arch. Pen.* 2018, 865.

²⁴ Così G. INSOLERA, *I delitti contro l'ordine pubblico*, in AA.VV., *Diritto penale (Lineamenti di parte speciale)*⁴, Bologna, 2009, 274 ss.

²⁵ Sulle ricadute in punto di modelli organizzativi, vedi *infra* n. 4.

²⁶ M. PANSARELLA, *Associazione per delinquere: spunti di riflessione ai fini dell'aggiornamento della "mappatura" delle aree a rischio*, in *Rivista 231* 2010, 215 ss.; F. D'ARCANGELO, *op. cit.*, 35 ss.

Questa tesi è stata fatta propria da una parte della giurisprudenza in relazione ai reati tributari, a lungo rimasti estranei al catalogo 231: grazie al 'grimaldello' del reato associativo è stata in particolare sostenuta la sequestrabilità del profitto derivante da frodi fiscali, facendo in sostanza 'entrare dalla finestra' fattispecie cui legislatore ha fino a tempi recentissimi chiuso le porte; a titolo esemplificativo, v. Cass. 10.1.2013 n. 19051, in *Le Soc.* 2013, 1260 ss., con nota di M. SCOLETTA, nonché Cass. 6.6.2013 n. 24841, in *Rivista 231* 2013, 199 ss. con commento di M. MONTERISI – D. TOMEI, *L'associazione per delinquere allarga le maglie del d. lgs. 231/2001: rilevanza dei reati tributari*.

²⁷ G.R. CROCE – C. CORATELLA, *Guida alla responsabilità da reato degli enti*, in *Gruppo 24Ore* 2010, 80 ss.; v. altresì G. FORTI, *Uno sguardo ai piani "nobili" del d.lgs. 231/2001*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1292: «L'estensione appena indicata (e in particolare il richiamo all'art. 416 c.p.) suscita altresì l'interrogativo che attraverso di esso possa trovare ingresso tra i reati presupposto un'ampia gamma di fattispecie criminose (ad es. reati fiscali, al momento non contemplati dal d.lgs. n. 231), purché realizzata in forma associativa. (...) La portata dell'art. 416 c.p. è dunque un tema che pone (...) un problema di estensione, oltre le espresse intenzioni del legislatore, del novero dei reati presupposto».

moltiplicatore” si esporrebbe per questo indirizzo a censure di incostituzionalità: l’art. 2 del d. lgs. 231/2001, nel richiamare i principi dell’art. 25 Cost., è chiaro nel subordinare il rimprovero della persona giuridica ad una “doppia tipicità”. Il reato-fine dell’associazione formata dai suoi vertici o subordinati può imputarsi all’ente tramite l’art. 24-ter solo se già ricompreso nella platea dei reati-presupposto 231. A tale ricostruzione ha aderito il Supremo Collegio tramite una pronuncia resa in sede cautelare²⁸: argomentando a partire dall’osservanza del principio di tassatività, la Corte ha censurato l’interpretazione estensiva, per effetto della quale l’art. 24-ter diverrebbe una fattispecie “aperta” ed elastica, rendendo rilevanti disposizioni incriminatrici non considerate dal legislatore nel sotto-sistema punitivo delle persone giuridiche. Contestare all’ente il reato associativo avente ad oggetto delitti-scopo non espressamente contemplati – nella prospettiva del Supremo Consesso – darebbe la stura ad una «ingiustificata dilatazione dell’area di potenziale responsabilità dell’ente collettivo»²⁹.

Quest’acquisizione – invero impiegata al solo fine di escludere la sequestrabilità del profitto non causalmente derivato dal reato associativo *ex se* ma dal reato-fine “extra catalogo”³⁰ – è entrata in crisi a fronte di un successivo filone giurisprudenziale che in sostanza ha aggirato l’ostacolo: senza porsi in contrasto immediato con i *dicta* normativi, è affermata l’applicabilità del sequestro preventivo finalizzato alla confisca *ex d. lgs. 231/2001* poiché il profitto oggetto di ablazione, pur derivato da reati-scopo estranei a

²⁸ Cass. 20.12.2013 n. 3635, in *CEDCass*, m. 257789 (nonché in *Dir. pen. cont.*, 11.2.2014, con nota di T. TRINCHERA, *Caso Ilva: La Cassazione esclude la confisca per equivalente del profitto dei reati ambientali*) che, interrogandosi sull’individuazione della nozione di profitto ai fini della confisca *ex art. 19 d. lgs. 231/2001*, ha censurato il rilievo che il Tribunale di Taranto aveva attribuito, attraverso l’art. 24-ter, alle fattispecie di reato previste dagli artt. 434 (disastro innominato colposo), 437 (rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro) e 439 (avvelenamento di acque o di sostanze alimentari) c.p., non rientranti nel catalogo tassativo dei reati fondanti la responsabilità amministrativa da reato dell’ente. A commento della pronuncia, v. V. MAIELLO, *La confisca ex D. Lgs. 231/2001 nella sentenza Ilva*, in *GI* 2014, 966 ss.; nonché C. PIERGALLINI, *Responsabilità dell’ente e pena patrimoniale: la Cassazione fa opera nomofilattica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1006, che condivide l’approdo giurisprudenziale, idoneo a scongiurare la graduale creazione di «un sistema punitivo dal doppio volto: da una parte, il sistema ‘tipico’ (legale) delineato nella ‘parte speciale’ del d. lgs. 231/2001; dall’altra parte un sistema-catalogo ‘informale’ (extralegale) e indeterminato, destinato, però, a riempirsi dei contenuti più vari (...) sotto la spinta trainante del reato associativo». Tra coloro che hanno appoggiato la scelta giurisprudenziale, v. P. SILVESTRI, *Questioni aperte in tema di profitto confiscabile nei confronti degli enti: la confiscabilità dei risparmi di spesa, la individuazione del profitto derivante dal reato associativo*, in *CP* 2014, 1538 ss.; A. ROSSI, *Riflessioni sulla responsabilità degli enti per associazione per delinquere*, cit., 857 ss.; Contra S. BELTRANI, *Responsabilità degli enti da associazione per delinquere (art. 416 c.p.): una (non condivisibile) decisione di grande rilievo (commento a Cass. pen., n. 3635, 21 gennaio 2014)*, in *Rivista* 231 2014, 217 ss.

²⁹ Afferma testualmente Cass. 20.12.2013 n. 3635, cit: «qualora si proceda per associazione per delinquere e per reati non previsti tra quelli idonei a fondare la responsabilità dell’ente collettivo, la rilevanza di questi ultimi non può essere indirettamente recuperata (...) per il loro carattere di delitti scopo del reato associativo contestato».

³⁰ L’indirizzo peraltro si colloca nel solco di un consolidato orientamento giurisprudenziale che già aveva chiarito che il profitto del reato presuppone l’accertamento della sua diretta derivazione causale dalla condotta dell’agente. Sul punto, si veda Cass. S.U. 27.3.2008 n. 26654, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1746, con note di V. Mongillo, *La confisca del profitto nei confronti dell’ente in cerca d’identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*, 1758 ss. e di E. LORENZETTO, *Sequestro preventivo contra societatem per un valore equivalente al profitto del reato*, 1083 ss.

quelli inclusi nel Decreto (in particolare, le fattispecie penal-tributarie), risulta nondimeno direttamente imputabile al sodalizio punito dall'art. 24-ter. Si sostiene, insomma, che il delitto associativo è in grado di generare un profitto autonomo rispetto a quello dei reati-fine, costituito dal complesso dei vantaggi direttamente conseguenti alla commissione di questi ultimi³¹.

Senza analizzare oltre la tematica della confisca e i suoi molteplici "usi", conviene ricordare che all'approccio in parola si è rivolta l'accusa di "frode delle etichette", in quanto supera la questione legata alla tassonomia dei reati presupposto e ricava indirettamente il medesimo risultato "estensivo" agendo sul concetto del profitto del reato associativo *ex se* confiscabile³². Ridimensionato il problema "teorico" della tensione del principio di tassatività, resterebbe fermo un risultato pratico parimenti afflittivo³³.

2.2. Il controverso connubio tra "fattispecie associative", "criminalità d'impresa" e "responsabilità dell'ente".

Gli orientamenti giurisprudenziali appena citati, che tanto clamore hanno destato per aver confermato prima e "bypassato" poi la lettura restrittiva del binomio art. 24-ter-imputabilità dell'ente, non sono in realtà perfettamente centrati sulla tematica che qui si intende affrontare, collocandosi a ben vedere in posizione – per così dire – "collaterale".

Un conto è invero interrogarsi sulla fisionomia del provento della *societas sceleris* e sul *discrimen* rispetto a quello originato dai delitti-scopo, altro è comprendere se al di là della tematica *stricto sensu* legata alla sequestrabilità (e alla confiscabilità) del profitto, l'art. 24-ter sia *in sé* elusivo del canone di tassatività. La risposta a tale quesito richiede di concentrarsi sulla circostanza che il reato associativo, micro-sistema *sui generis*, è stato innestato in un diverso micro-sistema, altrettanto peculiare.

Gli interrogativi cui rispondere sono dunque i seguenti: si possono immaginare persone fisiche ("colletti bianchi", in ottica criminologica) che si organizzano in seno all'ente per realizzare – anche, ma non solo – un programma indeterminato di delitti,

³¹ In particolare, si chiarisce che l'utilità pur originata dai delitti-scopo è riferita al delitto-mezzo – e quindi autonomamente sequestrabile, ricorrendone i presupposti – perché è una ricchezza ottenuta tramite la struttura organizzata del sodalizio ed è idonea ad essere distribuita tra gli associati. Cfr. Cass. 14.10.2015 n. 46162, in *www.iusexplorer.it* (commentata da A.A. SALEMME, *Profili di responsabilità tributaria degli enti*, in *www.ilsocietario.it*, 10 dicembre 2015) in cui era stato disposto un sequestro preventivo a carico della società Verbatim Italia S.p.A. per l'illecito amministrativo da reato, imputato ai vertici, di associazione per delinquere a carattere transnazionale. Nella stessa direzione, più di recente, Cass. 17.4.2018 n. 38243, in *RTrimDPenEc* 2018, 837, con nota di M. CROCE. Nello stesso solco, precedentemente, Cass. 27.1.2011 n. 173, *Dir. pen. cont.*, 28.6.2011, con nota di M. PANZARASA, *In tema di confisca per equivalente e associazione per delinquere transnazionale*.

³² In questi termini F. BEVILACQUA, *Reati associativi e responsabilità degli enti*, cit., 128, in cui compiutamente si riflette sui criteri di calcolo del profitto del reato associativo al fine di scinderlo da quello dei reati-fine e si approfondisce il connubio tra associazione per delinquere di tipo mafioso e responsabilità degli enti.

³³ A. ROSSI, *Riflessioni sulla responsabilità degli enti per associazione per delinquere*, cit., 857 ss.; R. SABIA, *op. cit.*, 315 ss.

agendo quantomeno a vantaggio della *personne morale*? E, se tale immaginario fosse prospettabile, in cosa consisterebbe la “colpa” dell’ente?

Le fattispecie associative sono impennate – come noto – sul richiamo ad altri delitti, con significativi riverberi anzitutto sul dolo (specifico) delle previsioni incriminatrici in discorso³⁴. Con riferimento alla persona fisica il delitto-scopo rappresenta inoltre – dal punto di vista pratico – il principale appiglio per “colmare” il *vulnus* di tipicità che caratterizza congenitamente il fatto di (mera) associazione penalmente rilevante. La cennata problematica concerne, *in primis*, l’art. 416 c.p., efficacemente descritto in termini di “*fattispecie a formazione processuale*”³⁵: il legislatore non ha invero definito puntualmente il concetto di “*associazione*”³⁶, né il requisito della “*partecipazione*”³⁷, limitandosi a prevedere la presenza di almeno tre soggetti che si uniscono “*al fine di commettere delitti*”. D’altra parte, il vero e proprio “baricentro” del deficit di determinatezza che affligge le figure criminose in esame è costituito dall’individuazione dell’interesse protetto. Sul punto la dottrina oscilla tra quanti ritengono le fattispecie in esame poste a presidio dell’ordine pubblico³⁸ e coloro che, ripudiando tale bene giuridico a cagione della sua inafferrabilità in concreto,

³⁴ Illuminante l’indagine compiuta da G. MORGANTE, *Il reato come elemento del reato. Analisi e classificazione del concetto di reato richiamato dalla fattispecie penale*, Torino 2013, sul ruolo del richiamo operato ad altro reato in seno ad una fattispecie incriminatrice. In tale prospettiva l’A., ricondotti i reati associativi nella categoria dei reati a dolo specifico di reato, ricostruisce la *vexata quaestio* della riconducibilità del dolo specifico all’elemento oggettivo o soggettivo dell’illecito. In particolare, si sofferma sul ruolo “oggettivizzante” che tale elemento gioca nella definizione delle condotte partecipative, nel senso di richiederne l’adeguatezza al raggiungimento degli scopi del sodalizio criminale (*ivi*, 170 ss.).

³⁵ L’espressione è di A. CERULO, *Il trionfo dei reati associativi e l’astuzia della ragione*, in *IP* 2004, 1007 ss.

³⁶ La letteratura ha rintracciato i requisiti del fatto associativo punibile nell’esistenza di un *pactum sceleris* stabile, nel programma indeterminato di delitti, nonché nella necessità di una struttura organizzativa. Sebbene tale ultimo requisito non sia esplicitato nell’art. 416 c.p., è proprio quello su cui si sono maggiormente divisi gli interpreti oscillando tra quanti ritengono sufficiente alla sua integrazione un’organizzazione anche solo rudimentale (*ex multis*, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*¹⁵, a cura di C.F. GROSSO, II, Milano 2016, 249 ss.; A. BARAZZETTA, sub Art. 416, in *Codice penale commentato*³, a cura di E. Dolcini, G. Marinucci, II, Milano 2011, 4190 ss.) e quanti, viceversa, richiedono l’adeguatezza della struttura alla perpetrazione dei (in questa direzione, V. PATALANO, *L’associazione per delinquere*, Napoli 1971, 89 ss.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*⁵, I, Bologna 2012, 489; nonché in senso parzialmente conforme G. DE VERO, *Tutela dell’ordine pubblico e reati associativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 107).

³⁷ Sul punto, il prevalente (e condivisibile) modello cd. causale ritiene il partecipe chi, prescindendo dal suo ruolo, apporti un contributo non occasionale (cioè stabile) all’apparato organizzativo, contribuendo a rafforzare l’associazione e permetterle di raggiungere i suoi scopi criminosi. Sul punto, G. FIANDACA – E. MUSCO, *op. cit.*, 488; G. INSOLERA, *op. cit.*, 226 ss.; A. BARAZZETTA, *op. cit.*, 4190 ss.; A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli 2003, 141. L’impostazione è stata avallata da Cass. S.U. 12.7.2005, Mannino, in *FI* 2006, 86 ss. con nota di G. FIANDACA – C. VISCONTI, *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle Sezioni Unite*.

³⁸ Per i fautori di questo indirizzo, il fatto associativo ha un disvalore intrinseco, consistente nell’attitudine a ledere il pacifico vivere sociale. In tal senso, *ex multis*, F. PALAZZO, *Associazioni illecite ed illeciti delle associazioni*, cit., 418 ss.; G. INSOLERA, *op. cit.*, ad avviso del quale «la pace sociale, la tranquillità e la sicurezza pubblica (...) [sono] poste in pericolo, sotto il profilo sia oggettivo che soggettivo, dalla sola esistenza di un sodalizio criminale, e a prescindere dalla attuazione del suo programma». È questo l’orientamento prevalente in giurisprudenza, su cui, per tutte, Cass. 7.7.1992 Bianchi, in *CEDCass*, m. 191521.

preferiscono concentrarsi sui beni finali di volta in volta offesi dai delitti-scopo del sodalizio delinquenziale³⁹.

I problemi probatori si moltiplicano ove si cali la figura criminosa nel contesto della criminalità economica⁴⁰: interrogarsi sull'offensività delle "associazioni per delinquere di colletti bianchi", nascoste nelle pieghe di un ente che risulta *solo in parte* "dirottato" al perseguimento del programma indeterminato di delitti, significa provare la *doppia veste* tanto dell'apparato imprenditoriale, *strumentalmente* sfruttato per la perpetrazione di delitti-scopo, quanto dei dipendenti o degli 'apicali', che, incardinati nella struttura lecita, devono risultare quantomeno *partecipi* della cellula criminale⁴¹. Soltanto per questa via è possibile riscontrare la potenzialità lesiva del sodalizio, altrimenti degradata a elemento da ritenere sussistente *in re ipsa*⁴².

Ed ecco l'inevitabile circolo vizioso: le formule vaghe e i contorni sbiaditi dell'art. 416 c.p. sono riempiti di significato, a livello processuale⁴³, guardando alle modalità

³⁹ Il riferimento è a G. DE VERO, *Tutela dell'ordine pubblico e reati associativi*, cit., 149 ad avviso del quale l'associazione per delinquere (al pari delle altre figure associative) sarebbe una fattispecie criminogena, poiché dietro la "maschera" dell'ordine pubblico il legislatore ha voluto celare delle fattispecie in grado di apprestare una drastica anticipazione della tutela. Cfr. ID., *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, in AA.VV., *I reati associativi, Atti del convegno di Courmayeur, 10-12 ottobre 1997*, Milano 1998, 23 ss.; cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*², Napoli 1997, 67 ss.; A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo, Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli 2003, 45 ss. 45 ss.

⁴⁰ Sugli elementi che astrattamente consentono la sovrapposizione o l'accostamento tra criminalità organizzata e struttura societaria (segnatamente, lo svolgimento di attività da parte di una pluralità di soggetti e l'elemento dell'organizzazione), v. E. BASILE, *Gli incerti confini dell'associazione*, cit., 512 ss., anche per i riferimenti giurisprudenziali *ivi* contenuti.

⁴¹ Tale complessità probatoria correlata alla necessità di provare la "doppia veste" del partecipe e della società emerge – si ribadisce – quando la struttura lecita non sia mero schermo di quella criminale, essendo in questa seconda ipotesi congenita la totale coincidenza del sodalizio delinquenziale con la complessa rete di mezzi e persone adibite alle operazioni della società (per l'appunto, fittizia). Laddove non vi sia 'sovrapposizione' – come osserva E. BASILE, *Gli incerti confini dell'associazione*, cit., 516 – la «questione decisiva (...) concerne a ben vedere non tanto la possibile 'immedesimazione' della *societas sceleris* con un'organizzazione sostanzialmente lecita (preesistente o meno), quanto piuttosto la verifica in ordine alla strumentalità dell'organizzazione medesima rispetto alla realizzazione del programma criminale. Occorre, cioè, chiedersi se la parziale utilizzazione a fini delinquenziali di una struttura per il resto legittima, che continua a operare in tale veste, incorpori una carica di disvalore idonea a concretizzare un pericolo per l'ordine pubblico – ciò che in base all'interpretazione prevalente, rappresenta la ratio politico-criminale dell'art. 416 c.p. – ovvero – secondo una minoritaria ma preferibile lettura – dia luogo ad un effetto moltiplicatore dell'offensività connessa ai delitti-scopo».

⁴² Come osserva, E. BASILE, *Gli incerti confini dell'associazione*, cit., 516, si rende necessario tracciare il *discrimen* tra le dinamiche aziendali e quelle criminali riferibili alla medesima struttura imprenditoriale, che affianchi la perpetrazione dei reati da parte dei *criminals in suits* ad un'attività "pulita" sul mercato legale.

⁴³ Non a caso si è parlato dell'art. 416 c.p. in termini di fattispecie attraversata nelle sue fasi storiche da "progressiva astrazione generalizzatrice", ad indicare che la fattispecie *de qua* si è spogliata di riferimenti criminologici precisi per assumere una portata generale in grado di abbracciare tutte le forme di criminalità associata: così, G. INSOLERA, *L'associazione per delinquere*, Padova 1983, 73. Nella medesima direzione, G. DE VERO, *Tutela dell'ordine pubblico e reati associativi*, cit., 104, che sottolinea il «processo di astrazione dei connotati del fatto tipico ormai incentrato sulla mera illiceità penale dello scopo».

operative con cui sono realizzati i reati-fine⁴⁴.

Il ragionamento fin qui condotto, in sé denso di problematiche, presenta inconvenienti aggiuntivi una volta traslato in sede di accertamento della responsabilità dell'ente. È chiaro, infatti, che il ricordato approccio (di una significativa parte) della giurisprudenza può "reggere" – non senza forzature – quando il reato-fine è già incluso nella parte speciale del Decreto 231. Laddove il delitto-scopo risulti invece *extra*-catalogo tale processo deduttivo ha il demerito di chiamare la *personne morale* a rispondere di un illecito che non può fondare la sua responsabilità, se non ammettendo la frattura del canone sancito all'art. 2 del Decreto. Di qui la ragione profonda della plausibilità dell'orientamento restrittivo che tanto seguito ha riscosso nella letteratura *in subiecta materia*.

Per l'ente, allora, occorre compiere un ulteriore sforzo. Non è sufficiente partire dal reato-fine per portare alla luce la *societas sceleris* "in ambito affaristico", ma occorre dimostrare ciò che fonda il rimprovero della *personne morale*: sarà in particolare necessario provare la sussistenza dell'interesse o del vantaggio dell'ente in relazione alle condotte poste in essere dalla cellula criminale in esso annidata, nonché – soprattutto – il *deficit* di organizzazione della persona giuridica.

La "colpa" dell'ente non risiede, a ben vedere, nell'aver partecipato alla perpetrazione del delitto-scopo, ma consiste piuttosto nell'aver consentito la creazione di un'area di criminalità nell'impresa, cioè aver "permesso" che tre o più soggetti ad essa intranei si unissero per compiere delitti, irrilevante essendo il delitto-fine *nella specie verificatosi*⁴⁵. Il "fine di commettere delitti", dirimente per il fatto associativo della

⁴⁴ Emblematiche, sul punto, le osservazioni di F.M. IACOVIELLO, *Ordine pubblico e associazione per delinquere*, cit., 39, ad avviso del quale «Lo schema associativo, mentre è ricco di possibilità operative sul piano dell'indagine, fa per contro trapelare la propria vulnerabilità concettuale sul piano del giudizio (...) ove «ciò che acquista duttilità funzionale perde in spessore contenutistico». Nel contesto della criminalità economica, si richiama la vicenda conosciuta come "Calciopoli", ove è stata riconosciuta l'esistenza di un autentico sodalizio criminale (la cd. Cupola o "Piovra" nel linguaggio giornalistico) costruito intorno ad un *dominus* ben identificato, il cui potere – *rectius* «strapotere» – era «esteso anche agli ambienti giornalistici ed ai media televisivi che lo osannavano come una vera e propria autorità assoluta», secondo le parole impiegate dalla Corte di Cassazione, riportate da *Calciopoli, Cassazione: «Moggi l'ideatore di una associazione a delinquere. Strapotere ingiustificato»*, articolo datato 13 settembre 2015, consultabile nella rubrica *Sport* del sito web del giornale *Il Messaggero* a questo [link](#).

Sebbene la vicenda si sia conclusa con l'estinzione del reato di associazione per delinquere per intervenuta prescrizione, la pronuncia di primo grado (T. 19.12.2009 *omissis*), nel ripercorrere gli elementi di "tipizzazione" del reato associativo, ritiene "provata" l'associazione in base alla efficacia del sodalizio nell'attuare tutti i delitti oggetto del programma.

Per una ricostruzione fattuale della vicenda, cfr. *Calciopoli, Cassazione: prescritti Moggi e Giraudo. Ma fu associazione a delinquere*, articolo apparso il 24 marzo 2015 sul sito web del giornale *Il Fatto Quotidiano*, consultabile a questo [link](#). Si rinvia a P. PISA, *Lo scandalo calcio tra giustizia ordinaria e "giustizia sportiva"*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 797 ss., che analizza il reato di frode sportiva integrato nel caso concreto ed ipotizza una spiegazione per l'incriminazione *ex art.* 416 c.p.

⁴⁵ In generale, sulla colpa d'organizzazione, Il discorso sottende la risposta al tormentato interrogativo "di cosa risponde l'ente?", oscillando tra quanti richiedono che l'ente partecipi nel reato della persona fisica (anche se quest'ultima, in concreto, non sia punibile o non venga identificata *ex art.* 8 d. lgs. 231/2001), concorrendo, a titolo soggettivo, con colpa (cd. colpa d'organizzazione) e coloro che, invece, ritengono l'ente imputabile per un fatto suo proprio, ravvisabile nel *deficit* organizzativo. Sul punto, si tornerà in chiusura

persona fisica, resta – per così dire – fattore “neutro” rispetto al rimprovero che si muove al soggetto collettivo: si tratta certamente di una componente della responsabilità della persona fisica, ma occorre pur sempre provare l'*autonoma* responsabilità della *personne morale*⁴⁶.

Si consideri – per esemplificare – l'ipotesi di una società di trasporti ove tre o più dipendenti si accordino allo scopo di utilizzare la struttura e i veicoli dell'ente per attività di contrabbando cd. aggravato, in violazione dell'art. 295 del d.P.R. 43/1973 (TUID)⁴⁷. Dimostrare la commissione del reato e risalire alla esistenza di una *societas sceleris* annidata nelle pieghe dell'organizzazione imprenditoriale non può essere in sé sufficiente a chiamare l'ente a rispondere *ex art. 24-ter* del Decreto. Al contrario, sarà necessario dimostrare l'interesse o il vantaggio che da quell'attività associativa è derivato alla società, nonché il connesso *deficit* organizzativo. Sotto il primo profilo, ad esempio, i requisiti oggettivi previsti dall'art. 5 del Decreto potrebbero eventualmente riscontrando dimostrando che l'ente ha ottenuto un risparmio, anche limitandosi a non remunerare gli autisti per talune trasferte, dai contorni “oscuri”, effettuate servendosi di mezzi aziendali. Del pari, potrà eventualmente ravvisarsi il difetto d'organizzazione in capo alla società se non ha controllato adeguatamente le attività svolte dai dipendenti, non si è interrogata su consegne “straordinarie” e non registrate svolte dai medesimi o sulle deviazioni rispetto agli itinerari previsti; ugualmente potrà dirsi se l'impresa non ha sottoposto a controllo periodico i veicoli impiegati o non si è premurata di verificare che le merci lecite il cui trasporto costituisce il proprio *core business* giungessero a destinazione presso i clienti. Difettando tali rilievi, rimproverare l'ente vorrebbe dire ammettere la sua responsabilità per il reato-fine, in aperta elusione del canone di tassatività del Decreto.

Tornano allora pertinenti le considerazioni svolte dalla Suprema Corte e accolte come inequivoca espressione dell'indirizzo “restrittivo” *in subiecta materia*: nello scenario appena esemplificato, l'eventuale profitto conseguito dai dipendenti non è passibile di provvedimento ablatorio ai sensi del Decreto, restando riferibile *in toto* a reati-fine estranei al catalogo 231, non legittimati a rientrarvi per il tramite della fattispecie associativa.

Ascrivere responsabilità “amministrativa” *ex crimine* all'ente in relazione a delitti associativi comporta – in definitiva – la necessità di provarne il difetto d'organizzazione

alla presente trattazione, per cui si rinvia a *infra*, n. 5.

⁴⁶ *Infra*, n. 5.

⁴⁷ Si segnala che le ipotesi di contrabbando cd. semplice previste dagli artt. 282-291 e 292 del d.p.r. 43/1973 (cd. TUID) sono state depenalizzate a partire dall'emanazione del d. lgs. 8/2016 in attuazione degli artt. 1-2 della legge delega n. 67/2014. La citata normativa ha individuato ipotesi nominate di reati da depenalizzare e ha altresì previsto una clausola generale di depenalizzazione di tutti i reati puniti con la pena dell'ammenda o con la multa (fatti salvi quelli rientranti in settori puntualmente indicati dall'art. 2 della legge delega cit.). Per effetto dell'adozione del d. lgs. 8/2016, sono dunque risultate depenalizzate le ipotesi di contrabbando cd. semplice, mentre sono tutt'ora penalmente rilevanti le ipotesi di contrabbando di tabacchi lavorati esteri (punte con una multa proporzionale al peso del prodotto contrabbandato congiunta alla reclusione) e il contrabbando cd. aggravato, previsto dall'art. 295 TUID (che assurge ora a fattispecie autonoma di reato ai sensi dell'art. 1, comma 2, d. lgs. 8/2016).

e l'interesse o il vantaggio ad esso derivante dall'operato di una *societas sceleris* quali che siano gli scopi di quest'ultima. Soltanto nei predetti termini è assicurata la tenuta del principio di tassatività ex art. 2 d. lgs. 231/2001.

3. La fibrillazione del principio di "doppia tipicità" indotta dalle fattispecie di *laundering*.

3.1. Dal riciclaggio e reimpiego all'autoriciclaggio: l'art. 25-octies...

"*Money laundering is the heart of organised crime*": così il Consiglio europeo straordinario ammoniva nel 1999 gli Stati Membri UE al fine di incitarli ad azioni più intensive di contrasto alla criminalità economica organizzata e all'immissione di proventi illeciti nei circuiti economici legali⁴⁸. Nel codice penale italiano, invero, il *laundering* – sotto le spoglie della "Sostituzione di denaro" – è presente sin dal 1979, sebbene la formulazione attuale della fattispecie sia dovuta a una riforma degli anni '90 del secolo scorso che, ampliandone i confini⁴⁹, ha affiancato al ribattezzato «Riciclaggio» (art. 648-bis c.p.)⁵⁰ la fattispecie di «Impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita» (art. 648-ter c.p.). Per effetto del d. lgs. 21.11.2007 n. 231 le incriminazioni *de quibus* sono confluite nell'art. 25-octies tra i reati presupposto della responsabilità della persona giuridica, con immediate ricadute in punto di allargamento del "rischio" punitivo dell'ente⁵¹.

⁴⁸ Conclusioni del Consiglio Europeo di Tampere, 15-16 ottobre 1999, consultabile a questo [link](#).

⁴⁹ Per la ricostruzione dell'evoluzione normativa degli artt. 648-bis e 648-ter c.p., si rinvia a Cass. S.U. 27.2.2014 n. 25191, in CEDCass, m. 259586, nonché in *Dir. pen. cont.*, 17.9.2014, con nota di A. GALLUCCIO, *Le Sezioni Unite sui rapporti tra riciclaggio, illecito reimpiego e associazione di tipo mafioso*. In dottrina, v. A.M. STILE, *Riciclaggio e reimpiego di proventi illeciti*, in [www.treccani.it](#), 2009, nonché A. APOLLONIO, *L'introduzione dell'art. 648-ter.1 c.p. e il superamento del criterio di specialità nel rapporto tra ricettazione e i delitti di riciclaggio*, in CP 2015, 2890 ss.

⁵⁰ Copiosa la letteratura in materia. Per una prima analisi, *ex multis*, R. ACQUAROLI, *Il riciclaggio*, in *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, a cura di F. Viganò, C. Piergallini, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*², diretto da F. Palazzo, C. E. Paliero, Torino, 2015, 903 ss.; V. MANES, *Il riciclaggio dei proventi illeciti: teoria e prassi dell'intervento penale*, in *RTrimDPenEc.* 2004, 35 ss.; G. DONADIO, sub art. 648-bis, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi, E. Lupo, XII, Milano 2010, 826 ss.; G.M. SOLDI, *Riciclaggio*, in *DigDPen, Agg.*, Torino 2011, 493 ss.; A. CONFORTI, *Art. 648-bis – Riciclaggio*, in *Codice penale*⁶, a cura di T. Padovani, Milano 2014, 3809 ss.; G. INSOLERA, *Prevenzione e repressione del riciclaggio e dell'accumulo di patrimoni illeciti*, in LP 1998, 153 ss.; G. MORGANTE, *Riflessioni su taluni profili problematici de rapporti tra fattispecie aventi ad oggetto operazioni su denaro o beni di provenienza illecita*, in CP 1998, 2500 ss.; A.R. CASTALDO – M. NADDEO, *Il denaro sporco*, Padova, 2010, *passim*.

⁵¹ Con riguardo alla persona fisica, infatti, il confine tra le fattispecie era stato declinato dalla giurisprudenza sulla dicotomia unicità-pluralità di azioni e sulle determinazioni volitive ad esse sottese: colui che prima "ripulisca" il denaro oggetto di provenienza illecita e, poi, lo reimpieghi in attività economiche o finanziarie sarebbe stato punibile soltanto ai sensi dell'art. 648-bis c.p., atteggiandosi il successivo reimpiego a post-fatto non punibile; di contro, si riteneva applicabile il solo art. 648-ter c.p. nei confronti di chi, direttamente, in un unico contesto spazio-temporale e senza plurime risoluzioni criminali, avesse rimpiiegato in quelle attività economiche o finanziarie il denaro 'sporco' ricevuto, rimanendo la precedente attività di sostituzione o ricezione di ricchezze illecite assorbita nel reimpiego. In questo senso, Cass. 11.11.2009 n. 4800, in *Mass.*

All'indomani della ricordata interpolazione del Decreto, oggetto di attenzione era stata in modo particolare l'importazione nel sistema 231 del cd. reimpiego: mentre il riciclaggio, incentrando il proprio disvalore sulla condotta dissimulativa dell'agente, consentirebbe alla *personne morale* di "prevedere" i comportamenti criminosi e prevenirli tramite il *compliance program*, tale attività non è da sola sufficiente ad arginare il "reimpiego", che, posto a chiusura delle condotte di *laundering* in senso lato, richiede anche il reinvestimento dei capitali illeciti. Ergo, per effetto dell'art. 25-octies il soggetto collettivo risponderebbe ex art. 648-ter c.p. ogni qual volta un 'apicale' o un subordinato impieghi proventi illeciti – pur se ottenuti da crimini estranei all'attività d'impresa⁵² – nell'organizzazione societaria. E – verrebbe da chiedersi – come può la società monitorare con tale profondità l'attività dei propri esponenti, avendo cura di prevenire che questi ultimi ricevano e introducano nel patrimonio sociale somme di provenienza illecita?

La problematica in questione, tuttavia, fino al 2014 era rimasta in ombra principalmente in conseguenza della mancata incriminazione del cd. autoriciclaggio. Gli artt. 648-bis e ter c.p. trovano infatti applicazione non generalizzata, per effetto della clausola di riserva "fuori dai casi di concorso nel reato[-presupposto]" in essi contenuta⁵³. Il legislatore aveva evidentemente inteso limitare la punibilità alla persona fisica che non fosse contestualmente responsabile del *predicate crime*⁵⁴; in quest'ultima evenienza, sia il riciclaggio sia il "reimpiego" si sarebbero atteggiati a *post-factum* non punibile, pertanto neppure l'ente avrebbe potuto risponderne a meno che il reato-fonte del provento

Uff., n. 246276; Cass. 26.3.2013 n. 16434, in *GD*, 2013 (25), 65. Per un commento in dottrina, cfr. C. SANTORIELLO, *Precisazioni della Cassazione in tema di riciclaggio e conseguenze della responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Rivista231* 2012, 243 ss., nonché A. MACCHIA, *Spunti sul delitto di riciclaggio*, in *CP* 2014, 1454 ss. per un'analisi critica dei rapporti tra ricettazione, riciclaggio e reimpiego tratteggiati dai citati orientamenti giurisprudenziali. Cfr., *amplius*, S. SEMINARA, *I soggetti attivi del riciclaggio tra diritto vigente e prospettive di riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 236 ss. che, muovendo dall'esiguo numero di pronunce giurisprudenziali concernenti il riciclaggio, ne aveva rilevato l'applicazione pratica «pressoché inconsistente»; in senso analogo, si esprime in termini di «legislazione simbolica», S. Moccia, *Impiego di capitali illeciti e riciclaggio: la risposta del sistema penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 728

⁵² Ritengono che il delitto non colposo-presupposto debba necessariamente attenersi all'attività d'impresa, A. ROSSI, *Note in prima lettura su responsabilità diretta degli enti ai sensi del D.Lgs. 231/2001 ed autoriciclaggio: criticità, incertezze, illusioni ed azzardi esegetici*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim* (1) 2015, 154, nonché R. Bartoli, *Alla ricerca di una coerenza perduta*, cit., 19. Contra C. SANTORIELLO, *La circolare di Confindustria sul nuovo reato di riciclaggio e la responsabilità degli enti collettivi: alcuni pericolosi equivoci*, in *Circolare 231*, in *Rivista 231*, 2015 17.

⁵³ Sulla qualificazione della clausola di riserva di cui agli artt. 648-bis e 648-ter c.p. la dottrina si divide: per alcuni è un elemento negativo del fatto (cfr. A. R. CASTALDO – M. NADDEO, *op. cit.*, 92 ss.), per altri una clausola di sussidiarietà (in conformità al prevalente indirizzo giurisprudenziale: *ex multis*, Cass. 27.2.2013 n. 9226, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 826 con nota di V. MAGNINI, *La punibilità dell'autoriciclaggio realizzato per interposta persona*, nonché in *GD*, 2013 (14), 71 ss. con nota di G. AMATO, *Una scelta ineccepibile dettata dall'esigenza di non punire due volte lo stesso delitto*); altri Autori ancora, infine, la ritengono una causa personale di esclusione della pena (vd. S. Seminara, *op. cit.*, 236 ss.; F. D'ARCANGELO, *Fondamento e limiti della non punibilità dell'autoriciclaggio*, in *IP* 2014, 305 ss.).

⁵⁴ Da ultimo, la Cass. S.U. 27.2.2014 Iavarazzo, in *CEDCass*, m. 259586, aveva rilevato essersi al cospetto di una precisa scelta di politica legislativa, cioè di una «deroga al concorso di reati che trova la sua ragione di essere nella valutazione, tipizzata dal legislatore, di ritenere l'intero disvalore dei fatti ricompreso nella punibilità del solo reato presupposto».

illecito, commesso da un “apicale” o da un subordinato, non fosse anch’esso contemplato nel sistema 231.

Lo scenario di apparente “tranquillità” tratteggiato nei suesposti termini è messo in discussione a partire dell’introduzione dell’autoriciclaggio nel codice penale e nell’*25-octies* d. lgs. 231/2001⁵⁵.

Non è possibile in questa sede analizzare in dettaglio le posizioni assunte dagli interpreti a fronte del *novum* legislativo; basti comunque rilevare che, tra quanti hanno censurato l’innesto⁵⁶ e quanti, al contrario, hanno salutato con favore la riforma⁵⁷, al più criticando la modalità scelta per la condivisibile eliminazione del cd.

⁵⁵ L’introduzione è avvenuta per effetto dell’art. 3 della l. 15.12.2014 n. 186 che si colloca in un quadro di più ampio respiro in materia di *voluntary disclosure*: nell’ottica di favorire il rientro dei capitali illecitamente occultati, anche detenuti all’estero, si offriva al soggetto attivo del reato-generatore della provvista – dietro ‘minaccia’ di bloccare la futura movimentazione di quei capitali – la possibilità di ‘autodenunciarsi’, garantendogli, come contropartita, l’impunità penale. Per un commento sulla riforma, si rinvia a G.L. GATTA, *Introdotta il delitto di autoriciclaggio (unitamente a una procedura di collaborazione volontaria all’emersione di capitali all’estero, assistita da una causa di non punibilità per i reati tributari e di riciclaggio)*, in *Dir. pen. cont.*, 9.12.2014; A. GULLO, *Autoriciclaggio. Voce per “Il libro dell’anno del diritto Treccani 2016”*, in *Dir. pen. cont.*, 21.12.2015, 1 ss.

⁵⁶ I principali argomenti a favore della conservazione del cd. privilegio dell’autoriciclaggio erano due; da un lato, il *ne bis in idem sostanziale*, osservandosi che, una volta rimossa la clausola di salvaguardia, la struttura estesa del *laundering*, avrebbe finito per determinare un automatico aggravamento sanzionatorio in capo all’autore dell’*ante factum*. In tal senso, v. S. SEMINARA, *op. cit.*, 236, che osserva come «quasi tutti i reati, e in particolare quelli contro il patrimonio, andrebbero letti come se alla cornice di pena in essi prevista si associasse inevitabilmente l’ulteriore pena del riciclaggio: esito, questo, forse da taluni apprezzabile sul piano della prevenzione generale ma certamente disastroso per la razionalità del sistema». Cfr. F. COSULICH, *La norma penale doppia. Ne bis in idem sostanziale e politiche di prevenzione generale: il banco di prova dell’autoriciclaggio*, in *RTrimDPenEc* 2015, 55 ss.; conforme, A. CASTALDO – M. NADDEO, *op. cit.*, 92.

In secondo luogo, si evocava la violazione del principio *nemo tenetur se detengere*, dal momento che la punibilità dell’autoriciclaggio costringerebbe colui che commette o concorre a commettere il delitto presupposto dall’astenersi dal compimento di qualsivoglia operazione che possa ostacolare l’identificazione del provento, con ciò compromettendo il diritto fondamentale di difendersi costituzionalmente garantito. Seguendo tale linea di pensiero parte della dottrina invocava, quantomeno, la previsione di «casi di non punibilità laddove risulti che il soggetto abbia agito per “autodifesa”», così A. DELL’OSSO, *Il reato di autoriciclaggio: la politica criminale cede il passo a esigenze mediatriche e investigative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 803; sull’incompatibilità del *self-laundering* col c.d. divieto di auto-incriminazione v. anche F. SCUBBI, *Il nuovo delitto di “autoriciclaggio”: una fonte inesauribile di “effetti perversi” dell’azione legislativa*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim* (1), 2015, 140. Cfr. G. INSOLERA, *Ripensare l’antimafia: il sistema penale*, in *Dir. pen. cont.*, 9.5.2014; E. MEZZETTI, *Reati contro il patrimonio*, in *Trattato di diritto penale. Parte Speciale*, diretto da C. F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Milano 2013, 640 ss.; D. BRUNELLI, *Autoriciclaggio e divieto di irretroattività: brevi note a margine del dibattito sulla nuova incriminazione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim* (1) 2015, 86 ss.; Contrario alla sostenibilità di entrambi gli argomenti, F. MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim* (1) 2015, 109 ss. Per un’analisi del dibattito, v. altresì E. BASILE, *L’autoriciclaggio nel sistema penalistico di contrasto al “money laundering” e il nodo gordiano del concorso di persone*, in *CP* 2017, 1277 ss.

⁵⁷ Tra gli Autori che già da tempo avevano criticato il cd. privilegio dell’autoriciclaggio G. DE FRANCESCO, *Internazionalizzazione del diritto e della politica criminale: verso un equilibrio di molteplici sistemi penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 5 ss.; G. MORGANTE, *Il reato come elemento del reato*, cit., 106 ss., anche per un’analisi critica della qualificazione delle *fattispecie de quibus* in termini di “reati accessori di seconda generazione”; favorevole alla nuova incriminazione, anche R. BRICCHETTI, *Riciclaggio e Autoriciclaggio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 684 ss.

privilegio dell'autoriciclaggio⁵⁸, la legge testimonia il passo in avanti nel contrasto alle contaminazioni illegali nei circuiti economici, allineandosi alle esigenze di tutela avvertite anche a livello sovranazionale⁵⁹.

Come è stato autorevolmente sostenuto, la *ratio* della nuova incriminazione è ravvisabile nell'esigenza di «congelare il profitto in mano al soggetto che ha commesso il reato presupposto»⁶⁰, al fine di impedirne l'utilizzazione in nuove attività illecite e prevenire la conseguente fibrillazione dell'ordine economico. In sostanza, nonostante la collocazione topografica tra i «reati contro il patrimonio», l'autoriciclaggio si spinge oltre la sfera patrimonialistica⁶¹ e chiarisce una volta per tutte che procacciarsi mezzi

⁵⁸ È stata da taluni criticata la scelta di intervenire introducendo una disposizione *ad hoc*, quale l'art. 648-ter.1 c.p., e non attraverso l'eliminazione della clausola di riserva, di cui agli artt. 648-bis e 648-ter c.p. Per una ricostruzione dei diversi indirizzi, si rinvia ad N. AMORE, *L'autoriciclaggio tra responsabilità individuale e collettiva*, in *LP*, 14 marzo 2016; D. PIVA, *Il volto oscuro dell'autoriciclaggio: la fine di privilegi o la violazione di principi?* in *Rivista231* 2015, 59 ss (anche per i riferimenti bibliografici ivi contenuti). In questo senso, S. CAVALLINI – L. TROYER, *La "clessidra" del riciclaggio ed il privilegio di self-laundering: note sparse a margine di ricorrenti, astratti furori del legislatore*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.* (2) 2014, 62 ss. che, contrari all'introduzione, sottolineano come sarebbe stato preferibile intervenire sull'art. 648-bis, mantenendo la clausola di riserva e piuttosto concentrandosi su «una più selettiva e penetrante limitazione (e conseguente recupero di tassatività) della nozione del contributo concorsualmente rilevante secondo il paradigma dell'art. 110 c.p. (...). Per regalare un po' d'ossigeno al riciclaggio, detto altrimenti (...), occorrerebbe innanzitutto evitare la "sovra-ventilazione" dell'istituto del concorso di persone nel reato». La posizione critica degli Autori è confermata, ma attenuata in *Id.*, *Apocalittici o integrati? Il nuovo reato di autoriciclaggio: ragionevoli sentieri ermeneutici all'ombra del vicino "ingombrante"*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.* (1) 2015, 95 ss.

⁵⁹ In particolare, si fa riferimento all'art. 6 della Convenzione ONU contro il crimine organizzato transnazionale adottata dall'Assemblea Generale in data 15 novembre 2000 (ratificata con l. 16.3.2006 n.146), all'art. 6, par. 2 lett. b della Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, approvata l'8 novembre 1990 (ratificata con l. n. 9.8.1993 n. 328), nonché alla Convenzione di Strasburgo sulla corruzione del 1999 (ratificata con l. 28.6.2012 n. 110), tutte nel senso di punire l'autoriciclaggio, facendo salire però la possibilità per gli Stati aderenti di escludere l'applicabilità del riciclaggio nei confronti dell'autore del delitto-presupposto. La spinta esogena all'incriminazione dell'autoriciclaggio si rinviene anche nelle 'sollecitazioni' da parte dell'OCSE, del Fondo Monetario Internazionale e del Gruppo d'Azione Finanziaria Internazionale (GAFI). Per una disamina delle scelte che sul punto sono state compiute dalle legislazioni europee, si rinvia ad A. APOLLONIO, *Autoriciclaggio e diritto comparato*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.* (4) 2017, 183 ss.; per un esame dei Disegni di legge succedutisi internamente, nonché sulle proposte di incriminazione da parte delle Commissioni Greco, Fiandaca e Garofoli, v. M. PANSARELLA – F. PETRILLO, *L'impatto del nuovo reato di auto riciclaggio sul Modello organizzativo 231*, in *Rivista231* 2015, 24 ss.

⁶⁰ F. MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., 119.

⁶¹ Peralto, tali conclusioni erano già discusse con riferimento al riciclaggio dalla dottrina maggioritaria. In particolare, a seguito delle riforme realizzate dal 1990 in poi, l'ambito applicativo dell'art. 648-bis c.p. era stato ampliato (anche per effetto dell'eliminazione del *numerus clausus* dei reati presupposto) al punto da non risultare più sostenibile il suo inquadramento tra i reati a tutela del patrimonio del singolo; si riteneva, piuttosto, che il riciclaggio presidiasse beni giuridici diversi, per alcuni l'ordine economico (*ex multis* V. MANES, *Il contrasto al riciclaggio, tra repressione e prevenzione: alcuni nodi problematici*, in *CrD* 2008, 261; ancor prima, G.M. FLICK, *La repressione del riciclaggio e il controllo dell'attività finanziaria. Problemi attuali e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1261), per altri l'amministrazione della giustizia (*ex multis*, G. INSOLERA, *Prevenzione e repressione del riciclaggio*, cit., 156; P. PISA, *La riforma dei reati contro l'amministrazione della giustizia tra adeguamenti 'tecnici' e nuove esigenze di tutela*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 824 ss.) e, secondo un ulteriore approccio, entrambi (in qualità di reato a plurioffensività alternativa, v. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Reati contro il patrimonio*, III, Milano, 2003, 501; A. MACCHIA, *Spunti sul delitto di riciclaggio*, in

economici illeciti è questione ben diversa dal *procacciarli e reimpiegarli* (impedendone la tracciabilità), perché in grado di alimentare un circolo di illegalità più intenso del disvalore del crimine da cui quei mezzi originano⁶². Plausibile sembra allora la scelta del legislatore di non elencare i reati-fonte del provento illecito⁶³, destinati nella fisionomia dell'art. 648-ter.1 c.p. ad operare a guisa di mero presupposto del reato⁶⁴. Ciò che conta è che l'agente prima si procuri il provento da delitto non colposo⁶⁵ e poi assegni allo stesso una destinazione precisa – immissione, nelle forme dell'impiego, del trasferimento o della sostituzione «in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative» – con modalità dissimulatorie. Coerente con tale impostazione politico-criminale è d'altronde la regola (contenuta nel co. 4 della disposizione incriminatrice in discorso) in base alla quale non è punibile la mera utilizzazione o il godimento personale del denaro o delle utilità di provenienza illecita, proprio in quanto non risulta integrato il *quid pluris* che racchiude il disvalore del fatto di autoriciclaggio e ne giustifica la rilevanza penale⁶⁶.

CP 2014, 1454 ss.; *contra* S. SEMINARA, *op. cit.*, 241). Al pari, proprio invocando il 'nuovo' bene giuridico presidiato dal riciclaggio, l'orientamento giurisprudenziale che ascriveva alla clausola di sussidiarietà ("fuori dai casi di concorso") il significato di *post facto* non punibile era criticato da copiosa dottrina, la quale non riteneva plausibile sostenerne l'assorbimento nel disvalore espresso dal reato-presupposto. Su questi temi, *ex multis*, G. DONADIO, *op. cit.*, 842; A. DELL'OSSO, *Riciclaggio e concorso nel reato presupposto: difficoltà di inquadramento ed esigenze di intervento legislativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1281; P. MAGRI, *sub art. 648-bis*, in *Codice penale commentato. Parte speciale*⁴, a cura di G. Marinucci, E. Dolcini, II, Milano 2015, 1314 ss. Si sofferma lungamente sull'offensività delle fattispecie riciclatorie, anche ricostruendo le diverse posizioni dottrinali, E. BASILE, *L'autoriciclaggio nel sistema penalistico di contrasto al "money laundering"*, *cit.*, 1282 ss.

⁶² Accogliendo questa impostazione, il *post factum* diventa autonomamente punibile perché presidia interessi diversi da quelli del reato presupposto, così che si scongiura quel rischio di violazione del *ne bis in idem* sostanziale paventato da parte della dottrina, tra cui F. D'ARCAANGELO, *Fondamento e limiti della non punibilità dell'autoriciclaggio*, *cit.*, 304; G. DONADIO, *op. cit.*, 842; A. Dell'OssO, *op. cit.*, 1281.

⁶³ Elencazione che, sebbene astrattamente utile, con tutta probabilità si sarebbe rivelata lacunosa, come evidenziato da F. MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, *cit.*, 114.

⁶⁴ «(...) la condotta tipica ex art. 648-ter.1 c.p. mostra l'autonomia delle due fattispecie (delitto presupposto e autoriciclaggio), precludendo la configurabilità di un rapporto di accessorietà fra i due reati e, ad un tempo, conferma che la clausola di rinvio al "delitto non colposo" non istituisce un rapporto funzionale, rappresentando semplicemente una modalità attraverso la quale il legislatore ha operato un richiamo in forma generale e astratta, inidoneo a determinare fenomeni di assorbimento dell'una fattispecie nell'altra ovvero di progressione criminosa», così F. MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, *cit.*, 118. Sull'evoluzione normativa che ha permesso al reato di riciclaggio di 'staccarsi' dal reato-fonte del provento e dalla sua definizione in termini di 'accessorietà', si rinnova il rinvio al compiuto lavoro di G. Morgante, *Il reato come elemento del reato*, *cit.*, 85 ss.

⁶⁵ È stato osservato che i proventi sono definiti così genericamente da poter ricomprendere nel proprio ambito applicativo ogni utilità che abbia «un valore economicamente apprezzabile», *ivi* compreso, secondo la Corte di cassazione, il risparmio d'imposta conseguito a seguito di una frode fiscale. L'orientamento, si era già formato in relazione al reato di riciclaggio, sebbene fosse stato criticato da parte della dottrina. Sul punto, A. D'AVIRRO – M. GIGLIOLI, *Autoriciclaggio e reati tributari*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 145 ss. Il tema è affrontato da A. GULLO, *Autoriciclaggio e reati tributari*, in *Dir. pen. cont.*, 13.3.2018, ss. V., *infra*, nota 79.

⁶⁶ Sul tema, si veda in proposito Cass. 5.7.2018 n. 30399, in *GI* 2018, 2741 con nota di E. BASILE, *Autoriciclaggio, "mera utilizzazione" e "godimento personale": soluzione di un enigma solo apparente*, in cui si chiarisce che l'esimente del quarto comma serve a ribadire che la "mera utilizzazione" e il "godimento personale" dei proventi illeciti sono privi di idoneità ingannatoria e, dunque, non punibili ex 648-ter.1 co 1 c.p.

La mancata elencazione dei delitti-presupposto del *self-laundering*, tuttavia, potrebbe costituire il “tallone d’Achille” della nuova incriminazione nel momento in cui si volge lo sguardo dalla persona fisica al soggetto collettivo, punibile per autoriciclaggio ai sensi dell’art. 25-*octies* d. lgs. 231/2001. In altri termini, si potrebbe affermare che con la scelta di contemplare l’autoriciclaggio nell’art. 25-*octies* del Decreto si è in sostanza introdotto un nuovo delitto-presupposto che, a propria volta, richiama un *predicate crime* non tassativamente individuato: di nuovo un *micro-sistema* innestato in un *altro* (e peculiare) *micro-sistema*.

Ed ecco riproporsi la (ormai) nota questione già affrontata in relazione all’art. 24-*ter* d. lgs. 231/2001: se per integrare l’autoriciclaggio è necessario che il soggetto attivo commetta un qualsiasi delitto non colposo, non si rischia di configurare l’art. 25-*octies* come “fattispecie aperta” in grado di attrarre nel perimetro della responsabilità *ex* 231 qualsivoglia illecito penale generatore della provvista illecita, quand’anche estraneo al catalogo chiuso del Decreto? In breve: l’art. 25-*octies* scardina il principio di legalità, *sub specie* tassatività?

3.2. ... superamento del *numerus clausus*?

Ancora una volta sembra essere in discussione il principio di tassatività richiamato dall’art. 2 del d. lgs. 231/2001. Con piglio forse polemico verrebbe da chiedersi come mai il grido d’allarme sia stato seriamente sollevato a partire dall’ingresso del *self-laundering* e non all’epoca dell’originaria introduzione dell’art. 25-*octies* del Decreto, posto che anche il *laundering* “in nome altrui” si incardina su un qualsiasi previo delitto non colposo.

Probabilmente – tralasciando la differenza in punto di soggettività attiva della nuova incriminazione⁶⁷ – la risposta va ricercata nella differente opzione politico-criminale connessa alla punibilità dell’autoriciclatore: il riciclaggio “in nome proprio” è infatti astrattamente ipotizzabile in seno ad enti leciti, per i quali la perpetrazione di reati è un evento occasionale generato dalla conduzione di un *business* legale; viceversa, l’immissione di risorse illecite “per conto terzi” nel patrimonio sociale sostanzia un fenomeno, almeno in apparenza, sintomatico di un ente intrinsecamente deviante, contraddistinto da una precisa, ancorché celata, *policy* criminale. Ne segue che il perimetro applicativo dell’autoriciclaggio quale reato-presupposto della responsabilità dell’ente è potenzialmente di maggiore ampiezza rispetto ai delitti di riciclaggio e “reimpiego”. Come già indicato dall’introduzione dell’art. 24-*ter* d. lgs. 231/2001, il *self-laundering* manifesta una volta di più la volontà del legislatore di sanzionare (anche) strutture intrinsecamente lecite, che della perpetrazione di reati non fanno la ragione della loro esistenza ma, piuttosto, l’episodico e ancillare disallineamento dei soggetti

⁶⁷ Come rilevato, la risposta più immediata risiede nel fatto che per gli artt. 648-*bis* e 648-*ter* c.p. il problema della legalità rispetto al reato-fonte veniva ‘aggirato’ sul presupposto che la persona fisica autrice del reato presupposto non colposo doveva essere estranea a qualsiasi rapporto di tipo qualificato con l’ente. Sul punto, v. *supra* n. 3.1.

“apicali” o sottoposti rispetto al *core business* legale.

La dottrina che si è interrogata sul ruolo giocato dal reato-presupposto del *laundering* ai fini della tenuta del principio di tassatività nel sotto-sistema punitivo degli enti è divisa in due correnti di pensiero.

Per un primo approccio il novero dei reati presupposto del delitto di (auto)riciclaggio deve essere considerato in senso stretto, ovvero riferito a quei delitti non colposi che già *ex se* impegnano l’ente ai sensi degli artt. 24 ss. d. lgs. 231/2001⁶⁸. La ragione principale di tale impostazione ermeneutica è ravvisata nell’esigenza di scongiurare quell’effetto moltiplicatore della responsabilità che già aveva destato non poche preoccupazioni in relazione all’art. 24-ter d. lgs. 231/2001⁶⁹. Non a caso i fautori di questa posizione interpretativa rinvencono valido sostegno nelle argomentazioni utilizzate dalla Suprema Corte in tema di associazione per delinquere quale fonte di responsabilità della *personne morale*⁷⁰, laddove si è riconosciuto che la rilevanza di una fattispecie estranea all’elenco chiuso del decreto 231 non può essere indirettamente “recuperata” qualificandola, a mo’ di *escamotage*, come delitto-scopo del sodalizio criminale.

Le fattispecie associative sarebbero dunque assimilabili a quelle ora in esame sul presupposto che in entrambi i casi è ravvisabile una funzione di anticipazione della tutela: al pari delle prime, il *self-laundering* in seno al d. lgs. 231/2001 non avrebbe il mero scopo di evitare l’inquinamento dei flussi economici legali, bensì quello di prevenire la perpetrazione dei reati a ciò prodromici⁷¹. E tale impalcatura in tanto può reggere, in quanto questi ultimi illeciti penali siano anch’essi rimproverabili all’ente, per effetto del pregresso inserimento degli stessi nel catalogo 231 in ossequio al principio di tassatività.

L’orientamento in parola è stato sposato, tra gli altri, da Confindustria⁷². In un

⁶⁸ A. Rossi, *Note in prima lettura*, cit., 124 ss. Cfr. altresì S. CAVALLINI – L. TROYER, *Apocalittici o integrati? Il nuovo reato di autoriciclaggio*, cit., 95 ss.; D. Piva, *Il volto oscuro dell’autoriciclaggio*, cit., 68 ss. che si preoccupa del rischio della “sconfitta dei principi” che la nuova incriminazione può recare con sé; in senso parzialmente conforme, F. SGUBBI, *op. cit.*, evidenzia il rischio di “moltiplicazione reale del delitto” dovuto all’introduzione dell’art. 648-ter.1 c.p. (con le conseguenti ricadute in punto di responsabilità degli enti) qualora a seguito del primo impiego in attività economiche, si generino ulteriori provviste a loro volta reinvestite, così che l’autoriciclaggio fungerebbe esso stesso da reato presupposto dell’autoriciclaggio. *Contra* F. MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., 114,117.

⁶⁹ Di tale effetto moltiplicatore, si preoccupano anche P. SILVESTRI – I. MUSTO, *Profili concorsuali tra reati-presupposto e reati di riciclaggio: nuove prospettive alla luce dell’introduzione del reato di auto riciclaggio (commento a Cass. pen. sez. VI. 7 gennaio 2015, n. 245)*, in *Rivistia231* 2015, 211 ss.

⁷⁰ Il riferimento è a Cass. 20.12.2013 n. 3635, cit.

⁷¹ N. AMORE, *op. cit.*, 16.

⁷² Confindustria ha sollevato perplessità, affermando che «ipotizzare l’insorgere della responsabilità dell’ente per tutti i reati previsti nel nostro ordinamento (...) vorrebbe dire sovraccaricare il sistema di prevenzione attivato dall’impresa, vanificandone l’efficacia», con ciò peraltro violando le «fondamentali garanzie di tutela previste dal Decreto 231 (...). Pertanto alla luce del richiamo a tali garanzie (...) l’autoriciclaggio dovrebbe rilevare ai fini dell’eventuale responsabilità dell’ente soltanto se il reato-base rientra tra quelli presupposto previsti in via tassativa dal Decreto 231» (cfr. Circolare n. 19868, *Il reato di riciclaggio e la responsabilità ex decreto 231/01*, 12 giugno 2015, in www.bd24.ilsole24ore.com). In senso fortemente critico v. C. SANTORIELLO, *La circolare di Confindustria sul nuovo reato di riciclaggio e la responsabilità degli enti collettivi*, cit., 7 ss.

documento di prassi la Confederazione dell'industria nazionale ha invero ritenuto rilevante l'autoriciclaggio ai fini della responsabilità amministrativa *ex crimine* delle persone giuridiche soltanto se il reato da cui origina la provvista delittuosa rientri tra quelli autonomamente inclusi nella parte speciale del Decreto⁷³. La conclusione sarebbe in particolare imposta dalla necessità di non costringere le imprese a predisporre modelli organizzativi "veggenti", in grado di prevenire il verificarsi di innumerevoli reati⁷⁴: posto che *ad impossibilia nemo tenetur*, appare di tutta evidenza come tale onere sarebbe impossibile da soddisfare. Si evidenzia poi il pericolo, in punto di trattamento sanzionatorio, che le misure applicate al soggetto collettivo siano commisurate non alla dimensione patrimoniale della fattispecie presupposto "inglobante", ma su quello del delitto-fonte "inglobato" che, di per sé, non potrebbe dar luogo a rimprovero *ex Decreto* 231⁷⁵.

Un secondo filone interpretativo, cd. minimalista, ritiene al contrario l'ente punibile per autoriciclaggio quale che sia il delitto da cui provengono le risorse illecite impiegate, sostituite o trasferite⁷⁶. È stata al riguardo evidenziata la profonda diversità strutturale nel rapporto tra associazione per delinquere/reati-fine, da un lato, e autoriciclaggio/reati-fonte, dall'altro⁷⁷. Aderendo all'autorevole (ma, come ricordato,

⁷³ In particolare, l'associazione di categoria si concentra sui rapporti tra autoriciclaggio ed illecito tributario muovendo dalla giurisprudenza formatasi in relazione al riciclaggio; la Suprema Corte (Cass. S.U. 30.1.2014 n. 10561, in *Dir. pen. cont.*, 12.3.2014; per un commento, v. R. RUSSO, *Il senso del profitto: la confisca dei beni dell'ente per il reato tributario commesso dal legale rappresentante*, in *AP* 2014, 3) ha riconosciuto che anche il risparmio d'imposta può rientrare nel perimetro dell'attività riciclatoria, che abbraccia tutte quelle utilità derivate dal reato presupposto di valore economicamente apprezzabile, per tale intendendosi non solo gli elementi che incrementano il patrimonio dell'agente, ma anche quelli che ne impediscono il depauperamento. Da ciò discende la preoccupazione espressa nella Circolare: dal momento che il risparmio d'imposta derivante dall'illecito tributario a monte resta confuso nel patrimonio sociale, ogni successiva forma di impiego potrebbe tradursi in automatico nell'autoriciclaggio, con la conseguenza che l'amministratore autore del precedente reato tributario «potrebbe essere chiamato a rispondere anche per l'autoriciclaggio per aver pagato i dipendenti con la provvista illecita» (Circolare n. 19868, cit.).

⁷⁴ Confindustria ha un ruolo di primo piano nella redazione dei modelli organizzativi, occupandosi di dettare Linee guida; sebbene autorevoli, tuttavia, tali atti non sono vincolanti. V. C. SANTORIELLO, *La circolare di Confindustria sul nuovo reato di riciclaggio e la responsabilità degli enti collettivi*, cit., 15 ss.

⁷⁵ A. DE RUBEIS, *Autoriciclaggio e responsabilità degli enti*, in *Ricchezza illecita ed evasione fiscale*, a cura di A. Gullo – F. Mazzacupa (a cura di), Bari 2016, 84-85.

⁷⁶ C. SANTORIELLO, *Alcune precisazioni in tema di autoriciclaggio e responsabilità da reato delle persone giuridiche*, in *Rivista* 231 2016, 149 ss.; L. TROYER, *Autoriciclaggio e responsabilità degli enti tra problemi dogmatici e suggerimenti pratici*, in *Le Soc.* 2016, 626 ss.; F. MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., 122-123. Cfr. A.M. STILE, *Profili problematici della responsabilità dell'ente da riciclaggio*, in *Rivista* 231 2015, 43 ss.; G. GAREGNANI – G. GALLI – L. TROYER, *Brevi note sull'introduzione del nuovo delitto di autoriciclaggio nel novero dei reati presupposto della responsabilità amministrativa da reato di cui al d. lgs. 231/2001*, in *Riv. dott. Comm.*, 2015, 467 ss.; S. CAVALLINI, *(Auto)riciclaggio e responsabilità degli enti: trapianto indolore o crisi di rigetto?*, in *Riv. dott. Comm.*, 2015, 667 ss.

⁷⁷ S. CAVALLINI, *op. cit.*, 675; in senso analogo, A. GULLO, *Autoriciclaggio*, cit., 13, che evidenzia «Nel caso dei reati associativi siamo in presenza di una norma che per definizione si appoggia e trae alimento dai delitti fine: ricorre qui una fattispecie plurisoggettiva che, seppur non eventuale, ha anch'essa come baricentro i delitti scopo. È difficile immaginare in questo caso che l'ente possa progettare meccanismi di prevenzione del fatto associativo in sé; esso sarà chiamato piuttosto a elaborare presidi volti in definitiva a evitare la realizzazione dei delitti oggetto di un possibile programma criminoso "seriale". Diversa appare la

minoritario) indirizzo ermeneutico sull'offensività delle associazioni criminose⁷⁸, soltanto l'*association des malfaiteurs* potrebbe atteggiarsi a incriminazione anticipata dei delitti-scopo, riconoscendo che acquista compiutezza (*rectius* tipicità) tramite la realizzazione del programma criminoso. Considerazione, quest'ultima, che mal si concilia con il *self-laundering*, al contrario dotato di intrinseca determinatezza: l'art. 648-ter.1 c.p. è in effetti portatore di un disvalore autonomo, evidenziato dall'elencazione compiuta delle condotte, dal preciso canale in cui il provento illecito deve essere reinserito nonché, soprattutto, dal requisito modale ("*modalità concretamente idonee ad occultare la provenienza*") che rappresenta l'autentico perno della fattispecie⁷⁹. Il *predicate-crime* è in sostanza un elemento "neutro", poiché esso rappresenta la mera occasione in cui l'autore dello stesso commette un reato diverso e ulteriore, per il quale anche l'ente è rimproverabile.

Se il reato-fonte è indifferente per la punibilità della persona fisica, lo è *a fortiori* per il soggetto collettivo, il cui rimprovero si muove secondo i precisi binari tracciati dal Decreto.

L'art. 25-*octies* punisce – a ben vedere – l'ente che si avvantaggi o nel cui interesse sia compiuta l'attività di *laundering* quando ha reso possibile quest'ultima condotta criminosa, non attuando idonee misure organizzative volte a prevenire l'"inquinamento" del proprio patrimonio con risorse economiche di illecita provenienza⁸⁰: in ciò consiste (e si esaurisce) la colpa dell'ente, che risponde di un illecito *proprio*, sebbene in rapporto di derivazione con il reato realizzato dai soggetti che operano nella struttura⁸¹. E si tratta di cosa diversa dal rimproverare la persona giuridica per il previo delitto non colposo commesso dai soggetti "apicali" o subordinati. I due

situazione dell'autoriciclaggio: l'ente non dovrà qui preoccuparsi dell'area di rischio penale a monte di tale reato, ma piuttosto rafforzare gli strumenti per contrastare il rischio che il soggetto intraneo possa investire in attività economiche, finanziarie etc. dei proventi delittuosi».

⁷⁸ Si rinvia agli Autori citati *supra*, nt. 39.

⁷⁹ Alla capacità selettiva del requisito modale si riferisce C. SANTORIELLO, *La circolare di Confindustria sul nuovo reato di riciclaggio e la responsabilità degli enti collettivi*, cit., 10 ss. per confutare la posizione di Confindustria e la perplessità espressa con riguardo al rapporto tra illeciti tributari e autoriciclaggio: dalla valorizzazione della concreta idoneità ad ostacolare la tracciabilità del denaro illecito, richiesta dall'art. 648-ter.1 c.p., discende piuttosto che «quando il risparmio fiscale, provento del reato presupposto, resta confuso nel patrimonio del contribuente, senza uscirne verso terze destinazioni, ma venendo reimpiegato anche in attività economiche – pertanto non rientranti nella clausola d'esclusione di cui al comma 4 – che costituiscono l'ordinaria attività aziendale, non potrà certo ritenersi che tale condotta sia idonea a ostacolare concretamente l'identificazione delittuosa del bene. Detto altrimenti, la condotta sopra descritta dell'imprenditore che paghi i propri dipendenti anche grazie ai proventi dell'evasione (nel senso che laddove avesse adempiuto all'obbligo tributario non avrebbe potuto effettuare altri pagamenti) non è autoriciclaggio perché non frappona alcun impedimento circa l'individuazione della provenienza delittuosa di tali beni». In senso analogo, F. Mucciarelli, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., 123.

⁸⁰ Così, C. SANTORIELLO, *La circolare di Confindustria sul nuovo reato di riciclaggio e la responsabilità degli enti collettivi*, cit., 15.

⁸¹ «Il rimprovero dell'ente è fondato su un difetto organizzativo in funzione impeditiva di illeciti penali altrui e, dunque, sulle carenze prevenzionistiche nei confronti di comportamenti autoriciclatori dei propri dipendenti, dirigenti o preposti», così M. GALLI, *Dentro il castello dei destini incrociati: la responsabilità dell'ente da autoriciclaggio*, in *RivTrimDPenEc* 2016, 108-109.

piani restano infatti distinti e non sovrapponibili: come il decreto legislativo in parola si disinteressa sia dell'origine del provento, sia del delitto-fonte – senza che ciò comporti una eccessiva e ingiustificata dilatazione delle ipotesi di responsabilità della persona giuridica – del pari la società non è chiamata a prevenire tutti i possibili delitti non colposi produttivi di utilità, ma piuttosto (e soltanto) le condotte tipizzate dall'art. 648-ter.1 c.p.⁸².

Non solo. Preme altresì ribadire che se il provento non è investito dall'agente con modalità *concretamente* idonee a impedirne la tracciabilità, nessuno spazio applicativo può essere riconosciuto all'autoriciclaggio ma, al più, sussistendone le condizioni⁸³, alle contigue ipotesi del riciclaggio o del reimpiego da tempo inserite nel catalogo 231 e, quindi, già oggetto di attenzione da parte dei modelli organizzativi e gestionali⁸⁴. Pure in questo scenario dovrebbero rimanere valide le considerazioni sin qui svolte: gli artt. 648-bis, 648-ter e 648-ter.1. c.p. richiamano tutti un “delitto non colposo” originatore della provvista illecita; il *predicate crime* svolge il ruolo di “antefatto”, irrilevante ai fini del giudizio sulla responsabilità dell'ente che, come si evince dall'art. 5 d. lgs. 231/2001, richiede l'interesse o il vantaggio solo in relazione al reato della cui responsabilità si tratta e non alle sue singole componenti⁸⁵.

Il richiamo all'indirizzo restrittivo accolto con riguardo all'art. 24-ter del Decreto risulta peraltro fuorviante anche in ragione della differenza – percepibile *ictu oculi* – tra il profitto del reato associativo e quello del riciclaggio. I delitti di *laundering* hanno quale fisiologico esito la produzione di un provento; anzi, la finalità di accrescimento della ricchezza è il nodo centrale di ogni condotta di immissione di denaro “sporco” in attività economiche o finanziarie. Non così per le figure associative, ben potendo il *pactum sceleris* perseguire gli scopi criminosi più vari, indirizzati il più delle volte (ma non sempre) al conseguimento di utilità economiche. E tale notazione spiega la condivisibilità dell'orientamento interpretativo in base al quale è consentito sequestrare il provento solo se direttamente derivato, sotto il profilo causale, dal reato associativo *ex se*.

I suesposti rilievi dovrebbero pertanto indurre a “spezzare” il legame tra le fattispecie associative e quelle di *laundering*, sotto il profilo della “fibrillazione” del principio di tassatività nel sistema 231. Se nelle prime, quale che sia la lettura preferibile in punto di bene giuridico, il reato-scopo dà sostanza al fatto di associarsi, attività in sé collocata al confine con una libertà costituzionalmente garantita, nelle seconde il reato-

⁸² Questa impostazione, decisamente opposta rispetto a quella fatta propria da Confindustria, è stata invece dall'Associazione degli Organi di Vigilanza, sia dall'Associazione Bancaria Italiana. Cfr. Asso231, *Autoriciclaggio: i timori di Confindustria e la posizione di Asso231*, in www.asso231.it 29.7.2015, nonché Associazione Bancaria Italiana, Circolare n. 6, *Autoriciclaggio e responsabilità degli enti*, in www.bd24.ilssole24ore.com, 12.2015.

⁸³ *In primis*, sulla base dell'analisi compiuta, l'alterità soggettiva tra colui che ricicla o reimpiega e colui che commette (o concorre a commettere) il reato-presupposto, in forza della clausola di riserva tutt'ora posta in apertura degli artt. 648-bis e 648-ter c.p.

⁸⁴ In questo senso, v. L. TROYER, *op.cit.*, 628; F. MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., 122 ss.

⁸⁵ Sul punto, N. AMORE, *op. cit.*, 18-19.

presupposto rappresenta il mero antefatto di figure dotate di una nitida materialità. Il pericolo di mettere in discussione il principio di tassatività appare dunque prospettabile unicamente in relazione all'art. 24-ter d. lgs. 231/2001, sempre che – si badi – in sede di accertamento il ragionamento probatorio sia impropriamente limitato al delitto-scopo piuttosto che al *quid pluris* di cui si è cercato di dare evidenza nel presente lavoro (*supra* n. 2.2). La potenziale criticità in esame non sembra al contrario congetturabile – neppure in astratto – con riguardo all'art. 25-octies d. lgs. 231/2001, posto che l'ente risponde per le condotte descritte dagli artt. 648-bis, 648-ter e 648-ter.1 c.p., rimanendo sullo sfondo il delitto-fonte del provento illecito e i comportamenti posti in essere per ottenere le risorse economiche oggetto di *laundering*.

4. Le ricadute pratiche sull'adozione dei modelli organizzativi.

La tematica che in questa sede è stata affrontata non ha una dimensione squisitamente teorica, poiché comprendere se le disposizioni incriminatrici di interesse (tutte implicanti il richiamo ad un diverso reato che ne rappresenta lo scopo o il presupposto) siano autentiche fattispecie “aperte” in prospettiva 231, oltre a chiarire la portata effettiva o apparente della torsione del principio di tassatività, assume rilievo pratico ai fini dell'adempimento dell'onere organizzativo imposto dall'art. 6 del D. Lgs. 231/2001 e della conseguente modulazione dei *compliance program* che tale onere devono assolvere. Come è noto l'ente, per andare esente da responsabilità in relazione ai fatti-reato posti in essere da soggetti “apicali”, deve dimostrare di aver adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo del rischio-reato⁸⁶. La cruciale attività di cd. *risk assessment* è evidentemente semplificata nella misura in cui il legislatore indichi gli illeciti da prevenire, il che rappresenta il fondamento del *numerus clausus* nel d. lgs. 231/2001.

In relazione alle fattispecie associative il Supremo Collegio⁸⁷, nell'avallare la lettura restrittiva della responsabilità del soggetto collettivo *ex art. 24-ter*, ha inteso far salvi i “due capisaldi” del sistema 231: da un lato il principio di legalità e, dall'altro, «la funzione di prevenzione generale dei meccanismi di mappatura dei rischi e di approntamento delle necessarie procedure di controllo»⁸⁸. Le conclusioni della Corte sul punto – come già accennato – sono coerenti con l'esigenza di eliminare in radice il

⁸⁶ I cd. *Compliance program* rivestono un'importanza centrale nel sistema 231, perché consentono anche di ridurre la pena pecuniaria (art. 12), di escludere l'applicazione delle sanzioni interdittive (in unione con gli altri elementi indicati dall'art. 17) e di sospendere quelle eventualmente applicate in via cautelare (art. 49). Per ulteriori approfondimenti, v. C. PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, in *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., 153 ss.

⁸⁷ Il riferimento è a Cass. 20.12.2013 n. 3635, cit. che, ripudiava «ingiustificata (la) dilatazione dell'area di potenziale responsabilità dell'ente collettivo», sul presupposto che «(gli) organi direttivi sarebbero in tal modo costretti ad adottare, su basi di assoluta incertezza e nella totale assenza di criteri di riferimento, i modelli di organizzazione previsti dall'art. 6 del d. lgs. cit., scomparendone di fatto ogni efficacia in relazione agli auspicati effetti preventivi».

⁸⁸ V. MAIELLO, *op. cit.*, 970, nonché agli Autori citati *supra*, nt. 28.

pericolo di mappature “veggenti”, corollario più o meno esplicito della lettura “aperta” della norma *de qua*⁸⁹. L’impostazione accolta, piuttosto, conferma indirettamente l’inutilità – o, più probabilmente, l’inopportunità – di estendere la predisposizione degli strumenti di controllo ad aree di rischio afferenti a delitti estranei alla rosa degli illeciti presupposto della responsabilità dell’ente.

Di questa condivisibile conclusione deve nondimeno essere chiarita la premessa. Se, come si è cercato di porre in luce, il richiamo generalizzato al reato-fine in seno alla fattispecie associativa non equivale, per ciò solo, a violazione del canone di tassatività nel *corpus* 231, essendo *altro* il rimprovero dell’ente, lo stesso ragionamento può essere utilmente traslato in sede di predisposizione dei modelli organizzativi. È chiaro che, esattamente come in sede di accertamento processuale si dovrebbe svincolare la prova della *societas* da quella dei delitti scopo, dal punto di vista delle cautele preventive non può certo pretendersi dalla persona giuridica una mappatura a trecentosessanta gradi⁹⁰. E tale conclusione non trova la propria *ratio* nella circostanza di essere l’unica idonea a scongiurare il *deficit* di tassatività rispetto a quanto stabilito dall’art. 2 del Decreto, né dall’adesione alla lettura “restrittiva” del rinvio ai delitti-fine evocati dalle fattispecie associative. Si tratta piuttosto di un precipitato logico, prima che giuridico, dell’idea che l’ente deve prevenire il mero fatto “*di associarsi al fine di commettere delitti*”. Non si chiede, in sostanza, di prevenire il rischio di ogni possibile crimine tentato o realizzato da cellule criminali insediate nella struttura societaria, ma di considerare piuttosto il rischio di associazione per delinquere in sé. È ad esso solo che devono volgere lo sguardo gli organi di controllo e monitoraggio delle attività aziendali. Che l’eventualità di costituire

⁸⁹ L’orientamento dottrinale che non ravvisava ostacoli teorici alla possibilità di estendere, tramite l’art. 24-ter, il perimetro della responsabilità dell’ente ai reati non contemplati dal decreto, finiva per scontrarsi con il problema dell’effettiva costruzione del modello: ammettere che tutti i potenziali reati-scopo di una associazione si trasformano in reati-presupposto di punibilità dell’ente – secondo tali interpreti – significa pretendere dalla compagine societaria legittima onnicomprensiva, nei fatti impossibile da praticare. Non restava, per alcuni dei fautori di tale indirizzo, criticare l’introduzione delle fattispecie associative nel *corpus* 231, riconoscendo nell’art. 24-ter il veicolo per prevedere una forma di responsabilità oggettiva in capo all’ente, idonea a vanificare in radice la forza dell’esimente di cui all’art. 6 del decreto. Sul punto, M. PANSARELLA, *op. cit.*, 216 ss., ad avviso del quale «la conseguenza, quindi, è stata quella di aver introdotto una responsabilità oggettiva implicita in capo all’ente per il fatto che si è previsto un meccanismo punitivo nei suoi confronti senza consentirgli di poter implementare alcun sistema per esimersi da detta responsabilità nel caso in cui si verifichi il reato in questione (...). In altri termini, si è passati dal concetto di *know your client* ad un più esteso obbligo di *know all your partner*, cioè conosci tutti i soggetti con cui entri in rapporti di affari (clienti, fornitori, agenti, procuratori, *partner* commerciali, ecc.)». Cfr. F. D’ARCANGELO, *La responsabilità da reato degli enti per i delitti di criminalità organizzata*, cit., 39. In senso parzialmente conforme, v. R. SABIA, *op. cit.*, 319 che considera l’introduzione dell’art. 24-ter nel *corpus* 231 «uno stress-test che, avuto riguardo alla tenuta della “struttura 231”, non ci pare possa dirsi superato». Ritiene che, in relazione all’art. 24-ter d. lgs. 231/2001, la colpa d’organizzazione si riduca alla mancata predisposizione dei modelli *ex se*, vanificando però la possibilità di un controllo sostanziale delle fonti di rischio in relazione alle indefinite ipotesi di reato aggregabili nella rete di quello associativo, C.E. PALIERO, *Dieci anni di corporate liability nel sistema italiano*, cit., 13.

⁹⁰ Si sottolinea che il problema concernente la mappatura “veggente”, peraltro, deve essere limitato ai reati extra-catalogo, dal momento che quelli inclusi agli artt. 24 ss. d. lgs. 231/2001, quand’anche attratti nella rete del programma criminoso della *societas sceleris* intranea, dovrebbero già essere oggetto di autonomi presidi.

un sodalizio criminoso sia, nei fatti, difficile da intercettare e ostacolare con idonei strumenti preventivi è pacifico⁹¹. Né – per paradosso – il soggetto collettivo potrebbe vietare ai propri esponenti di realizzare attività con più di tre persone coinvolte⁹². Tuttavia, volendo riprendere l'esemplificazione poc' anzi formulata della *societas scleris* (finalizzata al contrabbando cd. aggravato ex art. 295 d.P.R. 43/1979) incardinata in una società di trasporti, potrebbe riconoscersi che la società utilmente previene la fattispecie associativa predisponendo adeguati controlli sui *partner*, sui fornitori e sugli agenti che con la medesima vengano in contatto. I controlli sul personale potrebbero poi effettuarsi mediante colloqui periodici, rotazione di turni o, ancora, sottoponendo operazioni particolarmente delicate a *step* di approvazione o verifica. Rimanendo nell'esempio, nessuna cautela concerne la "finalità di contrabbando".

Quale che sia l'ampiezza degli strumenti di *risk assessment* è il *deficit* di tipicità delle fattispecie associative in sé a rendere difficoltosa – ma, a ben vedere, non impossibile – la predisposizione di adeguati modelli preventivi, difficoltà alla quale rimane purtuttavia estranea la gamma dei reati-fine che la *societas scleris* intranea intende compiere.

Ancor meno consistenti appaiono i nodi problematici che avvolgono le fattispecie elencate all'art. 25-*octies* d. lgs. 231/2001 rispetto alla predisposizione dei modelli organizzativi. I reati di *laundering* sono invero compiutamente tipizzati dalla legge, con il riconoscimento a ciascuno di essi di un preciso margine applicativo. Il riscontrato *deficit* di tipicità delle fattispecie associative, allora, non colpisce quelle "riciclatorie" ed elimina a monte le perplessità sollevate sulla tenuta del sistema 231. Gli artt. 648-*bis*, 648-*ter* e 648-*ter*.1 c.p. – nonché, per loro tramite, l'art. 25-*octies* d. lgs. 231/2001 – sono fattispecie "aperte" soltanto nel senso che rinviano ad altra figura criminosa; tuttavia il reato "inglobato" nel *laundering* funge da mero presupposto, non concorrendo a integrarne il "significato". Per prevenire il rischio-reato il modello di organizzazione e gestione non deve quindi guardare a tutti i delitti non colposi ricollegabili a tali fattispecie, bensì ai "flussi economici e finanziari" che interessano l'ente, sia in entrata che in uscita, garantendone la tracciabilità, cioè la lecita provenienza o destinazione (ciò che è in sé sufficiente a precludere la configurabilità in capo all'ente anche dell'illecito amministrativo da autoriciclaggio)⁹³. Nella prospettiva della responsabilità della

⁹¹ Tuttavia, sul punto, P. ORZALESI – B. CARBONE, *Il principio di tassatività in materia di responsabilità amministrativa degli enti con riferimento ai reati-fine del delitto di associazione per delinquere. Commento ad una recente sentenza della Suprema Corte e ricadute applicative ai fini della costruzione dei modelli organizzativi*, in *Rivista* 231 2014, 158 osservano: «(...) con tutta probabilità, si tratta di attività per le quali l'impresa, dotata di un modello organizzativo, dovrebbe aver già mappato rischi legali di tipo 231 in relazione a differenti categorie di illeciti, quali i reati di corruzione, anche tra i privati, ed i cosiddetti reati transnazionali. Ciò potrà semplificare l'attività di adeguamento dell'impresa consentendole di valorizzare il sistema di controllo interno e gestione dei rischi esistenti, mutuando, in tutto o in parte, i contenuti di quei controlli 231 già definiti per esigenze di compliance rispetto ad altre categorie di reato».

⁹² L'esempio è ripreso da L. TROYER, *op. cit.*, 629.

⁹³ F. MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., 123. In senso analogo, C. SANTORIELLO, *La circolare di Confindustria sul nuovo reato di riciclaggio e la responsabilità degli enti collettivi*, cit., 16; S. CAVALLINI, *op. cit.*, 676.

persona giuridica non muta nulla: vero è che l'autoriciclaggio, superando il limite della clausola di riserva, rende punibile colui che pone in essere il delitto presupposto, ottiene la risorsa illecita e a vario titolo la impiega (nell'ente) per occultarne la tracciabilità, ma si tratta di un meccanismo che si sarebbe potuto generare anche pre-2015 e in relazione al quale l'ente, ora come allora, deve comunque proteggersi per non diventare lo schermo del riciclaggio o del reimpiego di risorse di provenienza criminosa⁹⁴. Vero è che, anteriormente all'introduzione dell'art. 648-ter.1 c.p. con la connessa modifica dell'art. 25 octies d. lgs. 231/2001 – la condotta del c.d. apicale o del subordinato sarebbe stata quella di immettere risorse “per conto altrui”, cioè senza aver partecipato alla realizzazione del *predicate-crime*, ma il risultato ultimo in punto di punibilità dell'ente sarebbe rimasto immutato⁹⁵. Rispetto ai flussi esterni, dunque, i modelli di prevenzione del riciclaggio e del reimpiego – focalizzati su un'attività di monitoraggio che garantisca la lecita provenienza delle risorse economiche movimentate dall'ente – sono efficaci anche per contrastare l'autoriciclaggio⁹⁶.

Quando invece vengano in rilievo risorse illecite già *ab origine* interne all'ente bisogna distinguere i delitti da cui deriva il provento oggetto di *laundering*⁹⁷. Se la somma è il risultato di un *predicate crime* che al tempo stesso è incluso nel catalogo dei reati presupposto della responsabilità dell'ente, probabilmente la migliore strategia per impedire il riciclaggio è prevenire la commissione del reato a monte. Questa ipotesi, tuttavia, non presenta profili di particolare problematicità o, meglio, di innovatività: se il reato-base è incluso nel catalogo 231, appare lapalissiano che il modello da ben prima

⁹⁴ Ritengono che i presidi e le procedure adottate dall'impresa per prevenire i reati di *laundering* di “vecchia generazione” siano ugualmente efficaci per contrastare il rischio del reato di autoriciclaggio, M. L. PICCININI – G. DE FRANCO, *Genesi normativa e peculiarità del money laundering: il delitto di riciclaggio quale reato presupposto per la configurazione dell'art. 25-octies, d. lgs. 231/2001. Da reato dei white-collars, a diffuso illecito di criminalità economica*, in *Rivista* 231 2015, 114 ss. Cfr., *amplius*, M. PANSARELLA – F. PETRILLO, *op. cit.*, 24 ss.

⁹⁵ Secondo un certo indirizzo, laddove la condotta dissimulativa integri i reati previsti agli artt. 648-bis e 648-ter c.p., il perimetro di responsabilità dell'organizzazione complessa è persino più esteso, posto che non rileva il requisito modale richiesto per l'autoriciclaggio, cioè che l'immissione di risorse sia avvenuta con modalità concretamente idonee a occultare l'origine criminosa delle provviste. Un esempio in tale direzione, è riportato da L. TROYER, *op. cit.*, 632.

Occorre segnalare che attenta dottrina (E. BASILE, *L'autoriciclaggio nel sistema penalistico di contrasto al “money laundering”*, cit., 1280 ss.), al contrario, ritiene che l'introduzione del *self-laundering* nel nostro ordinamento sia la dimostrazione definitiva che tutte le fattispecie di riciclaggio sono accumulate dal medesimo disvalore di condotta, *id est* la condotta dissimulativa che, dunque, sarebbe richiesta tanto per il riciclaggio “in nome proprio” che per il riciclaggio e il reimpiego “in nome altrui” (peraltro, si osserva, che se così non fosse, l'equiparazione sanzionatoria tra gli artt. 648-bis e 648-ter c.p. solleverebbe dubbi di incostituzionalità). Ad ogni modo, resta ferma la validità delle suesposte considerazioni per ciò che concerne la punibilità del soggetto collettivo.

⁹⁶ Ipotesi da taluni Autori indicata come cd. autoriciclaggio nell'ente: è il caso in cui il denaro o l'utilità proveniente dal delitto non colposo non siano presenti nel patrimonio dell'ente e si perfezioni l'autoriciclaggio a seguito dell'acquisizione di titolarità da parte del soggetto collettivo dell'oggetto materiale dell'autoriciclaggio. In questo senso, v. L. TROYER, *op. cit.*, 631; G. GAREGNANI – G. GALLI – L. TROYER, *op. cit.*, 475 ss. Si richiamano gli Autori citati *supra*, nt. 52 per il dibattito concernente la necessaria attinenza del reato-fonte all'attività d'impresa.

⁹⁷ Ipotesi indicata come cd. autoriciclaggio dell'ente. Il riferimento è a L. TROYER, *op. cit.*, 631; G. GAREGNANI – G. GALLI – L. TROYER, *op. cit.*, 475 ss.

del 2014 dovesse mapparne il rischio⁹⁸. Il modello, in tale evenienza, guarda al delitto “originatore” della provvista inserito nel catalogo 231 e così i *compliance program*. Che poi tale attività di *risk assesment*, al contempo, neutralizzi il rischio di un reato di “pulitura” a valle, quale che sia la sua fisionomia, non aggiunge nessun onere alla società. Da questo punto di vista, anzi, l’introduzione dell’autoriciclaggio ha un impatto “a costo zero” sul sistema 231.

Diverso il caso in cui il *predicate-crime* sia estraneo alla lista dei reati-presupposto che impegnano l’ente ai sensi degli artt. 24 ss. del Decreto. Si pensi, senza pretese di esaustività, alle ipotesi in cui la provvista illecita derivi da usura, appropriazione indebita o truffe e reati doganali, o ancora dai (tanto dibattuti) illeciti penal-tributari: in simili evenienze dal delitto commesso nell’interesse o a vantaggio dell’ente ad opera del soggetto “intraneo” derivano risorse direttamente nella disponibilità della persona collettiva. È evidentemente l’ipotesi che, prima di quello pratico, pone il problema teorico di comprendere se il reato originatore della provvista illecita impegni indirettamente l’ente *ex d. lgs. 231/2001*. Come si è cercato di mettere in luce nel presente lavoro, tuttavia, la questione in siffatti termini appare mal posta: l’ente non è invero accusato del delitto non colposo a monte, bensì del riciclaggio, dell’impiego e dell’autoriciclaggio che siano stati commessi a valle. Se il primo elemento rappresenta un presupposto su cui si innestano fattispecie dotate di autonoma tipicità, occorre giocoforza ammettere che, sul piano degli oneri cautelari, l’ente non deve occuparsi dell’area di rischio delle fattispecie originatrici della provvista illecita⁹⁹. Il modello “veggente”, in grado di prevenire ogni delitto non colposo, così da contrastare *ab origine* la provenienza illecita della ricchezza, non solo sarebbe impensabile da adottare (e soprattutto da attuare in maniera efficace), ma non è neppure necessario¹⁰⁰. Occorre piuttosto focalizzarsi sul “cuore” delle incriminazioni confluite nell’art. 25-*octies* del Decreto per comprendere che il termine di riferimento dei presidi cautelari sono null’altro che le condotte descritte dagli artt. 648-*bis*, 648-*ter*, 648-*ter.1* c.p. Ancora una volta, i *compliance program* devono guardare ai flussi finanziari che interessano l’ente, in particolare alle modalità di utilizzo del denaro costituente il patrimonio aziendale¹⁰¹. Ciò impone di sottoporre a penetranti controlli tutte le operazioni idonee a rendere più difficoltosa la ricostruzione della contabilità e della movimentazione delle risorse

⁹⁸ C. SANTORIELLO, *La circolare di Confindustria sul nuovo reato di riciclaggio e la responsabilità degli enti collettivi*, cit., 17.

⁹⁹ Perplessità di questo tenore sono espresse da D. PIVA, *Il volto oscuro dell’autoriciclaggio*, cit., 68 ss., che segnala una violazione dei principi fondanti la responsabilità ‘amministrativa’ della *societas* (in specie, la colpa d’organizzazione), essendo il «Modello organizzativo (...) destinato a muoversi su basi di tendenziale incertezza in mancanza di oggettivi criteri di riferimento, quantomeno rispetto ai delitti non colposi produttivi di flussi finanziari non previsti dal d. lgs. 231/2001».

¹⁰⁰ Non così se si aderisse all’interpretazione – diversa da quella che in questa sede si ritiene di accogliere – secondo cui ogni delitto non colposo generatore di provvista illecita anche estraneo al catalogo 231 assume rilevanza per l’ente (in spregio alla tassatività), tenuto a mapparla. Per un esame della cd. “soluzione di maggior cautela”, nonché delle altre soluzioni prospettabili a seconda dell’adesione ad un’interpretazione teorica piuttosto che ad altra, v. G. GAREGNANI – G. GALLI – L. TROYER, *op. cit.*, 475 ss.

¹⁰¹ In senso analogo, A. GULLO, *Autoriciclaggio*, cit., 13.

economiche. Per la parte preponderante, dunque, tornano utili i protocolli già adottati per censire il rischio di riciclaggio e il reimpiego¹⁰². In riferimento, invece, all'autoriciclaggio potrebbe essere al più opportuna l'adozione di un protocollo *ad hoc* che definisca indicatori di rischio o frazioni in plurimi flussi decisionali talune operazioni. Taluni Autori, ad esempio, suggeriscono di considerare "indicatori di rischio" transazioni sospette, quali i pagamenti agli amministratori per emolumenti non deliberati, ovvero per attività di consulenza non compiutamente precisate; o, ancora, operazioni di ammontare sostanzioso effettuate con società aventi un oggetto sociale del tutto estraneo rispetto al *business* dell'impresa¹⁰³. Si potrebbe poi, come suggerito dall'ABI, pensare di introdurre fasi segmentate di approvazione o di verifica per le operazioni particolarmente complesse (ad esempio le operazioni straordinarie)¹⁰⁴.

5. Considerazioni conclusive.

Giunti a questo punto non resta che svolgere alcune considerazioni conclusive.

Si è cercato di dimostrare come il vero e proprio "allarme" nel mondo delle imprese suscitato dagli artt. 24-ter e 25-octies d. lgs. 231/2001 sulla tenuta del principio di tassatività di cui all'art. 2 del Decreto debba essere ridimensionato.

Per ciò che concerne le figure associative, è evidente che l'art. 24-ter del Decreto presenti tutti i connotati per configurarsi – astrattamente – come fattispecie "aperta", in grado di offrire il destro a letture effettivamente distorte del principio di cui si tratta. Bisogna tuttavia prestare attenzione a non confondere due piani: un conto è criticare l'art. 416 c.p. e le altre tipologie di associazioni criminali per il *deficit* di tipicità che le contraddistingue¹⁰⁵; altro è contestare l'inserimento delle fattispecie associative in seno al *corpus* 231, bollando tale "connubio" come minaccia per la tenuta dei principi cardine del diritto punitivo. È piuttosto lo sterile appiattirsi in sede di accertamento giudiziario (e di predisposizione dei modelli) sui reati-fine del sodalizio che, già problematico con riguardo alla persona fisica, ancor più nel contesto della "criminalità d'impresa" risulta

¹⁰² Così G. GAREGNANI – G. GALLI – L. TROYER, *op. cit.*, 477.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ Associazione Bancaria Italiana, Circolare n. 6, *Autoriciclaggio e responsabilità degli enti*, cit.

¹⁰⁵ Non sono mancate in dottrina diverse proposte *de lege ferenda* relative all'art. 416 c.p., accomunate dalla volontà di stimolare l'autore delle leggi a ridefinire il reato associativo, in termini normativi o descrittivi, in guisa da rendere la fattispecie conforme al canone di tassatività-determinatezza e al contempo, scongiurare il rischio di una "tassativizzazione giurisprudenziale" volta a colmarne le lacune. In particolare, si suggerisce di agire sulla collocazione sistematica della figura in esame ovvero di precisarne del suo elemento strutturale. A questo scopo, è stata persino prospettata l'abbandono dell'onnicomprendente art. 416 c.p. e la previsione, in suo luogo, di tante fattispecie a tutela anticipata quanti siano i beni finali da presidiare. Per un'analisi delle diverse proposte, v. A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale*, cit., 338 ss., il quale riporta altresì i diversi progetti di riforma al codice penale che, seppur mai andati in porto, si sono succeduti nel corso degli ultimi anni; nonché, G. DE VERO, *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, cit., 28. Si rinvia, *amplius*, per ciò che concerne l'associazione a delinquere di tipo economico, al compiuto lavoro di A. DI NICOLA, *La criminalità economia organizzata. Le dinamiche dei fenomeni, una nuova categoria concettuale e le sue implicazioni di policy*, Milano 2006, 63 ss.

inidoneo come fondamento della punibilità del soggetto collettivo *ex d. lgs. 231/2001*.

L'ingresso dell'art. 24-ter nel sistema normativo in esame ha plurime ragioni per essere condiviso: la scelta normativa si dimostra coerente rispetto al nuovo volto della criminalità organizzata, sempre più distante dal paradigma dell'*association des malfaiteurs* e strutturata come criminalità economica organizzata. Il criminale in simili contesti non è un cane sciolto, che agisce in solitaria, ma si inserisce in organigrammi complessi, all'interno dei quali copre posizioni di rilievo in un contesto che vive un profondo intreccio tra legalità e illegalità¹⁰⁶. Se, da un lato, tali paradigmi possono operare su sentieri paralleli – nel senso di scorgere, in alternativa a strutture imprenditoriali del tutto lecite, imprese totalmente criminali – dall'altro, sempre più spesso, i due paradigmi si sovrappongono e non sono nettamente distinguibili. L'art. 24-ter riflette una scelta niente affatto azzardata, *rectius* doverosa, come conferma anche l'elaborazione teorico-pratica a livello sovranazionale. Del resto, considerando il progressivo ampliamento della parte speciale del *corpus* 231, è plausibile, semmai, sollevare un interrogativo sulla necessità di mantenere il *numerus clausus* di reati-presupposto della responsabilità dell'ente.

Con riguardo alle incriminazioni di *laundering*, invece, va decisamente negata la qualificazione in termini di fattispecie "aperte": l'attributo è infatti calzante soltanto se inteso a chiarire che le figure di riciclaggio, reimpiego e autoriciclaggio, dotate di una propria dimensione di tipicità, si innestano su precedenti delitti non colposi (ciò che le rende fattispecie "elastiche", più che "aperte"). In particolare, il *self-laundering* potrà ingenerare preoccupazioni circa la tenuta del principio di legalità nel sistema 231 soltanto se nella prassi non sarà valorizzato il filtro modale della concreta idoneità a occultare la provenienza illecita dei proventi. Ma tale problema investe la persona fisica, più che quella giuridica: per il soggetto collettivo, quale che sia la condotta rimproverabile all'intraneo, viene sempre in rilievo l'art. 25-octies che accorpa in un'unica disposizione, anche a fini sanzionatori, tutte le fattispecie di *laundering* disciplinate dal codice penale. Piuttosto, nella prospettiva dell'ente, è dirimente aver tracciato i flussi finanziari in entrata e in uscita che interessano il proprio patrimonio¹⁰⁷.

È nella direzione da ultimo indicata che sembra del resto muoversi anche la

¹⁰⁶ Sulla vasta letteratura in argomento, *ex multis*, G. INSOLERA, *Sulle diverse forme organizzare di criminalità*, in AA.VV., *Beni e tecniche della tutela penale*, Milano 1987, 147 ss.; P. MARTUCCI, *La criminalità economica. Una guida per capire*, Bari-Roma 2006 *passim*; E. VENAFA, *L'impresa del crimine. Il crimine dell'impresa*, Torino 2012, *passim*; A. DI NICOLA, *op. cit.*, 84 ss.; V. RUGGIERO, *I crimini dell'economia. Una lettura criminologica del pensiero economico*, Milano 2013, 127 ss.; A. CENTONZE, *Contiguità mafiose e contiguità criminali*, Milano 2013, 117 ss.; C.E. PALIERO, *Criminalità economica e criminalità organizzata: due paradigmi a confronto*, in *Criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*, a cura di M. Barillaro, Milano 2004, 141 ss.; A. BANA, *La trasformazione della tipologia sanzionatoria nei confronti del crimine del "colletto bianco"*, in *RP* 2004, 589 ss.; A. BECCHI – G. REY, *L'economia criminale*, Roma-Bari 1999, 93 ss.

¹⁰⁷ In senso parzialmente difforme, M. GALLI, *op. cit.*, 100 ss.: l'Autrice, dopo aver concluso per il rispetto formale del principio di legalità, all'esito del suo lavoro riconosce che l'esigenza di evitare un automatismo sanzionatorio, insito nel rimproverare l'ente per il deficit di prevenzione incardinato su un delitto non colposo extra-catalogo, reca con sé la necessità di imporre all'ente l'adozione di modelli organizzativi che si interessino dei reati a monte. Per tal via, l'A. ritiene integrata la violazione sostanziale del principio di doppia legalità.

Suprema Corte: in una recente pronuncia si è affermata la configurabilità dell'autoriciclaggio in capo all'ente, ai sensi dell'art. 25-*octies* d. lgs. 231/2001, sebbene la provvista illecita fosse derivata dal reato di estorsione, estraneo al *corpus* 231¹⁰⁸. I giudici di legittimità hanno in particolare ravvisato nel comportamento di alcuni amministratori (indiziati di aver dapprima estorto il denaro a lavoratori dipendenti e quindi reimpiegato il medesimo nella società per esigenze di liquidità aziendale) la concreta idoneità dissimulatoria della condotta costituente il *quid pluris* che giustifica l'incriminazione di cui all'art. 648-*ter*.1 c.p. Integrata l'estorsione a monte, il rimprovero nei confronti dell'ente si incardina su binari autonomi e si rivela possibile in considerazione della neutralità del delitto-fonte in seno all'art. 25-*octies* d. lgs. 231/2001¹⁰⁹. Nonostante la motivazione sul punto non sia particolarmente approfondita, la sentenza sembra confermare che se l'utilità illecitamente ottenuta viene impiegata a vantaggio o nell'interesse dell'ente, quest'ultimo risponderà del crimine temporalmente collocato nella sola fase della movimentazione della ricchezza illecita nella società: l'estorsione è il presupposto "neutrale" su cui si innesta la condotta tipica – la movimentazione – rimproverata alla *personne morale*.

Il presente lavoro ha volutamente inteso collocare sullo sfondo la tematica dei reati tributari, che pure hanno rappresentato il terreno d'elezione su cui si è giocato lo scontro tra la tassonomia chiusa e le fattispecie in questa sede analizzate¹¹⁰. Tale scelta è connessa in primo luogo al percorso riformatore *in fieri*¹¹¹, il che induce ad attendere un assestamento legislativo prima di indagare il destino dei reati-tributari nella responsabilità *ex crimine* delle persone giuridiche. In aggiunta all'incertezza del quadro normativo, d'altronde, va ricordato che le tematiche qui considerate non hanno portata circoscritta al comparto penal-tributario, ma investono una vasta gamma di illeciti tutt'ora estranei al catalogo dei reati presupposto contemplati dal d. lgs. 231/2001.

Tutte le questioni che toccano fattispecie non comprese nella parte speciale del Decreto 231 possono a ben vedere essere affrontate secondo le coordinate finora tracciate: l'ente è invero un soggetto diverso rispetto alla persona fisica, per il quale il reato "inglobato" dalla fattispecie "aperta" o "elastica" rappresenta un fattore neutrale. Valorizzando i requisiti dell'interesse o del vantaggio, nonché il *deficit* organizzativo, il principio di tassatività – e, più in generale, l'insieme di regole compendiate nel *corpus*

¹⁰⁸ Cass. 4.5.2018 n. 25979, in *www.dpei.it*, con nota di N. CECCHINI.

¹⁰⁹ In via esemplificativa, lo stesso scenario potrebbe aversi a fronte di un delitto di appropriazione indebita aggravata, tipicamente posto in essere per accumulare riserve extrabilancio a vantaggio della società ed estraneo alla platea dei reati-presupposto dell'ente. Anche in questa ipotesi, la riserva potrebbe impegnare il soggetto collettivo, in considerazione della sua movimentazione in seno alla società. L'esempio è di F. D'ARCANDELO, *Gli effetti premiali della voluntary disclosure e la responsabilità da reato degli enti*, in *Rivista* 231, 2015, 19.

¹¹⁰ Frequentemente, invero, la mancata inclusione nel catalogo 231 delle fattispecie penal-tributarie è stata superata trattando tali crimini come delitti-scopo del reato associativo o reati-presupposto delle figure di *laundering*. Sul tema, che ha lungamente occupato gli interpreti, si rinvia a A. GULLO, *Autoriciclaggio e reati tributari*, cit., 1 ss. (anche per i riferimenti *ivi* contenuti), nonché M. GALLI, *op. cit.*, 122 ss. Tra gli altri contributi, si rinvia a quanto riportato *supra*, in nt. 26.

¹¹¹ Si rinvia a *supra*, nt. 11.

231 – non subisce alcuno “strappo interpretativo”.

Non solo. Arrivati a tale approdo finale, è di tutta evidenza che il tema affrontato si intreccia con una questione di rilievo preminente, condensabile nel requisito “*Di cosa risponde l’ente?*”

La fibrillazione del canone di tassatività è, invero, prospettabile unicamente accedendo al modello di responsabilità concorsuale, che vede nell’ente il concorrente (in colpa) nel reato posto in essere dall’intraneo, secondo il paradigma dell’accessorietà di cui all’art. 110 c.p.¹¹². Un concorrente necessario e – si badi – rimproverabile per colpa (d’organizzazione), essendo il discorso sin qui condotto incentrato sull’ente parzialmente deviato al crimine¹¹³. In questo caso non potrebbe ammettersi alcuna divaricazione tra titoli di reato, il che attribuisce senza dubbio spessore alla *vexata quaestio* circa il potenziale allargamento delle maglie del rimprovero alla persona giuridica, in spregio ai dettami compendiativi all’art. 2 del Decreto, per effetto dell’introduzione nel catalogo dei reati presupposto di fattispecie “aperte” o “elastiche”.

Alla ricostruzione teorica in termini di concorso (con elemento soggettivo differenziato) tra persona fisica ed ente può d’altra parte contrapporsi un differente approccio dottrinale. Valorizzando il carattere autonomo della responsabilità del soggetto collettivo, sancita *expressis verbis* dall’art. 8 del Decreto, tale filone interpretativo considera la *personne morale* rimproverabile per un illecito amministrativo *proprio* e distinto dal reato, individuabile nel *deficit* di organizzazione¹¹⁴: vero è che, per innescare l’operatività della disciplina 231, occorre la realizzazione di un reato da parte di un soggetto “apicale” o subordinato, ma tale illecito penale (nel quadro del rimprovero all’ente) costituisce un semplice presupposto, assimilabile a una condizione obiettiva di punibilità¹¹⁵, rimanendo nella sostanza “inglobato” nel rimprovero mosso all’ente senza

¹¹² La ricostruzione è essenzialmente dovuta a C.E. PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell’ordinamento italiano: profili sistematici*, in *Societas puniri potest: la responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di F. Palazzo, Padova 2003, 17; Id. *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1527.

In giurisprudenza, la tesi è stata sposata da Cass. S. U. 27.3.2008 n. 26654, cit.

¹¹³ Ricostruiscono gli argomenti a sostegno della teoria e i precipitati che essa reca con sé, evidenziandone *pro e contro*, v. D. PIVA, *Concorso di persone e responsabilità dell’ente: vuoti normativi, incertezze giurisprudenziali e prospettive di riforma*, in *AP* 2016, 132 ss.; M.A. BARTOLUCCI, *op. cit.*, 8 ss.

¹¹⁴ La tesi che, non confina la colpa d’organizzazione nelle maglie dell’elemento soggettivo ma eleva il *deficit* al fatto autonomamente rimproverabile all’ente (secondo un modello che, in sostanza, unisce tipicità e colpevolezza) è stata formulata da F. MUCCIARELLI, *Il fatto illecito dell’ente e la costituzione di parte civile nel processo ex d. lgs. 231/2001*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 431 ss.

¹¹⁵ La tesi (fa leva su alcuni argomenti: a) il nostro sistema punitivo non ammetterebbe l’agevolazione colposa nell’altrui fatto doloso, al di fuori dei casi in cui è espressamente prevista; b) se l’ente rispondesse a titolo di agevolazione colposa, l’evento alternativo lecito dovrebbe essere in capo all’ente l’impedimento del reato-presupposto secondo lo schema previsto dall’art. 40 cpv c.p. e, tuttavia, non è ravvisabile alcuna posizione di garanzia che può legittimare tale clausola di equivalenza in capo al soggetto collettivo; c) il fatto dell’ente è il proprio *deficit* organizzativo, come dimostrato dalla circostanza per cui, in sé, il *deficit* organizzativo non è soggetto ad alcuna sanzione se non a seguito dell’oggettivo verificarsi del reato-presupposto posto in essere dalla persona fisica. Si sarebbe al cospetto, dunque, di un’omissione propria (colposa) condizionata dall’obiettivo verificarsi del fatto-reato della persona fisica. Questa teoria, peraltro, scongiora il rischio (sotteso alla diversa tesi del concorso nell’unico reato) di rimproverare l’ente per il fatto

coincidere con esso.

L'adesione a quest'ultimo indirizzo interpretativo implica che le fattispecie inserite nella parte speciale del *corpus* 231, quand'anche "aperte", non sono assolutamente in grado di mettere a repentaglio la tenuta dei principi-cardine della responsabilità del soggetto collettivo: se deve ritenersi "neutrale" (o meglio, "inglobato") persino il reato posto in essere dall'intraneo, *a fortiori* l'eventuale *predicate crime* del *laundering* o reato-fine della *societas sceleris* non entrano in collisione con il principio di tassatività *in subiecta materia*.

illecito altrui nell'ipotesi in cui la persona fisica autore del reato non viene identificata o non è punibile. F. Mucciarelli, *Il fatto illecito dell'ente*, 431 ss. Nella stessa direzione, F. GIUNTA, *La punizione degli enti: una novità attesa*, in *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia punitiva*, a cura di G. De Francesco, Torino 2004, 36. Sull'analisi dei *pro* e dei *contro*, v. M.A. BARTOLUCCI, *op. cit.*, 8 ss.

In giurisprudenza, la tesi è stata accolta da Cass. 5.10.2010 n. 2251, in *CEDCass*, m. 248791 (ove si è rilevato che difettando un "reato" in senso tecnico in capo all'ente, non può ammettersi la costituzione di parte civile) e in *Dir. pen. cont.*, 29.1.2011, con nota di L. PISTORELLI; Cass. 7.7.2016 n. 28299, in *Dir. pen. proc.* 2017, 934; da ultimo, Cass 17.7.2018 n. 33044 in *Dejure* (in cui la Corte, partendo dalla premessa che l'ente risponde di un fatto proprio che ha come presupposto il reato compiuto dalla persona fisica ma che è attribuito all'ente secondo criteri propri, ha escluso che la persona fisica possa proporre istanza di riesame contro il provvedimento di sequestro disposto nei confronti della persona giuridica). L'impostazione sembra essere stata recepita anche dalla Consulta: C. Cost. 18.7.2014 n. 218, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 1168: «l'ente e l'autore di questo non possono qualificarsi coimputati, essendo ad essi ascritti due illeciti strutturalmente diversi». Si rinvia anche a D. PIVA, *Concorso di persone e responsabilità dell'ente*, 134-135 per l'indicazione delle disposizioni normative che depongono a favore di tale indirizzo, tra cui la circostanza che nel "*corpus* 231" il collegamento tra responsabilità dell'ente e reato non avvenga mediante l'utilizzo del vocabolo "*per*", ma con la locuzione "in relazione a" (per esempio, in seno agli artt. 2, 4, 6, 8 d. lgs. 231/2001).

Sempre in prospettiva pluralista, è stata formulata anche una terza teoria che si pone in posizione intermedia: l'ente risponde di un illecito distinto rispetto al reato-presupposto commesso dalla persona fisica che, tuttavia, del primo non rappresenta una condizione di punibilità ma piuttosto l'evento. Si delinea, cioè, una responsabilità "paraconcorsuale" in cui l'ente risponde di un illecito omissivo colposo d'evento, assimilabile allo schema dettato all'art. 57 c.p. La teoria è riconducibile a M. PELISSERO, *La responsabilizzazione degli enti alla ricerca di un difficile equilibrio tra modelli "punitivi" e prospettive di efficienza*, in *Legislazione penale*, 2003, 365; A. MELCHIONDA, *Brevi appunti sul fondamento 'dogmatico' della nuova disciplina sulla responsabilità degli enti collettivi*, in *Societas puniri potest*, cit., 229. Sul punto, *amplius*, C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest*, cit., 589 ss. Condivide la tesi anche M.A. BARTOLUCCI, *op. cit.*, 9 ss.

ANNULLAMENTO DEL SEQUESTRO PROBATORIO E AMBITI DI OPERATIVITÀ DEL DIVIETO DI RESTITUZIONE DI BENI

*Nota a [Cass., Sez. un., sent. 30 maggio 2019 \(dep. 4 ottobre 2019\),
n. 40847, Pres. Carcano, est. Andronio](#)*

di Irene Guerini

SOMMARIO: 1. Premessa sui poteri cognitivi e dispositivi del giudice nel procedimento di riesame reale. – 1.1. (segue) premessa maggiore: l'evoluzione del rapporto tra riesame delle misure cautelari personali e dei vincoli reali. – 1.2. (segue) premessa minore: potere di annullamento e potere di 'revoca' nel riesame reale. – 2. Il caso di specie e le questioni oggetto di contrasto interpretativo. – 3. Sulla applicabilità del divieto di restituzione anche ai casi di annullamento di sequestro probatorio. – 4. Sulla applicabilità del divieto di restituzione anche al di fuori dei casi di confisca obbligatoria di cui all'art. 240 comma 2 c.p. – 5. Qualche riflessione a margine.

1. Premessa sui poteri cognitivi e dispositivi del giudice nel procedimento di riesame reale.

L'intervento delle Sezioni Unite in commento lambisce il tema dei poteri dispositivi del Tribunale del riesame in sede di impugnazione di vincoli reali¹ ed attiene, nello specifico, all'annullamento di un provvedimento genetico di sequestro probatorio con restituzione solo parziale dei beni.

Il riferimento normativo è rappresentato dall'art. 324 co. 7 c.p.p., nella parte in cui dispone che «la revoca del decreto di sequestro può essere parziale e non può essere disposta nei casi indicati nell'art. 240 comma 2 del codice penale»: disposizione di cui la sentenza in commento propone una puntuale e completa esegesi.

La piena comprensione del tema impone però una riflessione preliminare, e più ad ampio spettro, in ordine sia al rapporto tra cautele personali e vincoli reali, sia alla cognizione del giudice nel procedimento incidentale: riflessione funzionale anche a reperire gli strumenti per comprendere l'iter argomentativo sviluppato dalle Sezioni Unite nella pronuncia in commento.

¹ L'espressione è volutamente estesa, per ricomprendere tanto i provvedimenti ablatori da ricondurre nella categoria delle misure cautelari reali (tipicamente i sequestri preventivo e conservativo) quanto i vincoli che derivano da mezzi di ricerca della prova (quale il sequestro probatorio); provvedimenti che condividono la medesima disciplina d'impugnazione.

In questa chiave, appare utile ricostruire, sebbene sinteticamente, le tappe più significative del complesso percorso evolutivo che ha progressivamente definito i poteri cognitivi e dispositivi del giudice dell'impugnazione cautelare reale, muovendo lungo due direttrici principali: da un lato, quale premessa maggiore, la trasformazione nel tempo del rapporto tra disciplina del riesame personale e reale; dall'altro, a mo' di premessa minore, la natura dei poteri di annullamento e di revoca.

1.1. (segue) premessa maggiore: l'evoluzione del rapporto tra riesame delle misure cautelari personali e dei vincoli reali.

Nella sua prospettazione iniziale, il codice di rito del 1988 configurava la cognizione del giudice in materia di riesame reale come più limitata rispetto al potere del giudice di (applicazione ed) impugnazione di misure cautelari personali: era, infatti, escluso, in sede di cautele reali, un controllo pregnante sul *fumus commissi delicti*². La disciplina sopravviveva a dubbi di legittimità costituzionale, valorizzando le peculiarità dei diversi valori in gioco (libertà personale, da un lato; libera disponibilità dei beni, dall'altro) che, pertanto, ammettevano soluzioni graduabili con riguardo sia ai presupposti applicativi del vincolo, sia al controllo giurisdizionale e al suo permanere nel tempo³.

Tale impianto originario non subiva, in ordine alle cautele reali, alcuna modifica con il noto intervento legislativo del 1995; infatti, il Titolo II del Libro IV del codice non veniva interessato dalla riforma, la quale ha avuto ad oggetto esclusivamente disposizioni attinenti alle cautele personali⁴. Permaneva, quindi, al tempo, una sensibile

² L'assunto era confermato dalla pressoché unanime interpretazione della giurisprudenza di legittimità. Tra le molte, Cass. Sez. Un. 25.3.1993, Gifuni, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1969, con nota di MENDOZA, *L'incidenza dei vincoli paesistici su opere in corso alla data del 7 settembre 1985 che abbiano alterato lo stato dei luoghi*. La Suprema Corte, in particolare, confermava che le condizioni generali di applicabilità delle misure cautelari personali non erano estensibili alle misure cautelari reali, e che il controllo del giudice del riesame non poteva investire, in relazione alle misure cautelari reali, la concreta fondatezza di un'accusa, dovendo invece limitarsi all'astratta possibilità di sussumere il fatto attribuito ad un soggetto in una determinata ipotesi di reato.

³ Il riferimento è, in particolare, a Corte cost. 17.2.1994, n. 48, in *Giur. cost.*, 1994, p. 271 con nota di PATERNITI, *Esigenze di descrizione del fatto tipico e tecniche normative corrispondenti*. La Corte costituzionale, in particolare, era chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 321 e 324 c.p.p. in relazione agli artt. 24, 42, 97 e 111 Cost., sul presupposto che al tribunale investito del gravame relativo all'applicazione di misure cautelari reali viene preclusa ogni valutazione sulla sussistenza e gravità degli indizi di colpevolezza. La Consulta, sul punto, ha precisato che: la scelta del legislatore di non riprodurre, per le misure cautelari reali, i presupposti sanciti dall'art. 273 c.p.p. per le misure cautelari personali non contrasta con l'art. 24 Cost. essendo graduabili tra loro i valori che l'ordinamento prende in considerazione; non è configurabile alcun contrasto con l'art. 42 Cost. in quanto i limiti di disponibilità dei beni si correlano alla funzione preventiva della cautela; neppure sono violati gli artt. 97 e 111 Cost. dato che il controllo del giudice è tale da soddisfare pienamente il corrispondente obbligo di motivazione.

⁴ Il richiamo riguarda la l. 8 agosto 1995, n. 332, recante *Modifiche al codice di procedura penale in tema di semplificazione dei procedimenti, di misure cautelari e di diritto di difesa*, pubblicata in GU 8 agosto 1995, n. 184. Per una prima analisi in dottrina, tra molti, GREVI, *Più ombre che luci nella l. 8 agosto 1995 n. 332. Misure*

distanza tra giudizio cautelare personale e reale quanto al grado di cognizione ed ai conseguenti poteri dispositivi⁵. Questo, nonostante la tecnica legislativa definisse (allora come oggi) la disciplina delle impugnazioni avverso misure cautelari reali tramite un richiamo, settoriale ma *per relationem*, a quanto previsto *aliunde* in tema di misure cautelari personali⁶. Proprio tale tecnica legislativa imponeva (ed impone), in sede ermeneutica, un passaggio articolato del quale proprio il comma 7 dell'art. 324 c.p.p. costituisce l'esempio più significativo. La giurisprudenza di legittimità, infatti, è stata chiamata a più riprese a precisare la natura del rinvio ivi contenuto, attraverso interventi interpretativi che hanno dovuto "tenere il passo" con le modifiche legislative.

In particolare, nel vigore della disciplina codicistica *ante* 2015, la Suprema Corte riteneva il rinvio contenuto nel comma 7 dell'art. 324 c.p.p. una disposizione a natura statica e recettizia: «...esso, cioè, è fatto alla mera veste letterale dei predetti commi. Il legislatore, in altre parole, invece di riprodurre, nel comma 7 dell'art. 324, le formule verbali dei commi 9 e 10 dell'art. 309 (così come si presentava prima della riforma del 1995), le richiama perché si abbiano per trascritte. Tale modalità di 'incorporazione' *per relationem* comporta, inevitabilmente, la cristallizzazione della disposizione normativa recepita, che dunque, una volta inglobata nella norma che la richiama, ne entra a far parte integrante e non segue le eventuali 'sorti evolutive' della norma richiamata»⁷. In sostanza, secondo la giurisprudenza, l'autonomia e la distanza tra impugnazione cautelare personale e reale era salvaguardata proprio da un'interpretazione "statica" dei rinvii normativi, che consentiva alla disciplina del riesame reale di rimanere immune e indenne dagli interventi legislativi che toccavano le misure cautelari personali, segnando così il permanere di un netto discrimine tra le relative procedure.

Per contro, il più recente intervento legislativo di cui alla l. 47/2015⁸ ha inciso in modo significativo sul Libro IV e, a distanza di vent'anni dal precedente, ha riformato anche le impugnazioni reali e, nello specifico, proprio l'art. 324 c.p.p., precisamente nella parte in cui rinvia all'art. 309 c.p.p. Infatti, a seguito dell'intervento del 2015, sono stati

cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995, n. 332, Milano, Giuffrè, 1996.

⁵ Sul punto, in particolare, la giurisprudenza di legittimità successiva alla modifica legislativa del 1995 precisava che il controllo di legalità cui è chiamato il giudice in sede di impugnazione del provvedimento cautelare reale non può tradursi in anticipata decisione della questione di merito ma deve limitarsi al controllo di compatibilità tra la fattispecie concreta e quella legale, rimanendo preclusa ogni valutazione riguardo alla sussistenza degli indizi di colpevolezza ed alla gravità degli stessi; così, tra le altre, Cass. Sez. Un. 23.2.2000, n. 7, Mariano, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2225. L'interpretazione offerta dalla Suprema Corte sopravviveva al vaglio di costituzionalità; su cui più diffusamente Corte cost. ord. 4.5.2007, n. 153, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3.

⁶ Basti pensare ai molteplici richiami contenuti negli artt. 324 e 325 c.p.p. ai corrispondenti istituti di cui agli artt. 309, 310 e 311 c.p.p.

⁷ Così espressamente Cass. Sez. Un. 28.3.2013, n. 26268, Cavalli, in *Cass. pen.*, 2013, p. 4338, con nota di Gamberini, *Le sezioni unite sulle conseguenze dell'omessa trasmissione al Tribunale del riesame nel termine di cinque giorni degli atti posti a fondamento della misura reale.*

⁸ Più precisamente si tratta della l. 16 aprile 2015, n. 47, pubblicata in G.U. del 23 aprile 2015 n. 94. Tra i primi commenti alla riforma, si segnalano Spangher, [Brevi riflessioni sistematiche sulle misure cautelari dopo la l. n. 47 del 2015](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2015, p. 4 ss.; nonché CERESA-GASTALDO, [Una singolare antifrasi: i 'nuovi' poteri rescindenti del Tribunale della libertà](#), *ivi*, p. 8 ss.

ampliati i richiami alla disciplina del riesame di misure cautelari personali: l'art. 11 comma 6 della l. n. 47/2015 modifica il comma 7 dell'art. 324 c.p.p., estendendo al riesame dei provvedimenti di sequestro l'applicabilità delle «disposizioni dell'art. 309 c.p.p. commi 9, 9-bis e 10». Specularmente, peraltro, il legislatore è intervenuto in via diretta anche sulla disciplina delle impugnazioni delle misure cautelari personali, operando, quindi, una riforma dal carattere sistematico.

L'interpolazione ha imposto un nuovo intervento della giurisprudenza di legittimità⁹, che ha superato i propri precedenti *dicta*, senza porsi, tuttavia, in aperto contrasto con essi. Volendo semplificare, viene individuata una sorta di tripla valenza del rinvio all'art. 309 c.p.p. contenuto nell'art. 324 c.p.p., a seconda della natura dell'intervento di riforma del 2015: rinvio che è quindi da leggersi come sostanziale e pieno per il comma 9 *bis*; da coordinare con un peculiare vaglio di compatibilità per il comma 9; recettizio e statico in riferimento al comma 10¹⁰.

Ai nostri fini, interessa soprattutto il perimetro dei poteri dispositivi del tribunale del riesame, definiti *per relationem* dal richiamo all'art. 309 comma 9 c.p.p.¹¹.

All'esito del percorso evolutivo appena tratteggiato, può formularsi una prima conclusione: nel procedimento di riesame reale il tribunale può annullare, riformare o confermare il provvedimento impugnato, con poteri che vanno però adeguati ai caratteri peculiari della tipologia di sequestro in essere.

1.2. (segue) premessa minore: potere di annullamento e potere di 'revoca' nel riesame reale.

Merita, quindi, una riflessione il contenuto del potere di annullamento demandato al tribunale del riesame reale; potere che è già stato oggetto di dettagliata esegesi da parte delle Sezioni Unite successivamente all'ultima modifica legislativa¹².

⁹ Il richiamo è a Cass., Sez. Un., 31.3.2016, n. 18954, Capasso, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3140 con nota di Varone, *Riesame delle misure cautelari reali e l. n. 47 del 2015: le Sezioni Unite elaborano una soluzione farisaica?*.

¹⁰ Nello specifico, l'art. 309 comma 9 c.p.p. prevede che «il Tribunale può annullare il provvedimento impugnato o riformarlo in senso favorevole all'imputato anche per motivi diversi da quelli enunciati ovvero può confermarlo per ragioni diverse da quelle indicate nella motivazione del provvedimento stesso. Il tribunale annulla il provvedimento impugnato se la motivazione manca o non contiene l'autonoma valutazione [...] delle esigenze cautelari, degli indizi e degli elementi forniti dalla difesa». Cass., Sez. Un. n. 18954/2016, cit., osserva in particolare che «il rinvio dell'art. 324, comma 7, ai commi 9 e 9-bis dell'art. 309 c.p.p. comporta, per un verso, l'applicazione integrale della disposizione di cui al comma 9-bis e, per altro verso, la applicazione della disposizione del comma 9 in quanto compatibile con la struttura e la funzione del provvedimento applicativo della misura cautelare reale e del sequestro probatorio, nel senso che il tribunale del riesame annulla il provvedimento impugnato se la motivazione manca o non contiene la autonoma valutazione degli elementi che ne costituiscono il necessario fondamento, nonché degli elementi forniti dalla difesa; il rinvio dell'art. 324, comma 7, al comma 10 dell'art. 309 c.p.p. deve intendersi invece riferito alla formulazione codicistica originaria di quest'ultima norma».

¹¹ Così espressamente il secondo ed il terzo periodo del comma 9 dell'art. 309 c.p.p., riformato, da ultimo, dalla l. n. 47/2015. Tra le prime pronunce di legittimità successive alla modifica legislativa si segnalano Cass. sez. III, 29.1.2016, n. 15095, in *www.dirittoegiustizia.it*, 13 aprile 2016, con nota di GASPARRE, *Ordinanza del giudice: i gravi indizi di colpevolezza sono oggetto di autonoma valutazione da parte del gip*.

¹² Il richiamo è, ancora una volta, a Cass., Sez. Un., n. 18954/2016 cit., § 6.

Dal vaglio di compatibilità tra riesame personale e reale emerge in particolare che il tribunale ha l'obbligo di annullare il provvedimento di sequestro nel caso in cui sia mancante della motivazione. Militano in tal senso argomenti letterali¹³, sistematici¹⁴ ed ermeneutici¹⁵.

La giurisprudenza ammette, parimenti, l'applicabilità al riesame reale del potere di annullamento per difetto di autonoma valutazione delle esigenze cautelari, degli indizi e degli elementi forniti dalla difesa: in tal senso, infatti, il dovere di valutazione indipendente dei presupposti che fondano la misura cautelare si applica anche alla cautela reale, seppure con gli adattamenti imposti dalla peculiare disciplina in tema di sequestri. Precisano, nello specifico, le Sezioni Unite che «non potrà costituire parametro di riferimento, per la verifica del presupposto dell'annullamento della misura ablativa in ragione dell'omessa valutazione, quanto statuito dall'art. 292 c.p.p., che è norma declinata per le misure cautelari personali, correlata com'è, in modo stretto, al paradigma degli elementi disciplinati dagli artt. 273 e 274 c.p.p. Ma, al contrario, le nozioni di 'indizio', 'esigenze cautelari' (ad eccezione della materia dei sequestri probatori) e di 'elementi forniti dalla difesa', possono entrare a pieno titolo nella esposizione ed autonoma valutazione dei presupposti fondanti il titolo ablativo e quindi nel giudizio di controllo demandato, nella sua duplice modulazione, al tribunale del riesame»¹⁶. La soluzione offerta segna una sensibile convergenza sul contenuto della valutazione del *fumus* tra misure cautelari reali e personali¹⁷, pur conservando inalterate

¹³ In tal senso, in particolare, viene evidenziato il tenore testuale dell'intervento di modifica legislativa del 2015. L'art. 11 comma 6 della l. n. 47/2015, infatti, così recita espressamente: «al comma 7 dell'articolo 324 del codice di procedura penale le parole 'articolo 309 commi 9' sono sostituite dalle seguenti 'articolo 309 commi 9, 9 bis'». A sua volta, l'art. 11 comma 3 della l. n. 47/2015 introduce al comma 9 dell'art. 309 c.p.p. un nuovo periodo che attiene specificamente al potere di annullamento per difetto di motivazione. La scelta del legislatore del 2015 di effettuare un richiamo esteso anche al comma 9 in luogo del limitarsi ad inserire il richiamo al solo comma 9 bis è indicativo della volontà di estendere anche al riesame reale i nuovi poteri di annullamento introdotti per il riesame personale.

¹⁴ Come osservato anche dalla dottrina, la motivazione del provvedimento di sequestro è comunque presidiata dalla sanzione di nullità *ex art.* 125 comma 3 c.p.p.; sul punto VARONE, *Riesame delle misure cautelari reali*, cit. p. 3155 ss.

¹⁵ L'obbligo di annullare il provvedimento di sequestro per difetto di motivazione era, invero, già enunciato dalla giurisprudenza di legittimità prima dell'intervento legislativo del 2015. Nello specifico, la mancanza assoluta di motivazione o la presenza di motivazione meramente apparente rientravano (e rientrano tuttora) nella nozione di «violazione di legge» di cui all'art. 325 comma 1 c.p.p., legittimando la promozione di ricorso per cassazione; tra le molte sul punto Cass. Sez. Un. 29.5.2008, n. 25932, Ivanov, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4533 e, più recentemente, Cass. sez. III, 8.1.2015, Gattuso, n. 18669, in *www.archiviopenale.it*, con nota di AVELLA, *Sequestro preventivo, accertamento del fumus commissi delicti e motivazione apparente*.

¹⁶ Così Cass., Sez. Un., 18954/2016, cit., § 6.3.

¹⁷ Superando in parte l'orientamento giurisprudenziale sommariamente ricostruito sopra (nota n. 4), le Sezioni Unite hanno da ultimo precisato che la motivazione del giudice della cautela, anche in fase applicativa della misura cautelare reale, è «affine [a quello attinente le misure cautelari personali] per quanto concerne il dovere di verifica – non più concepibile in termini solo astratti – della compatibilità e congruità degli elementi addotti dall'accusa (e dalla parte privata ove esistenti) con la fattispecie penale oggetto di contestazione»; così espressamente Cass., Sez. Un., n. 18954/2016 cit., § 6.3. L'indirizzo da ultimo espresso dalla Suprema Corte si pone in linea di continuità con la più recente giurisprudenza costituzionale che, nel dichiarare manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale promossa proprio con

le disparità di disciplina con riguardo alla decadenza della misura per mancato rispetto dei termini (di cui al comma 10 dell'art. 309 c.p.p.).

È chiaro, altresì, che tali considerazioni valgono per le sole misure cautelari reali e che il contenuto del potere di annullamento del tribunale del riesame – quale possibile effetto della sua autonoma valutazione dei presupposti a fondamento della misura – si modula in termini peculiari a seconda della tipologia di provvedimento genetico e dei suoi specifici requisiti applicativi¹⁸. Ne consegue che la valutazione, nei casi di sequestro preventivo, sarà estesa al *fumus commissi delicti* anche sotto il profilo soggettivo, mentre nei casi di sequestro conservativo sarà incentrata sulla pretesa – di stampo civilistico – del *fumus boni iuris*. Peculiare, invece, la valutazione che attiene più specificamente al sequestro probatorio, la quale, anche in ragione della natura di esso quale mezzo di ricerca della prova, sarà limitata alla pertinenzialità e idoneità delle cose sequestrate a soddisfare le esigenze probatorie indicate dal pubblico ministero.

In questo quadro articolato, il potere di 'revoca' anche parziale dei vincoli reali si pone, all'apparenza, 'in concorrenza' con il potere di annullamento e in chiave ampiamente distonica rispetto al corrispondente potere di revoca della misura cautelare personale di cui all'art. 299 c.p.p. A differenza di quest'ultimo, infatti, viene previsto nel procedimento di riesame (*ex art. 324 comma 7 secondo periodo c.p.p.*), e pare configurarsi come un autonomo potere del tribunale in sede di impugnazione reale. Inoltre, la revoca del vincolo reale non ammette alcuna gradazione nell'entità degli effetti (il sequestro c'è o non c'è e non risulta sostituibile con altra misura meno afflittiva), ma consente una modulazione nella scelta dei beni sottoposti a sequestro tramite, appunto, la revoca parziale, che verrebbe, in questa prospettiva, ad essere assimilabile alla «riforma» in senso più favorevole espressamente contenuta nel richiamo all'art. 309 comma 9 c.p.p. Soprattutto, la revoca prospetta un significativo limite "esterno" al suo esercizio, inimmaginabile in materia di misure cautelari personali, rappresentato dal divieto di restituzione di beni suscettibili di confisca obbligatoria.

2. Il caso di specie e le questioni oggetto di contrasto interpretativo.

Il caso di specie trae origine da una ordinanza del Tribunale di Bologna che, in funzione di giudice del riesame, annullava per difetto di motivazione il decreto con il quale il pubblico ministero aveva convalidato il sequestro probatorio effettuato d'urgenza dalla polizia giudiziaria, in relazione ai reati di maltrattamenti e di

riguardo all'art. 324 c.p.p., ha chiarito come il controllo del giudice della cautela reale non debba esaurirsi in un passaggio meramente cartolare e formale, essendo chiamato a verificare -sebbene *ictu oculi*- nel singolo caso concreto il *fumus* del reato ipotizzato dall'accusa, ivi compreso anche l'eventuale difetto di elemento soggettivo; Corte cost. ordinanza 4.5.2007, n. 153, in *Giur. cost.* 2007, pagg. 3 ss.; nonché in *Nuovo dir.* 2008, f. 1-2, pag. 69 con nota di APRILE, *Per la Consulta il tribunale del riesame non è tenuto ad un controllo solo formale dell'ipotesi accusatoria in base alla quale è stato applicato il sequestro preventivo*.

¹⁸ Per un maggiore approfondimento sul punto si vedano SELVAGGI, *Sub art. 324 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di Chiavario, Utet, III ed., p. 377 ss.; nonché GUALTIERI, *sub art. 324 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda-Spangher, Ipsoa, 2017, II, p. 186 ss.

abbandono di animali. Il provvedimento genetico apponeva il vincolo reale su beni di diversa natura: numerosi uccelli, utilizzati (in ipotesi accusatoria) come strumenti venatori di richiamo; nonché le gabbie che li ospitavano ed alcuni bastoni con rivestimento coloso utilizzati per la cattura di uccelli in libertà.

Nello specifico, il tribunale disponeva, ai sensi dell'art. 324 comma 7 c.p.p., la restituzione solo parziale delle gabbie e dei bastoni, mantenendo per contro il vincolo ablatorio sugli uccelli, in quanto suscettibili di confisca obbligatoria *ex art. 544 sexies c.p.*

Avverso l'ordinanza del tribunale, proponeva ricorso per cassazione il difensore della persona sottoposta a indagini, lamentando una duplice violazione di legge, attinente al potere di revoca parziale del sequestro da parte del giudice nel procedimento di riesame. Nello specifico, il difensore lamentava, da un lato, l'inapplicabilità dell'art. 324 comma 7 c.p.p. ai casi di annullamento di un decreto di sequestro probatorio e, dall'altro, l'inoperatività del divieto di restituzione al di fuori dei soli casi di confisca di cui all'art. 240 comma 2 c.p.

Con la pronuncia in commento, le Sezioni Unite intervengono definendo il perimetro dei divieti di restituzione per revoca dei provvedimenti di sequestro, precisando i confini all'interno dei quali opera il divieto di restituzione. In una prospettiva sistematica, la Suprema Corte affronta il tema degli effetti della revoca del provvedimento di sequestro guardando sia indietro, al provvedimento genetico del vincolo reale, sia avanti, alla previsione (prognostica) di possibili provvedimenti di confisca all'esito del procedimento penale.

Due, nello specifico, sono le questioni rimesse alle Sezioni Unite, poiché oggetto di contrasto interpretativo: «se il divieto di restituzione di cui all'art. 324 comma 7 c.p.p. operi oltre che in caso di revoca del sequestro preventivo anche in caso di annullamento del decreto di sequestro probatorio»; nonché «se tale divieto possa riguardare, oltre alle cose soggette a confisca obbligatoria *ex art. 240 comma 2 c.p.* anche le cose soggette a confisca obbligatoria contemplata da previsioni speciali».

Tra le due questioni, peraltro, si registra un rapporto di pregiudizialità logica e, al tempo stesso, di autonomia imperfetta. Da un lato, appare preliminare definire se il potere di revoca parziale sia applicabile, *mutatis mutandis*, anche all'annullamento di sequestro probatorio, al fine di stabilire se, in via consequenziale, possa ritenersi operante anche in tali casi il divieto di restituzione, e se l'esercizio di tale potere possa essere attivato d'ufficio nel procedimento di riesame. Dall'altro, tuttavia, il divieto di restituzione gode di una propria disciplina specifica e risponde a finalità non perfettamente sovrapponibili a quelle concernenti l'apposizione di vincoli reali sul bene, con ciò ritagliandosi un certo grado di autonomia rispetto alle vicende che riguardano il provvedimento di sequestro.

3. Sulla applicabilità del divieto di restituzione anche ai casi di annullamento di sequestro probatorio.

La questione centrale attiene alla possibilità, o no, di applicare il divieto di restituzione – oltre che alle ipotesi di sequestro preventivo – anche ai casi di annullamento del decreto di sequestro probatorio.

Sul tema, si registra un contrasto interpretativo nella giurisprudenza di legittimità. Secondo un orientamento maggioritario¹⁹, la previsione di cui all'art. 324 comma 7 secondo periodo c.p.p. sarebbe applicabile, al di là dei casi di «revoca del decreto di sequestro», anche nelle ipotesi di annullamento di provvedimenti di sequestro probatorio. Le argomentazioni a sostegno di tale prospettazione muovono (verrebbe da dire, ancora una volta) dall'esegesi letterale, estendendo poi la prospettiva a profili di più ampio respiro. Si osserva, in particolare, che l'applicabilità in via integrale del procedimento di riesame anche al sequestro probatorio deriverebbe dall'espresso richiamo all'art. 324 c.p.p. contenuto negli artt. 257 comma 1 e 355 comma 3 c.p.p.²⁰; richiamo che, peraltro, appare dotato di portata generale, non essendo limitato a singoli commi.

Il dato normativo sarebbe indice di una più articolata volontà del legislatore: anche a fronte del venir meno di esigenze istruttorie (le uniche, tipiche, che possono legittimare il sequestro probatorio), permarrebbe un interesse specialpreventivo ad impedire che quei beni di pericolosità presunta *ex lege* (perché suscettibili di confisca obbligatoria all'esito del processo) rientrino nella disponibilità dell'imputato²¹. A conferma della bontà di tale orientamento interpretativo viene evocata, anche in prospettiva storica, l'esistenza di significative analogie tra provvedimenti con finalità probatorie (il sequestro probatorio) e cautele reali con finalità preventive (il sequestro preventivo): con riguardo tanto alla natura del vincolo materiale e giuridico che

¹⁹ All'orientamento maggioritario in favore dell'applicabilità dell'art. 324 comma 7 c.p.p. anche al sequestro probatorio si annoverano, seppure con alcuni distinguo, Cass. Sez. III, 19.7.2017, n. 41558, Flace, ced n. 270890; Cass. Sez. II, 7.3.2017, n. 16523, Lucente, ced n. 269700; Cass. Sez. III, 6.12.2016, n. 17918, Rena, ced n. 269628; Cass. Sez. II, 6.11.2012, n. 3185, Di Guida, ced n. 254508; Cass. Sez. IV, 18.1.2007, n. 6383, Barbareschi, ced n. 236106; Cass. Sez. II, 1.12.2004, n. 494, Schipani, ced n. 230865; Cass. Sez. III, 24.1.2001, n. 8542, Giglioli, ced n. 218331.

²⁰ Più precisamente, l'art. 257 c.p.p. rubricato «Riesame del decreto di sequestro» dispone al comma 1 che «contro il decreto di sequestro l'imputato, la persona alla quale le cose sono state sequestrate e quella che avrebbe diritto alla loro restituzione possono proporre richiesta di riesame, anche nel merito, a norma dell'articolo 324». In termini simili, l'art. 355 c.p.p. stabilisce che avverso il decreto di convalida del sequestro i soggetti legittimati possono proporre «richiesta di riesame, anche nel merito, a norma dell'articolo 324».

²¹ Si evidenzia, in particolare, che la finalità tipica del sequestro probatorio – di conservare immutate le caratteristiche del corpo del reato nel tempo necessario all'accertamento dei fatti – passa in secondo piano, perché sulla stessa prevale, ancorché eccezionalmente, quella sancita dall'art. 324 comma 7 c.p.p. di evitare che la rinnovata disponibilità del bene sia strumento per la protrazione dell'illecito. Ne consegue che a fronte di cose suscettibili di confisca obbligatoria le finalità che hanno determinato l'adozione della misura divengono irrilevanti.

impongono sul bene, quando all'applicabilità, all'esito del processo penale, di provvedimenti di confisca²².

Tale quadro delinea, quindi, l'esistenza di un generale divieto di restituzione delle cose soggette a confisca obbligatoria, ricavabile da una composita serie di disposizioni (tra le quali, oltre all'art. 324 comma 7 c.p.p., gli artt. 262 e 263 c.p.p.), che, quindi, risulta suscettibile di un'applicazione ampia e indipendente dalla natura del vincolo reale genetico.

L'orientamento minoritario²³, per contro, propende per l'inapplicabilità del divieto di restituzione ai casi di annullamento di sequestro probatorio. Militano a sostegno di tale assunto in primo luogo considerazioni attinenti alla natura ed alla finalità tipica del provvedimento di sequestro probatorio: si tratta, infatti, di un mezzo di ricerca della prova disposto con atto del pubblico ministero (o d'iniziativa della p.g. e conseguente convalida) per ragioni istruttorie, e non anche specialpreventive ovvero di garanzia patrimoniale. Questo dato si riflette, peraltro, sulla cognizione del tribunale del riesame che, investito dell'impugnazione avverso il decreto di sequestro probatorio, viene chiamato a valutare esclusivamente profili attinenti alla legittimità e al merito del provvedimento. Esula, invece, dai poteri dispositivi del tribunale l'adozione di ordinanze di revoca, emesse nelle sole ipotesi di insussistenza (anche sopravvenuta) delle condizioni di applicabilità. La conferma, nel merito, troverebbe addentellato normativo proprio negli artt. 262 e 263 c.p.p., che disciplinano, per l'appunto, la procedura di restituzione delle cose sottoposte a sequestro probatorio con modalità ben distinte dal procedimento di riesame. In sostanza, proprio la previsione di una disciplina *ad hoc*, che regola l'estinzione del provvedimento di sequestro, imporrebbe di limitare il controllo in sede di riesame alle sole ipotesi di illegittimità del vincolo, escludendo in ogni caso la revoca quale possibile esito dell'impugnazione cautelare.

Sul punto, le Sezioni Unite in commento si sono allineate alla soluzione abbracciata dall'orientamento maggioritario, giudicandolo dotato di maggiore coerenza con il dettato normativo e mutuandone, in termini pressoché identici, gli argomenti: il rinvio degli artt. 257 e 355 c.p.p. all'art. 324 c.p.p.; la comune matrice tra misura cautelare preventiva e vincolo reale probatorio; l'ultrattività del divieto di restituzione quale principio generale che opera anche al di là (ed al di fuori) del procedimento di riesame.

Dalla lettura della motivazione della sentenza, peraltro, la *pars construens* risulta di interesse marginale rispetto alla *pars destruens*, dedicata a muovere critiche puntuali alla tesi minoritaria ed a porne in discussione le basi. La Suprema Corte, nello specifico, osserva che «la revoca non manifesta, di per sé, un'incompatibilità con il sequestro probatorio: sia perché anche nel procedimento di riesame, non diversamente da quanto

²² Indubbia la possibilità che al sequestro probatorio possa conseguire la confisca; come espressamente riconosciuto dall'art. 262 comma 4 c.p.p., infatti, «dopo la sentenza non più soggetta a impugnazione le cose sequestrate sono restituite a chi ne abbia diritto, salvo che sia disposta la confisca».

²³ All'orientamento minoritario a sostegno dell'inapplicabilità dell'art. 324 comma 7 c.p.p. ai casi di sequestro probatorio si annoverano, in giurisprudenza, Cass. Sez. I, 18.10.2017, n. 58085, Cerquini, ced n. 271614; Cass. Sez. VI, 7.10.2009, n. 41627, Furgiuele, ced n. 245494; Cass. Sez. III, 10.10.2007, n. 40190, Giglia, ced n. 237938; Cass. Sez. III, 18.9.2003, n. 39714, Harti, ced n. 226345; Cass. Sez. VI, 28.11.1990, n. 3395, Borelli, ced n. 186628.

accade con il provvedimento di sequestro preventivo, può estendersi alla valutazione dell'*attuale* conformità del vincolo ai presupposti legittimanti; sia perché la parzialità della revoca, di cui alla prima parte del comma 7 richiamato, può trovare giustificazione proprio nel caso in cui una parte delle cose sequestrate non possa essere restituita, perché soggetta a confisca obbligatoria»²⁴. A tale scopo, le Sezioni Unite valorizzano anche una lettura integrata dell'intero comma 7 dell'art. 324 c.p.p.: il rinvio all'art. 309 comma 9 c.p.p. non comprende – tra i poteri del tribunale del riesame – la revoca, confermando quindi «il carattere atecnico, meramente trattatizio, del riferimento a tale istituto da parte del comma 7 dell'art. 324»²⁵.

Verrebbe, allora, da dire che il potere di revoca, in realtà, si configura come una valutazione limitata all'attuale permanenza dei presupposti che giustificano il vincolo reale, in sostanza assimilabile al potere di restituzione previsto, tipicamente, per le cose sottoposte a sequestro probatorio. Questo consente, tra l'altro, di definire un perimetro 'comune' dei poteri cognitivi del tribunale del riesame, individuando un procedimento applicabile per ogni tipo di sequestro, indipendentemente dal provvedimento genetico oggetto d'impugnazione.

Chiosa la motivazione sul punto, elaborando il seguente principio di diritto: «il divieto di restituzione di cui all'art. 324 comma 7 c.p.p. opera anche in caso di annullamento del decreto di sequestro probatorio»²⁶.

4. Sulla applicabilità del divieto di restituzione anche al di fuori dei casi di confisca obbligatoria di cui all'art. 240 comma 2 c.p.

Stabilita l'applicabilità dell'art. 324 comma 7 c.p.p. anche al caso di specie, le Sezioni Unite sono chiamate a risolvere un secondo contrasto interpretativo – a contenuto più strettamente sostanziale – attinente alle tipologie di confisca capaci di giustificare il divieto di restituzione.

Il tema, invero, presenta una difficoltà preliminare, determinata dal concorso di due elementi di fatto: da un lato, la tecnica legislativa *per relationem*, che vieta la revoca del sequestro «nei casi indicati nell'art. 240 comma 2 del codice penale»²⁷; dall'altro, la progressiva eterogeneità delle misure di sicurezza patrimoniali che, ormai, solo in minima parte risultano disciplinate dall'art. 240 c.p., e che difficilmente possono essere ricondotte ad una *ratio* unitaria²⁸.

²⁴ Così espressamente la sentenza in commento, § 3.4.1.

²⁵ Sempre espressamente in tal senso la sentenza in commento, § 3.4.1.

²⁶ Così espressamente le Sezioni Unite nella sentenza in commento, § 6.

²⁷ Così recita espressamente l'art. 324 comma 7 secondo periodo c.p.p.

²⁸ Un tentativo, in tal senso, è stato compiuto con il d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21, recante *Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale*, in Gazz. Uff., 22 marzo 2018, n. 68. In particolare, l'intervento legislativo del 2018 ha previsto, con l'introduzione dell'art. 240 *bis* c.p., le ipotesi di confisca obbligatoria in casi particolari, recependo l'art. 12 *sexies* del d.lgs. 8 giugno 1992, n. 306, nella prospettiva di un sistematico recupero della 'riserva di codice' e di una disciplina più organica del tema. Per una panoramica dettagliata della confisca si vedano BRANCACCIO, *Sub art. 240 c.p.*, in *Codice Penale*, a cura di

Infatti, il paradigma codicistico originario prevedeva la confisca obbligatoria per le sole cose «che costituiscono il prezzo del reato» (di cui all'art. 240 comma 2 n. 1 c.p.) ovvero quelle «la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione delle quali costituisce reato» (di cui all'art. 240 comma 2 n. 2 c.p.). Il novero dei beni assoggettati a confisca obbligatoria è stato poi esteso grazie a numerosi interventi legislativi: alcuni direttamente incidenti sull'art. 240 c.p.²⁹, altri contenuti in specifiche e distinte disposizioni normative³⁰. Proprio in ragione della copiosa evoluzione normativa, la giurisprudenza di legittimità ha sviluppato contrasti interpretativi in ordine alla portata, estensiva o restrittiva, da riconoscere al divieto di restituzione.

Secondo un orientamento minoritario, il divieto di restituzione deve essere esteso a *tutti* i casi di confisca obbligatoria, ivi comprese le fattispecie di confisca allargata³¹. Tale prospettazione valorizza la tecnica di previsione contenuta nell'art. 324 comma 7 c.p.p. in chiave dinamica: posto, infatti, che la norma processuale è stata adottata successivamente rispetto alla norma sostanziale, il rinvio all'art. 240 c.p. deve essere inteso, al di là del dato letterale, come richiamo «all'impianto concettuale» cui rispondono tutte le ipotesi di confisca obbligatoria previste dal legislatore³².

L'argomento, tuttavia, si presta a critica: proprio l'eterogeneità delle ipotesi di confisca obbligatoria riunisce nominalmente sotto il medesimo istituto anche fattispecie che poco o nulla hanno a che fare con la misura di sicurezza in senso classico, perché sganciate dalla sussistenza di un nesso di pertinenzialità tra la *res* e il reato, rendendo oltremodo difficile individuare un impianto concettuale comune. Per l'effetto, l'operazione ermeneutica si risolverebbe in un'applicazione analogica del combinato disposto della norma processuale e sostanziale, creando evidenti frizioni con i principi generali che regolano l'interpretazione delle leggi penali.

Un secondo orientamento estende il divieto di restituzione alle *sole* ipotesi di confisca a previsione speciale, che siano però astrattamente riconducibili anche ad ipotesi di confisca facoltativa di cui all'art. 240 comma 1 c.p.³³. In sostanza, il percorso

Padovani, VII ed., Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 1545 ss.; nonché per le ipotesi di confisca in casi particolari, MAUGERI, *sub art. 240 bis c.p.*, *ivi*, p. 1611 ss.

²⁹ Il riferimento è, nel dettaglio, alla l. 15 febbraio 2012 n. 12 che ha introdotto il n. *1bis* del comma 2 dell'art. 240 c.p. ed al d.lgs. 29 ottobre 2016, n. 202 che ne ha esteso l'ambito di applicabilità. Per l'effetto, è ora prevista la confisca obbligatoria anche dei beni o degli strumenti informatici o telematici utilizzati per la commissione di alcuni delitti contro l'inviolabilità del domicilio, contro l'inviolabilità dei segreti e contro il patrimonio e dei beni che ne costituiscono il prodotto o il profitto (anche per equivalente).

³⁰ A soli fini esemplificativi, si ricordano, tra le altre, le disposizioni di confisca obbligatoria in tema di armi (art. 6 l. 22 maggio 1975, n. 152); di sostanze stupefacenti (art. 85 d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309); edilizia (art. 44 d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380); nonché, ai nostri fini, in tema di delitti contro il sentimento per gli animali (art. 544 *sexies* c.p.).

³¹ Si annovera a questo orientamento, Cass. Sez. II, 7.3.2017, n. 16523, Lucente, in *Cass. pen.* 2017, 10, 3722, in tema di confisca obbligatoria ex art. 12 *sexies* l.n. 356/1992.

³² L'espressione è ripresa da Cass. Sez. II, n. 16523/2017 cit.

³³ Si annoverano a questo orientamento interpretativo, tra le altre, Cass. Sez. III, 6.12.2016, n. 17918, Rena, ced n. 269628 in tema di confisca obbligatoria ai sensi dell'art. 259 comma 2 d.lgs. 152/2006; Cass. Sez. II, 10.6.2015, n. 35100, Di Domenico, ced n. 264511, in tema di confisca obbligatoria ex art. 648 *quater* c.p.; Cass. Sez. II, 26.5.2010, n. 35029, Capirello, in *Cass. pen.* 2012, 2, 572, in tema di sequestro probatorio del veicolo utilizzato per il trasporto di merce illecita.

argomentativo ruota attorno a due punti: la *ratio* comune a tutte le confische di cui all'art. 240 c.p., siano esse facoltative (comma 1) ovvero obbligatorie (comma 2), risiederebbe nella necessità di sottoporre a vincolo ablatorio tutte le cose che servirono o furono destinate a commettere il reato o che ne costituiscono il prodotto o il profitto; alcune ipotesi di confisca speciali prevedono l'apprensione obbligatoria di beni riconducibili alle categorie generali della confisca facoltativa di cui al comma 1 dell'art. 240 c.p. Pertanto, il divieto di restituzione di cui all'art. 324 c.p.p. andrebbe esteso non a tutte ed indistintamente le fattispecie di confisca obbligatoria, ma soltanto a quelle che attengono a beni strumentali alla commissione del reato (vuoi perché funzionali a commetterlo, vuoi perché ne costituiscono il prodotto o il profitto). Anche questa soluzione interpretativa, però, non convince appieno: nel tentativo di compiere una forzata *reductio ad unum* di confische che mantengono, per contro, tratti peculiari e distinti, si vorrebbe infatti escludere (seppure implicitamente) la natura sanzionatoria della confisca facoltativa di cui al comma 1 dell'art. 240 c.p.

Da ultimo, l'orientamento maggioritario, e più restrittivo, limita il divieto di restituzione alle sole ipotesi di confisca obbligatoria dell'art. 240 comma 2 c.p. o, al più, previste da disposizioni speciali ma riconducibili nella sostanza alla categoria generale³⁴.

Diverse appaiono le argomentazioni a sostegno di questa tesi, che valorizza il tenore letterale del rinvio contenuto nell'art. 324 c.p.p. ed individua una *ratio* comune cui devono rispondere tutti i casi di divieto di restituzione: l'obbligatorietà della confisca è, infatti, direttamente influenzata dalla natura (intrinsecamente pericolosa) delle cose sulle quali insiste il vincolo reale, e la mancata restituzione all'avente diritto risponde ad una logica preventiva, in quanto la detenzione o l'uso della *res* assume, di per sé, carattere criminoso. Per contro, restano escluse dall'ambito di operatività del divieto tutte le altre ipotesi di confisca obbligatoria che rispondono ad una funzione punitivo-repressiva e prescindono in radice dalla pericolosità del bene³⁵. Questa impostazione, invero, si pone in linea di maggiore coerenza proprio con il meccanismo 'anticipatorio' del divieto di restituzione *nonostante* l'annullamento del provvedimento cautelare e, quindi, in una fase del tutto preliminare rispetto all'emissione della sentenza di condanna ed indipendentemente dalla stessa. Con l'effetto ulteriore, però, che vorrebbe ridurre, in tali casi, i poteri cognitivi (e dispositivi) del tribunale del riesame al solo accertamento dell'illiceità intrinseca del bene in sequestro, rendendo irrilevante ogni ulteriore valutazione in ordine alla motivazione del provvedimento.

Le Sezioni Unite, nella pronuncia in commento, condividono l'indirizzo maggioritario, individuando chiaramente la *ratio* del divieto, di cui all'art. 324 comma 7 c.p.p., nella volontà del legislatore di non consentire la restituzione del prezzo del reato (o comunque di cose intrinsecamente pericolose) anche all'esito del giudizio di merito. Ciò vale sicuramente per tutti i beni assoggettabili a confisca, ai sensi della regola

³⁴ Si annoverano a questo orientamento interpretativo, tra le altre, Cass. Sez. VI, 15.11.2011, n. 54792, Rizzo, ced. n. 274637; Cass. Sez. IV, 12.7.2011, n. 34459, Zamora Guevara, ced. n. 251102; Cass. Sez. III, 7.4.2010, n. 18545, De Bosi, ced. n. 247156; Cass. Sez. III, 7.11.2007, n. 44279, Mazzotta, ced. n. 238287.

³⁵ Le Sezioni Unite in commento, § 4.3, forniscono una ampia, seppure solo esemplificativa, elencazione delle confische obbligatorie previste da leggi speciali ed escluse dal divieto di restituzione.

generale di cui al comma 2 dell'art. 240 c.p.³⁶; ma trova applicazione, altresì, in tutte quelle ipotesi speciali di confisca che attengono a cose intrinsecamente pericolose e che, se non soggette alla disciplina di settore, sarebbero comunque riconducibili al disposto generale.

La Suprema Corte conclude affermando che il divieto di restituzione di cui all'art. 324 comma 7 c.p.p. «riguarda le cose soggette a confisca obbligatoria *ex* art. 240, secondo comma, c.p., ma non anche le cose soggette a confisca obbligatoria contemplata da previsioni speciali, con l'eccezione del caso in cui tali previsioni richiamino l'art. 240, secondo comma, c.p. o comunque si riferiscano al prezzo del reato o a cose la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione delle quali costituisce reato»³⁷.

5. Qualche riflessione a margine.

Gli approdi cui giunge la Suprema Corte nella pronuncia in commento non colpiscono per originalità delle soluzioni adottate, aderendo agli orientamenti già espressi dalla giurisprudenza dominante per entrambi i temi sottoposti al vaglio delle Sezioni Unite. Invece, salta all'occhio la trattazione congiunta dei sottostanti profili sostanziali e processuali, tra loro strettamente connessi, e dei precipitati che ne derivano.

Dal punto di vista processuale, risulta certificata l'inesistenza di un vero e proprio potere di revoca del provvedimento di sequestro, che viene ridimensionato a mero retaggio storico del codice del 1930. Il richiamo letterale (meramente *tralatizio*) alla revoca sarebbe da ricondurre, più tecnicamente, ad un potere di caducazione del provvedimento genetico (tanto preventivo quanto probatorio), che gode di autonomia quasi perfetta dal procedimento di riesame (tanto è vero che opera anche a prescindere dal giudizio di impugnazione) e si prospetta quale strumento processuale che vede, nel divieto generale di restituzione, il suo limite esterno. Volendo azzardare, la revoca sarebbe assimilabile al potere di restituzione delle cose sequestrate che trova, con specifico riguardo al sequestro probatorio, un espresso riconoscimento negli artt. 262 e 263 c.p.p.

In questa chiave, significative sono le intersezioni con il potere di annullamento, che trovano qualche risposta nel percorso logico-argomentativo sviluppato dalle Sezioni Unite. Infatti, l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale degli ultimi anni ha portato a qualificare il vaglio del tribunale del riesame (e il conseguente potere di annullamento del sequestro) in termini sempre più simili al controllo esercitato sulle misure cautelari personali, imponendo, a monte, più precisi oneri motivazionali anche in fase di emissione del provvedimento genetico.

In una logica diametralmente opposta, il divieto di restituzione opera svuotando di rilevanza tanto gli oneri motivazionali del provvedimento applicativo quanto il giudizio di controllo demandato al tribunale del riesame: se, infatti, il divieto di

³⁶ Seppure le stesse Sezioni Unite in commento evidenzino un dato distonico nella natura, certamente eterogenea rispetto alle ipotesi classiche, dei beni di cui all'art. 240 comma 2 n. 1 *bis* c.p.

³⁷ Così espressamente le Sezioni Unite nella sentenza in commento, § 6.

restituzione opera anche indipendentemente dall'esistenza di un vincolo reale legittimo, risulterà allo stesso modo irrilevante la verifica di idoneità della motivazione del sequestro e della sua eventuale convalida. Infatti, nella misura in cui divenga essenziale evitare la restituzione di cose la cui detenzione o il cui uso presenti profili di pericolosità, a prescindere dall'accertamento della commissione di un reato, l'unico giudizio rilevante attiene alla natura dei beni sottoposti a sequestro e alla loro riconducibilità ad una delle ipotesi di confisca obbligatoria di cui all'art. 240 comma 2 c.p. (ed affini).

Sotto il profilo sostanziale, si produce un effetto dirompente: ammettere che – per quanto concerne beni sottoposti a sequestro sicuramente suscettibili di confisca obbligatoria – la finalità cautelare o probatoria cede il passo alla finalità specialpreventiva, che può vedere anticipati i propri effetti già dalla fase delle indagini preliminari ed indipendentemente dal fatto che sussistano i presupposti per il mantenimento del vincolo³⁸.

Resta, in questa prospettiva, un passaggio poco chiaro nel complesso percorso argomentativo sviluppato dalle Sezioni Unite. Posto, infatti, che il divieto di restituzione viene configurato come una sorta di autonomo potere dispositivo in capo al tribunale del riesame, non si comprende appieno se il suo esercizio possa del tutto prescindere dall'emissione di un provvedimento di sequestro tipico, che legittimi l'ablazione del bene durante tutto il processo penale e fino alla confisca. La Suprema Corte non chiarisce se, a seguito dell'annullamento del sequestro genetico, il bene possa restare vincolato sulla base del solo divieto di restituzione oppure se sia necessario, in tali casi, un nuovo provvedimento di sequestro (necessariamente di carattere preventivo)³⁹. Quest'ultima soluzione parrebbe preferibile per evitare che si possano prospettare situazioni di apprensione del bene *sine titulo*; ma impone di rintracciare la fonte della legittimazione del tribunale del riesame ad adottare, *ex officio* ed in assenza di una richiesta del pubblico ministero, un nuovo provvedimento di sequestro preventivo. Significativo, sul punto, il parallelo con la disciplina specifica in tema di sequestro probatorio, che individua un potere-dovere del giudice di mantenere il sequestro a fini preventivi, *ex art.* 262 comma 3 c.p.p. In via speculare, la legittimazione del tribunale del riesame a disporre d'ufficio la conversione del sequestro annullato in un nuovo sequestro preventivo sui beni di cui è consentita (dovuta) la confisca potrebbe rinvenire la sua matrice, seppure indiretta, proprio nel divieto di restituzione di cui all'art. 324 comma 7 c.p.p.

³⁸ Il meccanismo di 'ribaltamento' tra fase cautelare reale e sanzione special-preventiva ha già un significativo ambito applicativo nella disciplina della responsabilità delle persone giuridiche e trova una sua espressa tipizzazione nell'art. 45 d.lgs. 231/2001.

³⁹ Infatti, soltanto il sequestro preventivo è ammesso, in via facoltativa ovvero obbligatoria, sui beni di cui è consentita la confisca; il richiamo, normativo, è all'art. 321 commi 2 e 2-bis c.p.p.

L'ABOLIZIONE DELL'UDIENZA PRELIMINARE PER RILANCIARE IL SISTEMA ACCUSATORIO (*)

di Marcello Daniele

L'udienza preliminare non filtra abbastanza: una diagnosi impietosa ma condivisa dai più, che ha stimolato, negli ultimi tempi, l'ennesimo tentativo di riformare la regola di giudizio prevista dall'art. 425 c.p.p. L'idea è di addossare al g.u.p. una prognosi di "accogliibilità della prospettiva accusatoria" in dibattimento, ma solleva non poche perplessità sulla sua reale capacità di diminuire il numero dei rinvii a giudizio. Per farla funzionare, si dovrebbe introdurre l'obbligo di motivare il decreto che dispone il giudizio. Così, però, si trasformerebbe l'udienza preliminare in un primo grado di giudizio basato sugli atti di indagine, con il rischio di favorire la rinascita del sistema misto. Nella consapevolezza che il vaglio preliminare dell'accusa risulta incorreggibile nella sua disfunzionalità, c'è, piuttosto, da interrogarsi seriamente sull'opportunità della sua abolizione. Per quanto possa apparire radicale, è una soluzione che, se non altro, avvicinerebbe maggiormente la celebrazione del dibattimento, con tutte le garanzie che vi sono connesse, al momento della commissione dei fatti: un obiettivo imprescindibile se si vuole porre il modello accusatorio recepito dal nostro codice al riparo dai colpi che, sempre più di frequente, gli vengono inferti dalla prassi applicativa nel nome dell'efficienza.

SOMMARIO: 1. Il filtro che non c'è. – 2. Rivitalizzare l'udienza preliminare? – 2.1. Una modifica inutile: il mutamento della regola di giudizio e la micro-motivazione del non luogo a procedere. – 2.2. Una modifica pericolosa: la motivazione del rinvio a giudizio. – 3. La prospettiva abolizionistica. – 4. L'agnosticismo della Costituzione. – 5. Il lato oscuro dell'udienza preliminare e i vantaggi della sua soppressione. – 6. Il sistema accusatorio, oggi.

*«O l'imputato è inviato dal tribunale d'accus
ai giudici di merito, ed ha perduto il tempo,
e aggravata la sua posizione;
o viene dimesso dalla procedura
e ha perduto la solennità della riparazione»*

(Borsani-Casorati,

Codice di procedura penale italiano commentato,
vol. III, Milano, 1878, p. 11)

(*) Testo rielaborato della relazione svolta al convegno "Per una riforma effettiva del processo penale. Legislazione sistematica e controllo del carico giudiziario" (Roma, 5 luglio 2019), organizzato dall'Associazione tra gli studiosi del processo penale.

1. Il filtro che non c'è.

L'udienza preliminare non filtra abbastanza. Su questa diagnosi impietosa convergono le statistiche più recenti¹, ma non è la prima volta che la si sente. Già ventotto anni fa, nel corso del convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale di Urbino, Oreste Dominioni aveva osservato come l'udienza preliminare fosse «chiamata a svolgere un lavoro enorme con risultati minimi»². Certo, l'allora vigente art. 425 c.p.p. conferiva al g.u.p. un controllo a maglie larghe, postulando la pronuncia della sentenza di non luogo a procedere solo quando l'innocenza dell'imputato risultasse «evidente». Eppure la situazione è rimasta immutata anche dopo che le l. n. 105 del 1993 e n. 479 del 1999 hanno tentato di stringere i cordoni del vaglio.

Attualmente la «regola di giudizio»³ è imperniata sulla «inidoneità» degli elementi raccolti a «sostenere l'accusa in giudizio»⁴. È vero che tale parametro, enunciato dall'art. 125 disp. att. c.p.p. in rapporto all'archiviazione, è ambigualmente coniugato dall'art. 425 comma 3 c.p.p. alla formula dell'«insufficienza» o «contraddittorietà» della prova. Il fatto che sia introdotto dall'avverbio «comunque», però, ci fa capire che si tratta del cuore pulsante della regola, tale da operare per tutte le ipotesi di proscioglimento.

Non è, purtroppo, un criterio univoco. Si può dire che esso richieda di prevedere quale potrebbe essere l'esito finale del giudizio. Di per sé, però, non chiarisce quale sia esattamente l'oggetto di questa prognosi.

Sappiamo che cosa afferma la giurisprudenza al riguardo, sull'onda di una significativa decisione pronunciata dalla Corte costituzionale già nel 1991: è una prognosi che concerne l'«utilità» del dibattimento⁵; si dovrebbe transitare al giudizio quando quest'ultimo, grazie alle superiori risorse cognitive attivabili con all'impiego del contraddittorio nella formazione della prova, apporterebbe elementi rilevanti ai fini

¹ Stando ai risultati dell'indagine svolta dall'Eurispes in collaborazione con l'Unione delle Camere Penali, diffusi nell'ambito del Convegno Straordinario «Imputato per sempre. Il processo senza prescrizione. Le vere cause dell'irragionevole durata dei processi in Italia» (Taormina, 18 ottobre 2019), la percentuale dei rinvii a giudizio si attesterebbe intorno al 78,9%. I tempi medi per il rinvio a giudizio, inoltre, sarebbero di 154 giorni per i procedimenti davanti al Tribunale monocratico, e di 129 giorni per quelli davanti al Tribunale collegiale.

² O. DOMINIONI, *Giudice e parti nell'udienza preliminare*, in AA.VV., *L'udienza preliminare*, Giuffrè, 1992, p. 76.

³ Uso questa espressione per indicare la norma che delimita il *thema probandum* dell'udienza preliminare; vale a dire i fatti che vanno accertati ai fini della pronuncia del non luogo a procedere, integrando il «termine marcato» dell'alternativa decisoria: v. P. FERRUA, voce *Regole di giudizio (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir., annali*, vol. X, Giuffrè, 2017, p. 727 ss.

⁴ «Il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere anche quando gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio» (art. 425 comma 3 c.p.p.).

⁵ Cfr. Corte cost., 28 gennaio 1991, n. 88: il «quadro acquisitivo» va valutato «non nell'ottica del risultato dell'azione, ma in quella della superfluità o no dell'accertamento giudiziale, che è l'autentica prospettiva di un pubblico ministero, il quale, nel sistema, è la parte pubblica incaricata di instaurare il processo».

della decisione di merito⁶.

Mi sembra una soluzione sistematicamente corretta in un sistema basato sulla separazione tra le fasi, laddove il g.u.p., il cui orizzonte conoscitivo è limitato agli atti di indagine, si trova in uno *status* di di congenita inferiorità epistemica rispetto al giudice del dibattimento. È chiaro, però, quale ne sia la conseguenza: la pronuncia del non luogo a procedere viene confinata alle rare situazioni in cui sia consentito prevedere che un'eventuale incertezza rimarrebbe tale anche al termine del dibattimento⁷. *In dubio pro actione*, insomma; un canone che, per l'appunto, sancisce il fallimento dell'udienza preliminare.

2. Rivitalizzare l'udienza preliminare?

Negli ultimi tempi si è riproposta la linea di pensiero che, ottimisticamente, ritiene di poter emendare i difetti dell'udienza preliminare con una modifica legislativa.

Muovendo da questa premessa, diverse sono le soluzioni ipotizzabili per stringere le maglie del vaglio preliminare dell'accusa. Alcune di esse hanno trovato sbocco nella "bozza di delega per la modifica del codice di procedura penale", elaborata dal precedente Governo a seguito di un tavolo di lavoro condiviso con l'Unione delle Camere Penali e l'Associazione Nazionale Magistrati, la quale, stando a certe indiscrezioni che filtrano dai *mass media*, potrebbe essere ripresa anche dall'attuale esecutivo.

Il problema è che nessuna di queste idee, come ora cercherò di argomentare, appare in grado di riuscire nell'intento.

2.1. Una modifica inutile: il mutamento della regola di giudizio e la micro-motivazione del non luogo a procedere.

Non pochi auspicano l'ennesimo intervento sulla regola di giudizio in udienza preliminare, sia pure con una varietà di accenti.

Alcuni vorrebbero addirittura sostituire la prognosi con una diagnosi, richiedendo al g.u.p. di valutare la fondatezza dell'accusa allo stato degli atti: senza, cioè, considerare le possibili evoluzioni dibattimentali del materiale raccolto, e pronunciando il proscioglimento in ogni situazione di incertezza. Sullo sfondo di una modifica così radicale sta un mutamento della stessa concezione dell'udienza preliminare: non una mera delibazione dell'accusa, ma una vera e propria «prova generale del giudizio»,

⁶ V., fra le ultime, Cass., sez. V, 28 gennaio 2019, n. 37322; Id., sez. IV, 29 maggio 2018, n. 24073. In dottrina cfr., fra i molti, N. GALATI, *L'inidoneità a sostenere l'accusa in giudizio: la regola di giudizio dell'udienza preliminare*, in *Arch. pen. web*, 2013, f. 2, p. 9 ss.; F. MORELLI, *Le formule di proscioglimento: radici storiche e funzioni attuali*, Giappichelli, 2014, p. 370 ss.

⁷ Ad esempio, quando gli elementi raccolti in udienza preliminare fossero tutti atti irripetibili o prove precostituite, e non vi fosse nessun dichiarante da esaminare in giudizio.

basata «sulle prove raccolte nell'indagine preliminare»⁸. Un'udienza, in altri termini, in cui dovrebbero operare «strumenti inquisitori» e «canoni di deliberazione rigorosi e realistici sulle prospettive di condanna», mirata ad una «verifica della responsabilità penale ai soli fini della celebrazione del processo, senza formulare prognosi su ipotetiche acquisizioni dibattimentali»⁹.

Altri, per converso, auspicano una rimodulazione dell'oggetto della prognosi. È la soluzione recepita dalla bozza di delega, nella parte in cui prescrive di modificare l'art. 425 comma 3 c.p.p. «al fine di limitare il rinvio a giudizio ai casi in cui gli elementi acquisiti consentano, se confermati in giudizio, l'accoglimento della prospettazione accusatoria» (art. 15 lett. l)¹⁰.

Si richiederebbe, così, una previsione della probabilità della condanna al termine di un eventuale dibattimento che, se effettuata rigorosamente, dovrebbe diminuire in modo significativo il numero dei rinvii a giudizio, poiché renderebbe difficile prosciogliere in caso di prova dubbia o contraddittoria.

È un approccio che una parte degli studiosi aveva già sostenuto *de iure condito*, quando la l. n. 479 del 1999 aveva fornito all'art. 425 c.p.p. il volto che tuttora possiede¹¹. Si mirerebbe, dunque, ad esplicitarlo a chiare lettere nel testo legislativo, in modo da impedire alla giurisprudenza di disporre il rinvio a giudizio qualora dal materiale raccolto emergessero soluzioni aperte.

Parallelamente, si vorrebbe estendere il criterio in questione a tutti i procedimenti di fronte al tribunale in composizione monocratica: l'art. 18 lett. a della bozza di delega punta a sostituire la citazione diretta ex art. 550 c.p.p. con un'udienza «nella quale il giudice, diverso da quello davanti al quale, eventualmente, dovrà celebrarsi il giudizio, sulla base degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, pronuncia sentenza di non luogo a procedere» «se gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non consentono, quand'anche confermati in giudizio, l'accoglimento della prospettazione accusatoria».

Che cosa dire di questi possibili interventi? Una serie di ragioni mi induce a pensare che essi, da soli, risulterebbero vani, poiché nella sostanza non cambierebbero la portata del filtro.

In primo luogo, è lecito ipotizzare che la regola di giudizio, comunque venisse

⁸ Così, già, F.M. IACOVIELLO, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Giuffrè, 2013, p. 716.

⁹ M. PATARNELLO, *Quale processo penale?*, in *questionegiustizia.it*, 11 gennaio 2019. V. anche F. CASSIBBA, *Per un effettivo irrobustimento dell'udienza preliminare*, in *studiosiprocessopenale.it*, p. 2.

¹⁰ L'art. 15 lett. a della bozza vorrebbe adottare lo stesso criterio per la richiesta di archiviazione, «prevedendo che il pubblico ministero non eserciti l'azione penale nei casi in cui gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non consentano, anche se confermati in giudizio, l'accoglimento della prospettazione accusatoria». In senso favorevole, v. A. MARANDOLA, *Il (permanente) dibattito sulla riforma del processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 1332.

¹¹ Cfr. E. AMODIO, *Lineamenti della riforma*, in E. Amodio – N. Galantini (a cura di), *Giudice unico e garanzie difensive. La procedura penale riformata*, Giuffrè, 2000, p. 30 ss. V. anche F. CASSIBBA, *L'udienza preliminare. Struttura e funzioni*, Giuffrè, 2007, p. 95 ss.; C. CONTI – G. QUAGLIANO, *La regola di giudizio nell'udienza preliminare: una decisione bifasica*, p. 346 ss.; P.G. ZAMINGA, *Ancora incertezze sulla natura della sentenza di non luogo a procedere*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, f. 4, p. 618.

declinata dalla legge, nella prassi applicativa manterrebbe la sua componente prognostica, inevitabilmente destinata a riemergere per quanto si possa tentare di reprimerla. Si tratta di un ingrediente ineliminabile in ogni accertamento storico di tipo, per l'appunto, preliminare, come tale mirato ad anticipare una valutazione che potrebbe essere effettuata in modo più completo in una fase processuale successiva.

Per convincersene, è sufficiente ricordare come una prognosi fosse saldamente presente anche nel vaglio preliminare dell'accusa nel contesto del sistema misto delineato dal codice del 1930. Quest'ultimo richiedeva, ai fini del rinvio a giudizio, «sufficienti prove a carico dell'imputato» (art. 374 comma 1)¹². Letteralmente, tale formulazione faceva pensare ad una valutazione da effettuare a prescindere dalla possibile integrazione dibattimentale del materiale raccolto¹³. Tuttavia, in giurisprudenza era costante l'affermazione secondo cui il proscioglimento andasse pronunciato solo quando il dibattimento apparisse del tutto «superfluo per l'esiguità della prova raccolta e per la impossibilità o scarsa possibilità di un suo *sviluppo e completamento alla luce della pubblica discussione*»¹⁴.

Ciò premesso, il mio pessimismo sulla possibilità di riformare in via legislativa la regola di giudizio in udienza preliminare è dovuto ad una ragione che si potrebbe definire «ontologica»: qualsiasi modifica si operasse, perfino se si arrivasse ad inserire nell'art. 425 c.p.p. il canone dell'*in dubio pro reo* previsto dall'art. 530 comma 2, la posizione di inferiorità del giudice chiamato a delibare l'accusa rispetto a quella del giudice del dibattimento non muterebbe. Ciò valeva per la vecchia decisione istruttoria prodromica al dibattimento nel codice del 1930, pur fondata su atti dotati, già di per sé, del valore di prova; e vale, a maggior ragione, nel sistema vigente, laddove la separazione tra le fasi costringe il g.u.p. a decidere sulla base di elementi strutturalmente diversi da quelli a disposizione del giudice del dibattimento¹⁵.

Di qui l'enorme vischiosità del rinvio a giudizio, a cui neppure i precedenti ritocchi dell'art. 425 c.p.p. sono riusciti ad ovviare. Di fronte alla possibilità che un giudice dotato di risorse epistemiche ben più potenti si occupi della questione, perché, nel dubbio, prendersi la responsabilità di prosciogliere, oltretutto con il pericolo che la decisione sia riformata a seguito di un'impugnazione *ex art.* 428 c.p.p.?

Né va dimenticato che l'art. 426 c.p.p., coerentemente con la logica dell'*in dubio pro actione*, nell'intento di non influenzare il giudice del dibattimento addossa al g.u.p. l'obbligo di motivare il solo non luogo a procedere¹⁶. Di qui un'ulteriore spinta verso il

¹² Il proscioglimento istruttorio poteva essere pronunciato quando non fossero risultate «sufficienti prove per rinviare l'imputato a giudizio» (art. 378 comma 2 c.p.p. 1930).

¹³ Ed infatti P. NUVOLONE, *Contributo alla teoria della sentenza istruttoria penale*, Vita e pensiero, 1943, p. 68, era arrivato ad affermare come le sentenze istruttorie presupponessero «la certezza (positiva o negativa) allo stato degli atti sull'oggetto dell'imputazione», formatasi «attraverso l'istruttoria».

¹⁴ Cass., sez. III, 13 novembre 1963, in *Cass. pen.*, 1964, p. 566 ss.; v. anche Id., sez. V, 30 gennaio 1967, *ivi*, 1967, p. 1180; Id., sez. III, 2 ottobre 1964, in *Giust. pen.*, 1965, III, c. 44.

¹⁵ Per le implicazioni dei sistemi processuali sulla conformazione della regola di giudizio in udienza preliminare si rinvia a M. DANIELE, *Profili sistematici della sentenza di non luogo a procedere*, Giappichelli, 2005, p. 8 ss.

¹⁶ Nel decreto che dispone il giudizio è sufficiente un'«indicazione sommaria delle fonti di prova e dei fatti

rinvio a giudizio, suscettibile di rimanere intatta comunque la regola di giudizio venisse riformulata.

La bozza di delega, a dire il vero, ne è consapevole, ed ha pensato ad un rimedio: ridurre la motivazione della sentenza di non luogo a procedere ai minimi termini, richiedendo l'«esposizione sommaria dei soli motivi *imprescindibili* di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata» (art. 15 lett. *m*).

Tale restrizione mirerebbe ad incentivare il g.u.p. ad osservare l'obbligo di prosciogliere in ogni situazione di incertezza. È arduo, tuttavia, comprendere come potrebbe riuscire nel suo intento. Essa non muterebbe la tecnica espositiva, se si considera che l'art. 426 comma 1 lett. *d*, già ora, postula un'indicazione «sommaria» dei motivi: un adempimento che, nella sostanza, non differisce da quello della «concisa esposizione» voluta dall'art. 546 comma 1 lett. *e* c.p.p. in rapporto alle ragioni del proscioglimento dibattimentale, venendo incontro all'elementare esigenza che il giudice si attenga ad un adeguato livello di sinteticità.

L'unica novità starebbe, dunque, nell'obbligo di redigere i soli motivi «imprescindibili», il quale però rischia di aumentare addirittura i problemi. Lo si potrebbe intendere come obbligo di osservare un tasso di concisione ancora più marcato di quello già preteso. Ma così inteso, il pericolo è che sortisca l'effetto opposto a quello sperato: correttamente condotta, una sintesi del genere esigerebbe il massimo impegno, vanificando ogni incentivo a favore della pronuncia del non luogo a procedere.

L'alternativa è identificare l'imprescindibilità con la «decisività»: possiederebbero tale caratteristica unicamente i motivi realmente determinanti ai fini delle determinazioni del g.u.p. In questo modo, però, la legge esprimerebbe un'ovvietà: il dovere di enunciare i motivi decisivi vale per qualsiasi provvedimento, e scomparirebbe ogni differenza con la motivazione attualmente tratteggiata dall'art. 426 c.p.p.

Né va trascurato che la prescrizione di cui si discute potrebbe avere un effetto diseducativo, qualora inducesse i giudici ad indicare solo alcuni dei motivi ritenuti rilevanti, oppure ad assolvere all'obbligo di motivazione in modo più superficiale. Un atteggiamento che, magari, spingerebbe i pubblici ministeri ad impugnare con più frequenza le sentenze di non luogo a procedere, con il rischio che l'effetto deflattivo perseguito dalla riforma ne esca vanificato.

2.2. Una modifica pericolosa: la motivazione del rinvio a giudizio.

Volendo davvero rendere effettiva la prognosi di accoglibilità della prospettazione accusatoria e potenziare l'udienza preliminare, bisognerebbe avere il coraggio di fare un passo in più rispetto a quanto ipotizzato dalla bozza di delega: spingersi fino ad introdurre l'obbligo di motivare il rinvio a giudizio.

È lecito ipotizzare che, così, si riuscirebbe a stringere le maglie del vaglio

a cui esse si riferiscono» (art. 429 comma 1 lett. *d* c.p.p.).

preliminare dell'accusa. Il g.u.p. non potrebbe sottrarsi all'onere motivazionale semplicemente rinviando a giudizio, e quindi gli sarebbe più difficile nascondere le sue eventuali incertezze in merito alla probabilità della colpevolezza.

È appena il caso, però, di prospettare i costi di una soluzione del genere. Si innescerebbe una metamorfosi dell'udienza preliminare, la quale si tramuterebbe in un primo grado di giudizio fondato sugli elementi conoscitivi raccolti unilateralmente dall'accusa nel corso delle indagini. Il dibattimento, dal canto suo, diventerebbe una prima forma di impugnazione¹⁷, a cui seguirebbero le altre già attualmente previste. Ma il sistema, in questo modo, assumerebbe tratti inquisitori: la formazione sincronica della prova nel contraddittorio dibattimentale verrebbe soppiantata dalla dilatazione dell'istruzione in varie fasi e dalla revisione continua delle decisioni da parte di organi superiori¹⁸.

Se è vero, poi, che con ogni probabilità le sentenze di non luogo a procedere aumenterebbero, non sarebbero certo decisioni dotate della stessa forza dei proscioglimenti dibattimentali. Pronunciate allo stato degli atti, verrebbero percepite come provvisorie e incomplete; e non ci sarebbe da stupirsi se, nella prassi, si aprissero per la revoca ai sensi degli artt. 434 ss. c.p.p. spazi maggiori di quelli attuali.

Il guaio peggiore, in ogni caso, sarebbe l'insopprimibile capacità di condizionamento che un rinvio a giudizio motivato eserciterebbe sul giudice del dibattimento. La fase del giudizio, da sede elettiva delle attività istruttorie, assumerebbe il ben più limitato compito di offrire alla difesa la possibilità di confutare il provvisorio accertamento di colpevolezza effettuato in udienza preliminare.

Né va trascurato che si tratterebbe di un pregiudizio capace di operare anche nel procedimento cautelare. In presenza di un rinvio a giudizio tale da certificare la probabilità della condanna con un'apposita motivazione, infatti, non vedo come si potrebbe continuare a riproporre l'interpretazione, opportunamente adottata dalla Sezioni Unite nel 2002¹⁹, secondo la quale il decreto che dispone il giudizio non avrebbe la capacità di assorbire la valutazione della presenza dei gravi indizi di colpevolezza richiesti dall'art. 273 c.p.p.

Per arginare tali pericoli, temo che servirebbe a poco introdurre il divieto di inserire la motivazione del rinvio a giudizio nel fascicolo per il dibattimento, includendovi solo le altre parti del provvedimento²⁰. La consapevolezza della presenza di una prognosi motivata di probabilità della colpevolezza, comunque, eserciterebbe un'influenza. Anzi, c'è da temere che, proprio perché non sarebbe conoscibile e, quindi, vagliabile criticamente, una motivazione occulta rischierebbe di produrre un condizionamento addirittura maggiore.

¹⁷ Cfr. P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, vol. I, *Struttura e procedimento*, II ed., Giappichelli, 2017, p. 119. V. pure F. CARNELUTTI, *La malattia del processo penale italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1962, 5 ss., il quale già rilevava che, assegnando anche al procedimento preliminare il fine di accertare la verità, «il dibattimento si riduce a una specie di controllo del giudizio pronunciato in esito alla fase preliminare».

¹⁸ Su tale peculiarità dei sistemi inquisitori, v. G. ILLUMINATI, *Modello processuale accusatorio e sovraccarico del sistema giudiziario*, in *Rev. bras. de Direito processual penal*, 2018, f. 4, p. 542.

¹⁹ Cfr. Cass., Sez. un., 26 novembre 2002, Vottari, in *Guida dir.*, 2003, f. 5, p. 91.

²⁰ In questo senso v. A. CAMON, *La motivazione del rinvio a giudizio*, in *Foro it.*, 1995, II, c. 180.

3. La prospettiva abolizionistica.

Accettando la premessa per cui l'udienza preliminare è un istituto non solo disfunzionale, ma incorreggibile, diventa inevitabile cominciare a ragionare nell'ottica della sua soppressione.

Sono senz'altro ipotizzabili interventi meno radicali. Ma nessuno di questi sarebbe altrettanto efficace.

i) Qualcuno propone di alleggerire l'udienza preliminare, configurandola come una procedura scritta e non orale: il g.u.p. dovrebbe decidere esclusivamente sulla base degli atti di indagine già compiuti e delle osservazioni fattegli pervenire dalle parti, in modo da assicurare il contraddittorio²¹. Ma è chiaro che, ristretto in questo modo, il vaglio preliminare diventerebbe ancora più inutile.

ii) In alternativa si potrebbe allargare l'area operativa della citazione diretta di fronte al tribunale monocratico, al momento riservata ai procedimenti per i reati puniti con la pena della reclusione non superiore nel massimo a quattro anni e per taluni reati specificamente individuati dalla legge (art. 550 c.p.p.).

Si tratterebbe, però, di un'opzione non esente da un certo margine di arbitrarietà. Già la disciplina attuale è stata criticata per le modalità con cui seleziona le fattispecie in rapporto a cui l'udienza preliminare deve essere preservata²². Rimettendovi mano, si rischierebbe di compiere scelte altrettanto discutibili. Non è detto, inoltre, che si avrebbero dei reali benefici sotto il profilo deflattivo, considerato che il tasso di commissione dei reati perseguibili con la citazione diretta non sarebbe, in ogni caso, preventivabile a priori dalla legge.

iii) Oppure si potrebbe trasformare l'udienza preliminare in una fase da celebrare solo a seguito di un'apposita richiesta dell'imputato, invertendo così l'attuale regola secondo cui essa dovrebbe essere oggetto di una specifica rinuncia (art. 419 comma 5 c.p.p.).

C'è, però, da dubitare dei benefici di una proposta del genere, in passato già avanzata in rapporto al vaglio preliminare dell'accusa svolto dagli organi istruttori nel sistema del codice del 1865²³. Non è difficile prevedere che l'udienza preliminare sarebbe oggetto di richiesta nella stragrande maggioranza dei casi, considerato che essa, perfino nelle situazioni in cui l'imputato non avesse solide prove a discarico da spendere, offrirebbe comunque una *chance* in più²⁴.

²¹ Così R. ORLANDI, *L'insostenibile durata del processo penale e le sorti progressive dei riti speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 26 ss.

²² Si rinvia ai rilievi critici di G. GARUTI, *Il procedimento per citazione diretta a giudizio davanti al tribunale*, Giuffrè, 2003, p. 84 ss., e di S. LONATI, *Il procedimento penale davanti al tribunale in composizione monocratica: aspetti problematici e soluzioni interpretative*, II ed., Giappichelli, 2017, p. 44 ss.

²³ Cfr. G. BORSANI – L. CASORATI, *Codice di procedura penale italiano commentato*, vol. III, Giacomo Pirola, 1878, p. 16 ss.; F. CARRARA, *Invio a giudizio in Austria e in Italia*, in Id., *Opuscoli di diritto criminale*, III ed., vol. VI, Giachetti, 1884, p. 425 ss.

²⁴ Cfr. O. DOMINIONI, *Giudice e parti*, cit., p. 80.

Né servirebbe a molto, come ipotizzato da taluni, statuire che la richiesta in questione dovrebbe essere motivata, in modo da essere preventivamente sottoposta ad un vaglio di ammissibilità da parte del giudice per le indagini preliminari²⁵. Per ovvie ragioni di garanzia, quest'ultimo dovrebbe poter essere impugnato; ma si innescherebbe, così, un meccanismo procedimentale altrettanto inefficiente²⁶.

In sintesi, queste considerazioni mi portano a concludere che il solo intervento davvero efficace sarebbe l'amputazione netta dell'udienza preliminare, prevedendo per tutti i reati la citazione diretta di fronte, a seconda dei casi, alla Corte di assise, al tribunale collegiale o a quello monocratico²⁷.

Naturalmente ciò non con un semplice tratto di penna, ma nel contesto di una riforma organica del sistema, i cui tratti si possono qui solo sommariamente a provare a tracciare. In particolare, si dovrebbe:

- contemplare in ogni caso l'invio dell'avviso di conclusione delle indagini, con la *disclosure* degli atti di investigazione e tutte le altre garanzie previste dall'art. 415 *bis* c.p.p.;

- ripensare i riti speciali, con l'inevitabile soppressione del giudizio immediato (il quale, in assenza dell'udienza preliminare, perderebbe ogni senso);

- introdurre un'udienza di prima comparizione di fronte al giudice del dibattimento, magari sul modello di quella attualmente prevista dall'art. 555 c.p.p. nel procedimento di fronte al tribunale monocratico, dedicata alla verifica della costituzione delle parti, alla soluzione delle questioni preliminari *ex* art. 491 c.p.p. e all'eventuale richiesta di riti alternativi;

- lasciare al solo giudice del dibattimento il compito di controllare la chiarezza, la precisione e la correttezza contenutistica dell'imputazione, in base alle indicazioni rinvenibili nel decreto di citazione diretta e agli atti già contenuti nel fascicolo per il dibattimento, nonché ai risultati dell'istruzione dibattimentale.

Certo, non si può negare che la prospettiva abolizionistica si presti a diverse obiezioni. È doveroso provare a rispondervi, anche mettendo in luce i vantaggi che si ricaverebbero dalla soppressione dell'udienza preliminare.

4. L'agnosticismo della Costituzione.

Non si può dire che l'udienza preliminare sia imposta dalla nostra Costituzione: quest'ultima non prevede nessun valore di cui essa rappresenti un'implicazione necessaria²⁸. Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, in più di un'occasione, l'ha ritenuta esente dalle garanzie dell'equo processo previste dall'art. 6 CEDU²⁹.

²⁵ V. O. DOMINIONI, *Giudice e parti*, cit., p. 83 ss.

²⁶ Cfr. E. LUPO, *Interventi e comunicazioni*, in Aa.Vv., *L'udienza preliminare*, cit., p. 135.

²⁷ In questo senso, ma in subordine alla previsione di un criterio unicamente diagnostico nel corpo dell'art. 425 c.p.p. (v. *supra*, nota 9), F. CASSIBBA, *Per un effettivo irrobustimento*, cit., p. 3.

²⁸ Cfr. F. CASSIBBA, *L'udienza preliminare*, cit., p. 52 ss.

²⁹ V., ad esempio, Corte eur. dir. uomo, 8 dicembre 2009, *Previti c. Italia*, § 194 ss.; Id., 6 novembre 2007,

La sua eliminazione non violerebbe l'art. 112 Cost. Con la citazione diretta l'azione penale verrebbe, comunque, esercitata e sottoposta al vaglio del giudice del dibattimento. Neppure ne deriverebbe una lesione della presunzione di non colpevolezza, se si considera che il controllo del g.u.p. non è certo finalizzato a stabilire se una persona debba essere sottoposta ad una pena. Sarebbe, piuttosto, proprio l'introduzione della prognosi di accoglibilità della prospettazione accusatoria a rischiare di entrare in tensione con l'art. 27 comma 2 Cost. nelle situazioni in cui l'imputato fosse rinviato a giudizio, discendendone, come si è detto, uno stigma di colpevolezza suscettibile di condizionare il giudice del dibattimento.

Senz'altro, poi, l'udienza preliminare è un luogo processuale in cui si esplica il diritto di difesa³⁰. Ma ciò non toglie che quest'ultimo sia attuabile anche in sua assenza, considerati i benefici che ne discenderebbero per l'efficienza processuale e la ragionevole durata (art. 111 comma 2 Cost.)³¹. L'essenziale è che ciò non avvenga al costo di un eccessivo sacrificio del bene protetto dall'art. 24 comma 2 Cost.; e vi è più di una ragione, come ora vedremo, per escludere questo pericolo.

5. Il lato oscuro dell'udienza preliminare e i vantaggi della sua soppressione.

L'udienza preliminare e, più in generale, la delibazione dell'accusa ad opera di un apposito organo giurisdizionale è frutto di un vizio di origine: un atteggiamento di sfiducia nei confronti del pubblico ministero che, oggi, non possiede più nessuna giustificazione razionale.

Lo dimostra la stessa genesi della garanzia, nata in Inghilterra in un momento storico in cui funzione di accusa era affidata ai privati. In un contesto del genere, la comprensibile esigenza di evitare che l'azione penale venisse condizionata dalle aspettative di rivalsa della vittima aveva portato alla creazione della *grand jury*, a cui era stato conferito il compito di accertare la presenza di sufficienti elementi a carico da giustificare lo svolgimento di un processo. Ma tale forma di controllo ha perso ogni ragione d'essere nel momento in cui l'accusa è stata attribuita ad un organo pubblico³². Ed infatti l'ordinamento inglese vi ha, alla fine, rinunciato³³, nonostante che esso figuri

Hany c. Italia.

³⁰ Cfr. E. AMODIO – N. GALANTINI, [Sulla incostituzionalità del giudizio immediato custodiale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2013, f. 3, p. 44 ss.

³¹ M. TERZI, presidente del tribunale di Torino, ritiene che con l'abolizione dell'udienza preliminare si potrebbe arrivare ad una «riduzione tra il 35% e il 40% della durata media dei processi» (*Tavolo tecnico sulla ragionevole durata del processo penale. Ipotesi di linee guida metodologiche*, in [magistraturaindipendente.it](#), 8 aprile 2019).

³² G. BORSANI – L. CASORATI, *Codice*, cit., p. 15 ss.

³³ Laddove la delibazione dell'accusa è stata sostituita da una procedura semplificata di mera assegnazione del processo al giudice competente: v. T. CHRISTOU, *Il progressivo abbandono dei "committal proceedings" nella procedura penale inglese*, in *Criminalia*, 2015, p. 84 ss.; M. DEGANELLO, *Diritto processuale penale inglese. Prime riflessioni*, Giappichelli, 2012, p. 85 ss.

nella *Magna Charta*³⁴.

A chi teme i pericoli connessi alla citazione diretta, è opportuno ricordare che al pubblico ministero, nel sistema odierno, sono già affidati compiti non meno insidiosi per i diritti fondamentali dell'indagato. Basti pensare al fatto che l'organo di accusa, pur senza il controllo preventivo di un organo giurisdizionale, può autorizzare un'intercettazione d'urgenza (art. 267 comma 2 c.p.p.) o la perquisizione di un dispositivo informatico di una persona (art. 247 c.p.p.).

È lo stesso legislatore, poi, a depotenziare irragionevolmente l'udienza preliminare nella misura in cui consente il giudizio immediato nei confronti di chi si trovi in custodia cautelare in carcere (art. 453 comma 1 *bis* c.p.p.). Ciò sulla base di una forzata simmetria fra il procedimento cautelare e quello principale tale da rivelarsi falsa, perché porta a dimenticare che l'ordinanza cautelare, pur emessa da un giudice sulla base di gravi indizi di colpevolezza (e, quindi, di una valutazione di probabile condanna), si fonda sul materiale investigativo appositamente selezionato dal pubblico ministero³⁵.

Il difetto capitale del vaglio preliminare dell'accusa, in ogni caso, è di tradursi in un meccanismo che, di fatto, svilisce e deresponsabilizza il pubblico ministero, offrendogli un comodo alibi per compiere un vaglio meno attento degli elementi raccolti nel corso delle indagini.

Non è assurdo ritenere che, in mancanza dell'udienza preliminare, il numero delle azioni penale avventate non aumenterebbe in modo significativo. Senza il tranquillizzante ausilio del g.u.p., opererebbe il deterrente del timore di un proscioglimento dibattimentale, suscettibile di passare in giudicato³⁶. Plausibilmente, inoltre, aumenterebbero le richieste di archiviazione: in assenza di un controllo giurisdizionale sull'azione, nelle situazioni dubbie il pubblico ministero sarebbe più propenso ad attivare il controllo sull'inazione³⁷.

Analogo il discorso per quel naturale corollario dell'obbligatorietà dell'azione penale che consiste nel dovere di completezza delle indagini³⁸. L'eliminazione dell'udienza preliminare non ne determinerebbe, di per sé, la violazione; comporterebbe, più semplicemente, sottrarlo all'inefficace vaglio del g.u.p. per rimetterlo alla responsabilità del pubblico ministero, che a quel punto non potrebbe più confidare nei meccanismi di integrazione probatoria attualmente previsti dagli artt. 421 *bis* e 422 c.p.p. E comunque rimarrebbero intatti altri incentivi. Anzitutto, la facoltà per

³⁴ *Magna Charta Libertatum*, 1215, § 38: «nessuno potrà portare in giudizio un uomo sulla base della propria affermazione, senza produrre dei testimoni attendibili che ne provino la veridicità».

³⁵ Si rinvia alle critiche di E. AMODIO – N. GALANTINI, *Sulla incostituzionalità*, cit., p. 43 ss.

³⁶ Non appare decisivo, in senso contrario, il dato statistico secondo cui, nei casi di citazione diretta di fronte al tribunale in composizione monocratica *ex* art. 550 c.p.p., il tasso di assoluzione sarebbe del 50 per cento: cfr. G. MAMMONE, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2018*, in *cortedicassazione.it*, p. 23. Nulla induce a ritenere che, generalizzando la citazione diretta, esso si replicherebbe tale e quale in merito ai procedimenti per i ben più gravi reati in rapporto ai quali l'udienza preliminare è attualmente prevista.

³⁷ Così già O. DOMINIONI, *Giudice e parti*, cit., p. 78.

³⁸ Su cui v., F. SIRACUSANO, *La completezza delle indagini nel processo penale*, Giappichelli, 2005; F. ALONZI, *Le attività del giudice nelle indagini preliminari: tra giurisdizione e controllo giudiziale*, Cedam, 2011, p. 40 ss.

l'indagato, avvisato ai sensi dell'art. 415 *bis* c.p.p., di domandare il compimento di ulteriori atti di indagine: una richiesta che il pubblico ministero, perdendo lo scudo protettivo del g.u.p., considererebbe con un'attenzione ben maggiore. Neppure va dimenticato il rischio che, in caso di indagini lasciate incomplete, l'indagato chieda il giudizio abbreviato, e quest'ultimo si concluda con un proscioglimento irrevocabile³⁹.

Infine non va trascurato un aspetto deleterio dell'udienza preliminare, tale da renderla una fase non solo inutile ma, anche, dannosa: la tendenza del g.u.p. a rimediare agli errori del pubblico ministero nella formulazione dell'imputazione, omettendo di dichiarare la nullità prevista in via generale dall'art. 178 comma 1 lett. *b* c.p.p. per la violazione delle norme relative all'«iniziativa del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale».

È noto come la sentenza Battistella delle Sezioni Unite, in questi casi, consideri l'udienza preliminare il «luogo privilegiato» della «stabilizzazione» e del «progressivo consolidamento» dell'imputazione ad opera del g.u.p., in virtù dei meccanismi di correzione delineati dall'art. 423 c.p.p. La regressione del procedimento andrebbe disposta solo in seconda battuta, qualora l'organo di accusa non accogliesse gli stimoli del giudice⁴⁰.

Proprio grazie a questa concezione, più di recente la sentenza n. 66 del 2019 della Corte costituzionale ha potuto escludere l'incompatibilità alla funzione di g.u.p. del giudice che, avendo individuato, nel corso dell'udienza preliminare, un fatto diverso da quello indicato nella richiesta di rinvio a giudizio, avesse chiesto al pubblico ministero di modificare l'imputazione ai sensi dell'art. 423 c.p.p.: non ne deriverebbe, secondo i giudici costituzionali, una commistione di ruoli tale da minare l'imparzialità dell'organo giudicante⁴¹.

È chiaro come alla base di pronunce del genere stia l'idea secondo cui un certo grado di sovrapposizione tra le funzioni giudicanti e quelle requirenti sia, tutto sommato, fisiologico. Così, però, si rischia di trasformare una relazione che dovrebbe essere di antagonismo in un rapporto patologico di cooperazione⁴², specie qualora le sollecitazioni del g.u.p. si proiettino nella prospettiva del rafforzamento dell'accusa in vista del dibattimento⁴³.

Al fine di contrastare l'*horror regressionis* manifestato dalla giurisprudenza, si è

³⁹ In base a questo ragionamento, il g.u.p. del Tribunale di Verbania aveva sollevato una questione di illegittimità della disciplina dell'udienza preliminare, dichiarata inammissibile da Corte cost., 10 giugno 2009, n. 182, per la ragione che il suo eventuale accoglimento avrebbe richiesto un «intervento manipolativo di sistema, estraneo, in linea di principio, all'ambito della giustizia costituzionale».

⁴⁰ Cass., Sez. un., 20 dicembre 2007, Battistella, n. 5037.

⁴¹ Cfr. Corte cost., 23 gennaio 2019, n. 66. V., al riguardo, S. QUATTROCOLO, *Ancora sull'imparzialità del g.u.p.: la Corte costituzionale non ha dubbi in merito alla "dottrina Battistella"*, in *Giur. cost.*, 2019, p. 873 ss.; E. SACCHETTO, *Ancora su incompatibilità del g.u.p. e applicazione della "dottrina Battistella"*, in *laLegislazionepenale.eu*, 27 ottobre 2019; G. TODARO, *L'incompatibilità del g.u.p. che abbia sollecitato la modifica dell'imputazione, alla luce della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 1022 ss.

⁴² Cfr. S. QUATTROCOLO, *Ancora sull'imparzialità*, cit., 882.

⁴³ V. F. CASSIBBA, *Udienza preliminare e controlli sull'enunciato d'accusa a trent'anni dal codice di procedura penale*, in *Arch. pen. web*, 2019, f. 3, p. 3 ss.

suggerito, in un'ottica *de iure condendo*, di introdurre un'apposita nullità qualora nella richiesta di rinvio a giudizio l'imputazione sia descritta in modo troppo generico. Al contempo, si vorrebbe vietare espressamente al g.u.p. di suggerire al pubblico ministero come rimediare, estendendo anche all'udienza preliminare la regola della trasmissione degli atti all'organo di accusa prevista dall'art. 521 c.p.p. in rapporto al dibattimento⁴⁴.

Sono modifiche che avrebbero una loro ragion d'essere. C'è da temere, tuttavia, che non ne deriverebbe nessun effetto virtuoso quanto alle capacità di filtro dell'udienza preliminare: vietare al g.u.p. di intervenire direttamente sulla formulazione dell'imputazione non influirebbe sulla sua attitudine ad abdicare alle sue funzioni di controllo a favore del giudice del dibattimento, la quale, come si è detto, risulta insita nella stessa posizione dell'organo.

La deriva identitaria del g.u.p. verso il ruolo dell'accusa, in definitiva, mi sembra rimediabile solo sopprimendo l'udienza preliminare, lasciando al giudice del dibattimento anche le questioni relative alla formulazione dell'imputazione. Non esiste, del resto, un giudice più adatto ad affrontarle, considerato che le risolverebbe sulla base delle prove dialetticamente formate in giudizio, e non, provvisoriamente, sulla scorta delle indagini.

6. Il sistema accusatorio, oggi.

Un'ultima, importante, ragione che spinge nel senso dell'abolizione dell'udienza preliminare è di tipo sistemico, in quanto legata al modo in cui un processo improntato ai principi accusatori come il nostro può funzionare nell'epoca contemporanea.

Il vaglio preliminare dell'accusa non solo è nato in un contesto storico contraddistinto dall'assenza di un organo pubblico deputato ad esercitare l'azione penale; è anche figlio di un sistema accusatorio di tipo primitivo, connotato dalla assoluta preminenza della prova testimoniale e dalla tendenziale semplicità della fase delle investigazioni. Caratteristiche che hanno finito per diventare il principale tratto rappresentativo del modello, arrivando ad integrare l'ideale a cui miravano i compilatori del codice vigente.

Da tempo, però, le cose non stanno più così, e questa immagine si è tramutata in uno stereotipo. Ciò per diverse ragioni, che hanno portato ad ampliare a dismisura le indagini dal punto di vista dei tempi e della complessità degli atti da compiere. Alcune di esse sono fisiologiche e ineliminabili: si pensi alle innovazioni scientifiche, che hanno determinato la proliferazione di metodi istruttori tali da condurre alla formazione di atti irripetibili fin dalle prime battute del procedimento, in rapporto a cui il contraddittorio dibattimentale perde la sua valenza genetica per assumere una mera funzione di controllo *ex post*. Altre cause dell'ipertrofia delle indagini sono, invece, patologiche, e dipendono dalla cronica insufficienza delle risorse.

Attualmente abbiamo, dunque, un processo in cui la testimonianza non è più la

⁴⁴ Così F. CASSIBBA, *Udienza preliminare*, cit., p. 9 ss.

prova-regina, e il dibattimento avviene perlopiù ad una considerevole distanza dalla commissione dei fatti. Ciò dovrebbe dimostrare come il proposito di mantenere l'udienza preliminare e, anzi, di tentare di potenziarla potrebbe rivelarsi un errore strategico: preservare una fase tanto dispendiosa quanto superflua a seguito di investigazioni complesse e laboriose rischia di rivelarsi fatale per la tenuta stessa del modello accusatorio, poiché ne accentuerebbe gli aspetti negativi, e continuerebbe ad alimentare le «decodificazioni giurisprudenziali» che già lo stanno sgretolando⁴⁵.

Permanendo il *black hole* temporale che si apre fra la chiusura delle indagini e l'inizio del dibattimento, diventerà sempre più arduo fronteggiare chi sottolinea le *défaillances* del contraddittorio e dell'oralità⁴⁶, magari invocandole come scusa per sovvertire le scelte di fondo a suo tempo operate dai compilatori del codice. Queste ultime, alla lunga, non sopravviverebbero in un ordinamento incapace di instaurare la fase del giudizio in un tempo ragionevolmente breve. Per quanto possa risultare indigesta, sarebbe meglio cominciare a metabolizzare l'idea che un istituto a basso rendimento come l'udienza preliminare è paradossalmente diventato, ad oggi, uno dei più temibili nemici di chi continua a credere nel processo accusatorio.

⁴⁵ L'espressione è di O. MAZZA, *Tradimenti di un codice*, in *Arch. pen. web*, 2019, f. 3, p. 7 ss.

⁴⁶ Inevitabile pensare a Corte cost., 20 maggio 2019, n. 132, la quale ha sollecitato il legislatore a ripensare il meccanismo di riassunzione orale delle testimonianze in caso di mutamento di uno o più componenti del collegio giudicante: v. M. DANIELE, *Le "ragionevoli deroghe" all'oralità in caso di mutamento del collegio giudicante: l'arduo compito assegnato dalla Corte costituzionale al legislatore*, in corso di pubblicazione su *Giur. cost.*, 2019, e in *discrimen.it*. Parallelamente, Cass., Sez. Un., 30 maggio 2019, Bajrami, ha affermato che la richiesta di rinnovazione dovrebbe essere accompagnata dall'"indicazione specifica" delle ragioni che la sostengono: una precisazione da cui la giurisprudenza potrebbe trarre spunto per sovvertire la regola dell'escussione orale.

UNA NUOVA QUESTIONE DI COSTITUZIONALITÀ DELLA “LEGGE SEVERINO” (E UN’ALTRA OCCASIONE PERSA)

*Una riflessione sugli automatismi in materia cautelare
e sulla fissazione del petitum nel giudizio di costituzionalità*
Nota a [Trib. Vercelli, Sez. civ., ord. 14 febbraio 2019](#)

di Federico Donelli

Il presente lavoro offre un commento a una questione di costituzionalità della cd. Legge Severino del tutto nuova, recentemente sollevata dal Tribunale di Vercelli, che verte specificamente sul tema degli automatismi applicativi della misura cautelare della sospensione dalla carica pubblica e prescinde dalla vexata quaestio della sua natura giuridica. Come si vedrà, il petitum, così come formulato dal Collegio in sede di rimessione, è però molto più ristretto e il lavoro, verso la conclusione, amplia la prospettiva sulla giurisprudenza costituzionale, interrogandosi sulla possibilità di individuare criteri affidabili per ammettere una riformulazione, da parte della Consulta, dell’oggetto del giudizio di costituzionalità per come fissato dall’ordinanza di rimessione.

SOMMARIO: 1. Il quadro normativo e la novità della questione di costituzionalità sollevata. – 2. La decisione del Tribunale, la ridefinizione della questione esposta nell’istanza. – 3. Le questioni troppo sbrigativamente rigettate: il doppio automatismo applicativo, nell’*an* e nel *quantum*. In difesa della discrezionalità nella commisurazione della misura cautelare. – 4. L’oggetto del giudizio di costituzionalità: fino a che punto è pensabile un recupero delle questioni “implicite”?

1. Il quadro normativo e la novità della questione di costituzionalità sollevata.

Il Tribunale di Vercelli, in composizione collegiale (Trib. Vercelli, sez. civ., ord. n. 84 del 14.2.2019, in G.U. del 12.06.2019, n. 24), ha sollevato una nuova questione di costituzionalità della cd. “Legge Severino”, in particolare dell’art. 11, commi 1, lett. a) e 4, D.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235. Lo ha fatto vedendo un contrasto fra tali disposizioni e l’art. 3 Cost., nella parte in cui esse prevedono la sospensione dalle cariche ivi indicate per la durata di diciotto mesi anche nel caso di coloro che, essendo stati assolti con sentenza di primo grado, abbiano riportato in appello una condanna non definitiva per uno dei delitti indicati dall’art. 10, comma 1, lett. a), b) e c) del medesimo decreto.

Come noto, il d.lgs. n. 235/2012 costituisce il Testo Unico delle “disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo conseguenti a

*sentenze definitive di condanna per delitti non colposi*¹. È una normativa molto nota, almeno nelle sue linee di fondo, a causa delle vicende che hanno interessato noti esponenti del mondo della politica e delle istituzioni.

Il citato art. 11 del T.U. si occupa della *Sospensione e decadenza di diritto degli amministratori locali in condizione di incandidabilità* (così la rubrica dell'articolo), e soprattutto, per quello che qui interessa, stabilisce le condizioni di incompatibilità "temporanea" con talune cariche pubbliche, in attesa che il processo penale faccia il suo corso².

Più nel dettaglio, il comma 1, lett. a) dell'art. 11 prevede l'applicazione di diritto della sospensione dalla carica nel caso in cui si riporti "*una condanna non definitiva per uno dei delitti indicati all'articolo 10, comma 1, lettera a), b) e c)*": queste tre lettere individuano, come vedremo, un insieme molto eterogeneo di fattispecie di reato.

A breve, dunque – la questione è infatti stata assegnata all'udienza in camera di consiglio il 29 gennaio 2020 – la Corte costituzionale si troverà ancora una volta a decidere sulla legge Severino, in relazione alla quale, come noto, essa ha già avuto modo di affrontare, e rigettare, diverse questioni di costituzionalità, che in estrema sintesi hanno riguardato: la violazione del divieto di retroattività di norme sanzionatorie³;

¹ Cfr. art. 1, comma 63, della legge 6 novembre 2012, n. 190 (la cd. "Legge Severino", appunto).

² Il comma 7 del citato art. 11 prevede invece la decadenza di diritto dalla carica in caso di condanna definitiva per uno di quei delitti o dalla data in cui diviene definitivo il provvedimento che applica la misura di prevenzione. Fra le cariche ricomprese dall'art. 10, comma 1, vi sono quelle di: presidente della provincia, sindaco, assessore, consigliere provinciale e comunale, presidente e componente del consiglio circoscrizionale, presidente e componente del consiglio di amministrazione dei consorzi, presidente e componente dei consigli e delle giunte delle unioni di comuni, consigliere di amministrazione e presidente delle aziende speciali e delle istituzioni di cui all'articolo 114 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, presidente e componente degli organi delle comunità montane.

³ Il Tar Campania – nell'ambito del cd. caso De Magistris – ha per primo sollevato la questione della natura sanzionatoria della misura in oggetto, ipotizzando il suo soggiacere al divieto di retroattività. Con la sent. Cost. n. 236/2015 la Consulta ha dichiarato infondata la tesi del giudice rimettente, negando la natura sanzionatoria della misura della sospensione, affermandone invece la natura cautelare e dunque il possibile effetto retroattivo; cfr. Corte cost., sent. n. 236/2015, punto 4.3.1. Il caso che ha interessato il sindaco di Napoli De Magistris concerneva proprio il comma 1 dell'art. 11, d.lgs. n. 235/2012 essendo il sindaco stato condannato in primo grado dal Tribunale di Roma per abuso d'ufficio e assolto in secondo grado dalla Corte d'appello di Roma; M. GAMBARDILLA, *Natura ed effetti nel tempo della sospensione dalla carica di sindaco per una condanna non definitiva in base alla cd. "legge Severino"*, in Cass. pen., 2016, p. 1884; M.E. COGNIZZOLI, [*Caso De Magistris: la Corte costituzionale dichiara l'infondatezza della questione di legittimità della c.d. Legge Severino*](#), in *Dir. pen. cont.*, 4 dicembre 2015; R. ROMBOLI, *Nota a Corte cost., sent. n. 236/2015*, in *Foro it.*, 2016, I, p. 412; F. BAILO, *La c.d. "legge Severino" sul tavolo della Corte costituzionale: partita chiusa o rinviata?*, in *Giur. it.*, 2016, p. 206; E. R. BELFIORE, *Incandidabilità/decadenza e principio di irretroattività della sanzione penale*, in *Criminalia*, 2013, p. 423; G. M. SALERNO, *Incandidabilità alla carica di parlamentare e Costituzione: alcune riflessioni sul d.lgs. n. 235 del 2012*, in *Arch. pen.*, 2014, p. 18; C. MARCHESE, *Legge Severino: la corte si pronuncia...e resta nel solco dei suoi passi!*, in *Forum di Quaderni Costituzionali – Rassegna* n. 1/2016; G. MAROLDA, *La non irragionevolezza della "legge Severino": nota a margine della sentenza n. 236/2015 della corte costituzionale*, *ibid.*; F.S. MARINI, *La "legge Severino" tra le corti: luci e ombre dell'incandidabilità dopo la sentenza n. 236 del 2015*, in *Osservatorio Costituzionale Aic*, 1/2016; L. LONGHI, *Il caso De Magistris: il delicato bilanciamento tra diritti di elettorato passivo e tutela del buon andamento della pubblica amministrazione*, in *federalismi.it*, 3/2016; V. PUPO, *La "legge severino" al primo esame della corte costituzionale: la natura non sanzionatoria della sospensione dalla carica elettiva e la ragionevolezza del bilanciamento*, in *Le Regioni*, 2/2016, 361 ss.

l'eccesso di delega; disparità di trattamento attinenti alle varie categorie di soggetti coinvolte dall'applicazione della misura e alla diversa gravità delle fattispecie di reato indicate come presupposto⁴.

La questione oggetto dell'ordinanza qui commentata, però, non era ancora emersa: il Tribunale di Vercelli ha infatti ritenuto la non manifesta infondatezza di una questione di costituzionalità vertente sulla disparità di trattamento endonormativa, sotto lo specifico profilo della durata della misura cautelare prevista dall'art. 11 D.lgs. n. 235/2012⁵.

Come noto, il comma 4 del citato art. 11 stabilisce una durata fissa per la sospensione dalla carica (18 mesi), ma vi sono due casi speciali.

Il primo (previsto dal comma 4, secondo periodo, dell'art. 11, d.lgs. n. 235/2012) è quello in cui l'interessato proponga appello avverso la condanna e questo venga rigettato: qui lo stesso comma 4 dell'art. 11 prevede la decorrenza di un ulteriore termine di sospensione che, però, dura 12 mesi e non 18.

Il secondo (previsto dal comma 6 dell'art. 11, d.lgs. n. 235/2012) è il caso in cui la misura cessi prima della scadenza del termine, perché vengono emessi una sentenza, anche non definitiva, di non luogo a procedere, di proscioglimento o di assoluzione o un provvedimento di revoca della misura di prevenzione o ancora sentenza di annullamento ancorché di rinvio⁶.

⁴ Cfr. sent. cost. 5 ottobre 2016, n. 276/2016, dove la Consulta ha affrontato ulteriori questioni di costituzionalità, emerse nell'ambito di tre diversi procedimenti, ribadendo la natura non sanzionatoria e meramente cautelare della misura in commento (su questo punto v. in part. § 4.3.2). Le ordinanze di rimessione furono la n. 278 del 2015 (Corte Appello Bari), la n. 323 del 2015 (Trib. Napoli) e la n. 11 del 2016 (Trib. Messina). Si dedussero la violazione indiretta, per eccesso di delega, degli artt. 76 e 77 Cost. da parte degli artt. 8, comma 1 e 11, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 235/2012, in quanto contrastanti con l'art. 1, comma 64, lett. m), della l. n.190/2012, perché dispongono la sospensione dalla carica in caso di condanna non definitiva; la violazione dell'art. 25, comma 2, Cost. e dell'art. 117, comma 1, Cost. (questo in relazione all'art. 7 della CEDU) da parte degli artt. 7, comma 1, 8, comma 1 e 11, comma 1, lett. a), del medesimo decreto, in conseguenza della mancata limitazione della sospensione dalla carica elettiva alle sole ipotesi di condanne per reati consumati dopo l'entrata in vigore delle suddette disposizioni; contrasto con gli artt. 2, 4, comma 2, 51, comma 1 e 97, comma 2, Cost., per violazione del divieto di irretroattività; la disparità di trattamento tra i parlamentari nazionali ed europei e gli eletti al livello regionale e locale perché in quest'ultimo caso non è prevista la soglia di pena superiore ai due anni – che è invece prevista per l'incandidabilità ai livelli di governo nazionale ed europeo – relativamente alla condanna per taluno dei reati ostativi ai fini dell'applicazione della sospensione dalla carica; in dottrina F. VIGANÒ, [La Consulta respinge le censure di illegittimità costituzionale della c.d. legge Severino in materia di sospensione dalle cariche politiche in conseguenza di sentenze di condanna](#), in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016; G. RIVISECCHI, "Legge Severino", *atto secondo: la conformità a Costituzione delle norme sulla sospensione delle cariche politiche locali*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 2385; F. BAILO, *Una "pietra tombale" sulla "natura afflittiva" della limitazione dell'elettorato passivo?*, in *Giur. it.*, 2017, p. 450.

⁵ Il profilo della durata della misura era stato evidenziato, più in generale, da M. Gambardella, *op. cit.*, § 2, sebbene in un elenco di argomenti presentati per sostenere la natura sanzionatoria della misura in commento, e non come autonomo profilo di irragionevolezza. Il tema del controllo endonormativo è sviluppato in S. DELSIGNORE, *L'ultima spallata della corte alla vecchia obiezione di coscienza. sulla ragionevolezza delle sentenze manipolative della consulta*, in *Ind. pen.* 1999, p. 190, che trae il concetto da A. PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura della pena e il controllo di ragionevolezza*, in *Giur. it.*, 1971, IV, p. 192.

⁶ Il quale prosegue statuendo che "in tal caso la sentenza o il provvedimento di revoca devono essere pubblicati

Le questioni poste all'attenzione del Tribunale erano due: la prima verteva sui commi 1 e 6 dell'art. 11 del decreto, la seconda invece sui commi 1 e 4 del medesimo articolo. Come vedremo, il Tribunale ha deciso di sviluppare la prima questione, approdando però, con le proprie argomentazioni, proprio al comma 4 dell'art. 11, sebbene in una "parte" diversa da quella su cui faceva leva il ricorrente nella sua seconda questione (che, come si vedrà, il Tribunale decide invece di rigettare sbrigativamente).

2. La decisione del Tribunale, la ridefinizione della questione esposta nell'istanza.

Il caso nell'ambito del quale il Tribunale di Vercelli ha sollevato la questione di costituzionalità riguarda un sindaco comunale, assolto in primo grado, con formula piena, per concorso in peculato (delitto ricompreso alla lett. c) del citato art. 10, comma 1, d.lgs. n. 235/2012), ma condannato in secondo grado (sebbene solo per alcuni dei fatti oggetto della originaria contestazione di peculato).

Il prefetto dunque gli applicava, in ossequio all'art. 11 d.lgs. n. 235/2012, la misura della sospensione dalla carica istituzionale, avverso la quale veniva presentato un ricorso *ex art. 700 e 702 bis c.p.c.*, impugnando il provvedimento prefettizio, chiedendone la sospensione cautelare e sollevando le diverse questioni di costituzionalità⁷.

La prima questione proposta dalla difesa verte sui commi 1 e 6 dell'art. 11 e sul parametro dell'art. 3 Cost.: non si tratta di una questione specificamente legata alla durata della misura, ed è strutturata su due argomenti distinti.

In primo luogo, si denuncia l'equiparazione, ai fini dell'applicazione della misura, del caso in cui la condanna sopravvenga all'esito dell'appello, in riforma di una precedente pronuncia assolutoria, al caso in cui la condanna sia invece pronunciata all'esito del giudizio di primo grado.

In subordine, si denuncia l'incostituzionalità della disciplina nella parte in cui esclude che gli effetti della sospensione cessino con la pubblicazione della sentenza di assoluzione in primo grado, mentre prevede che gli effetti della sospensione cessino invece nel caso di pubblicazione di sentenza di annullamento "anche con rinvio"⁸.

nell'albo pretorio e comunicati alla prima adunanza dell'organo che ha proceduto all'elezione, alla convalida dell'elezione o alla nomina".

⁷ Sulla competenza funzionale del giudice ordinario – nelle forme di cui all'art. 702 *bis* c.p.c. – in materia di incandidabilità si veda l'art. 22, d.lgs. n. 150/2011 e Cass., Ss.Uu., 11131/2015; sulla possibilità di presentare contestualmente un ricorso *ex art. 700* e uno *ex art. 702 bis* c.p.c. cfr. Trib. Napoli, ord. n. 323 del 22 luglio 2015; sull'ammissibilità di una questione di costituzionalità nell'ambito di un procedimento cautelare cfr. Corte cost. 20 maggio 2008, n. 161.

⁸ Il comma 6 dell'art. 11, d.lgs. n. 235/2012 prevede, come visto, l'onere in capo all'interessato della pubblicazione nell'albo pretorio dei provvedimenti – ivi previsti – idonei alla cessazione della misura, oltre alla comunicazione all'organo che ha proceduto alla convalida dell'elezione. In subordine, il ricorrente denunciava qui una lesione dell'art. 3 Cost. per il fatto che tale disposizione fa cessare gli effetti della sospensione dalla carica a fronte di una "sentenza di annullamento, ancorché con rinvio" di una precedente condanna: ciò implica che potrebbe darsi un caso in cui un soggetto che ha ricevuto una "doppia conforme" (condanna in primo e in secondo grado), potrebbe vedere cessare la misura cautelare della sospensione dalla

Il primo punto, quello che qui maggiormente interessa, attiene a una supposta minore gravità, rispetto all'interesse tutelato, della condanna sopravvenuta in secondo grado. Si tratta di un approccio che collide con l'impostazione di fondo prescelta dal Collegio, che nell'apprezzamento del disvalore delle condanne predilige il criterio della collocazione astratta nei vari gradi di giudizio, contenendo così nel minimo l'apprezzamento della contestualizzazione delle medesime nel singolo concreto processo⁹.

Il cuore della questione, per come accolta dal Tribunale di Vercelli, attiene invece alla durata della sospensione della misura, e più precisamente verte sulla ritenuta disparità di trattamento fra due situazioni che non sarebbero significativamente distinguibili.

Esse sono: da una parte il caso di specie, ovvero la situazione in cui la condanna per uno dei delitti "presupposto" intervenga solo in appello, dopo un'assoluzione in primo grado (che comporta la sospensione di diritto di 18 mesi)¹⁰; dall'altra il caso di cd. "doppia conforme", ovvero il caso in cui la sentenza di condanna in secondo grado intervenga a confermare una condanna in primo grado per uno di tali delitti (art. 11, comma 4; il quale, nel suo secondo inciso, prevede la sospensione della durata di 12 mesi). Questa seconda situazione funge dunque da cd. *tertium comparationis*¹¹.

carica a fronte di una sentenza di annullamento (magari anche solo per ragioni puramente procedurali: una questione di competenza territoriale, una concernente il rispetto dei termini di notifica della citazione in giudizio o il rispetto della disciplina sull'elezione di domicilio, ecc). Stante l'attuale assetto della disciplina, in un caso di quel genere la sospensione cadrebbe automaticamente, laddove invece essa permanerebbe nel (di gran lunga) meno grave caso della condanna intervenuta solo in secondo grado, dopo un'assoluzione. Il Collegio ha però gioco facile nel sostenere che *"dovendo essere disposta la sospensione in presenza di una sentenza di condanna non definitiva, la sentenza di assoluzione che comporta la cessazione degli effetti della sospensione non può che essere successiva"*.

⁹ Il Collegio, infatti, ritiene che: *"la posizione di chi sia stato assolto in primo grado e condannato in appello per la commissione di un reato quale il peculato non è certamente più censurabile, né più pericolosa per la pubblica amministrazione, rispetto a quella di chi sia stato condannato per lo stesso reato tanto in primo quanto in secondo grado"*.

¹⁰ Il Tribunale di Vercelli muove dal (condivisibile) assunto per cui, laddove la lett. a) dell'art. 11, nel disciplinare i presupposti per l'operatività della sospensione dalla carica, parla di *"condanna non definitiva"*, essa si riferisce a qualsiasi sentenza di condanna, non facendo alcuna distinzione rispetto al grado; cfr. p. 8 del provvedimento commentato, ove si adduce anche, a sostegno di tale lettura, il fatto che nella lett. b) dell'art. 11 la distinzione fra primo e secondo grado compare invece esplicitamente. In astratto si sarebbe potuto proporre una lettura diversa, tesa a sostenere l'impossibilità di disporre la sospensione dalla carica per la prima volta a seguito di condanna in appello posto che esiste un sostegno letterale, per quanto debole, anche per tale interpretazione: il comma 5 dell'art. 11, recita: *"5. A cura della cancelleria del tribunale o della segreteria del pubblico ministero i provvedimenti giudiziari che comportano la sospensione sono comunicati al prefetto [...]"* così che si potrebbe argomentare nel senso che il legislatore pare avere presupposto che la sospensione dalla carica consegua a una sentenza di condanna irrogata dal Tribunale, posto che è proprio la sua cancelleria – e non quella della Corte d'Appello – ad essere gravata della comunicazione al Prefetto.

¹¹ Per un inquadramento della tematica cfr. L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1984, I, p. 230; O. DI GIOVINE, *Sul c.d. principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*. «A proposito del rifiuto totale di prestare il servizio militare», in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, p. 173; S. DELSIGNORE, *L'ultima spallata ...*, cit., p. 183 e ss.; G. D. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012, pp. 50 e ss.; F. VIGANÒ, [Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, 2, p. 61; D. PULITANO, [La misura delle pene, fra](#)

Per meglio valutare la fondatezza della questione occorre mettere a fuoco i punti fondamentali su cui si fonda il ragionamento del Collegio.

Il primo assunto attiene all'individuazione della *ratio* della normativa in esame, la quale, in ossequio alla già citata giurisprudenza costituzionale in materia, viene individuata nella necessità di preservare, cautelamente, la carica pubblica da soggetti indiziati di "indegnità morale", tutelando l'ente dal pericolo di compromissione della sua onorabilità¹².

Il secondo assunto è che non vi sia una diversità apprezzabile fra il caso di condanna intervenuta solo in secondo grado e il caso in cui vi sia invece la doppia condanna conforme. Muovendo da queste premesse, il Collegio ravvisa un'irragionevole disparità di trattamento nel fatto che *"la condanna in appello per uno dei delitti richiamati dal comma 1, lett. a) dell'art. 11 comporta una sospensione dalla carica di durata differente, secondo che l'amministratore pubblico in primo grado sia già stato condannato per lo stesso reato ovvero sia stato assolto"*.

L'idea di fondo, dunque, è quella di portare l'apprezzamento della condanna in secondo grado a un disvalore unico, espresso con la medesima durata di sospensione dalla carica¹³.

L'impostazione del Tribunale e quella della difesa divergono sul punto della considerazione del concreto andamento del giudizio, ma in modo tale da (ci pare vero per entrambe), esporre il fianco a una critica.

Non è condivisibile l'impostazione del Collegio, che, come visto, concentra l'attenzione sulla condanna in secondo grado considerandola in astratto: è infatti difficile negare la differenza sussistente fra il caso della cd. "doppia conforme" e il caso in cui la prima condanna intervenga solo in secondo grado.

Essi sono trattati diversamente dalla normativa in commento proprio perché sono diversi *"in rerum natura"*: diverso è il numero di giudici che si sono convinti della responsabilità del soggetto, così che, nel caso di doppia conforme, essendo più solido il dubbio sulla "moralità" del soggetto, la sospensione dalla carica raggiunge il massimo

discrezionalità politica e vincoli costituzionali, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, 2, p. 48; V. MANES, *Proporzionevolezza senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 2105 ss.; E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzionalità, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1956 ss.; P. INSOLERA, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?*, in *Ind. pen.*, 2016, p. 176 ss.; E. COTTU, *Giudizio di ragionevolezza al vaglio di proporzionalità della pena: verso un superamento del modello triadico?*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 473 ss.; R. BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettive una terza via*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 2, in part. p. 146; ID., *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato "intrinseco" sul quantum di pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, p. 967 e ss.

¹² Cfr. p. 6 dell'ordinanza in commento.

¹³ Si legge a p. 7 dell'ordinanza: *"la costituzionalità della disciplina in esame non può neppure essere giustificata considerando l'esigenza di evitare a chi abbia già riportato una sospensione dalla carica per diciotto mesi a seguito di condanna in primo grado l'infrazione di una nuova sospensione di pari durata. Se infatti la previsione può essere ragionevole avendo riguardo alla complessiva posizione di colui che riporta una doppia condanna, permane comparativamente l'irrazionalità della disposizione normativa che infligge al condannato soltanto in secondo grado una sospensione maggiore (di diciotto mesi, anziché di dodici)"*.

di 30 mesi (18 + 12 mesi)¹⁴, mentre nel caso di condanna “singola”, essa si ferma al periodo “base” di 18 mesi.

Da questo specifico punto di vista, la legge sposa opportunamente il criterio dell'apprezzamento del concreto andamento del singolo giudizio¹⁵.

Il punto, però, di maggiore distanza fra l'argomentare dei giudici e quello della difesa sta proprio nella messa a fuoco dell'oggetto della questione di costituzionalità: nella sua prima questione il ricorrente non focalizza l'attenzione sulla durata della misura, mentre il Tribunale argomenta esclusivamente in riferimento a quell'aspetto, peraltro contenendo la questione su di un caso molto specifico di disparità di trattamento. Il Tribunale ammette, però, di sollevare la questione per motivazioni differenti rispetto a quelle addotte dal ricorrente¹⁶.

3. Le questioni troppo sbrigativamente rigettate: il doppio automatismo applicativo, nell'an e nel quantum. In difesa della discrezionalità nella commisurazione della misura cautelare.

Sembrerebbe, dunque, che in conseguenza della sua opera di ridefinizione della questione, spostandosi verso il comma 4 dell'art. 11, il Tribunale muova in direzione della seconda questione prospettata dal ricorrente, ma non è esattamente così.

Quest'ultima, per come posta nell'istanza di parte, argomentava l'impugnazione dei commi 1 e 4 dell'art. 11, d.lgs 235/2012 censurando sia l'automatismo nell'an che l'automatismo nel quantum nell'applicazione della misura cautelare della sospensione¹⁷.

¹⁴ Lo stesso testo della legge lo evidenzia parlando di un *ulteriore* periodo di sospensione di un anno.

¹⁵ E proprio questo criterio, della necessaria contestualizzazione della decisione nel concreto giudizio, sta alla base del ragionamento della difesa del ricorrente, che però a nostro parere eccede. Il ragionamento del ricorrente infatti non convince laddove – concentrando l'attenzione sul confronto fra le condanne “singole” – tenta di sostenere la possibilità di apprezzare una diversa gravità fra la condanna in primo grado e quella intervenuta solo in secondo grado. E questo rimane vero, ci sembra, anche nel caso in cui la condanna in secondo grado (come nel caso di specie) riguardi solo alcuni dei capi di imputazione da cui il soggetto era stato assolto in primo grado.

¹⁶ Il Collegio sostiene di avere sollevato la questione prospettata dal ricorrente, anche se “*per motivazioni parzialmente differenti*” (*sic*), ma non è esattamente così: a ben vedere, infatti, il Collegio ha sollevato una questione *diversa*, perché muovendo dalla prima questione, sposta il centro dell'argomentazione sul comma 4 dell'art. 11, d.lgs. n. 235/2012 (v. *infra* nel testo). Ciò apre la strada a una riflessione sui poteri, in capo al giudice *a quo*, di modifica della questione di costituzionalità per come posta nell'istanza di parte, v. *infra* nota 48.

¹⁷ A ben vedere, la questione dell'an nell'automatismo dell'applicazione della misura della sospensione dalla carica è ben distinguibile – anche dal punto di vista dell'individuazione delle disposizioni oggetto del giudizio di costituzionalità – da quella dell'automatismo nella commisurazione del tempo di sospensione dalla carica. In astratto, infatti, la prima questione avrebbe ad oggetto il comma 1 dell'art. 11, in rapporto all'art. 10, comma 1, nella parte in cui prevede l'applicazione della sospensione “di diritto” dalle cariche ivi indicate i condannati per uno dei delitti indicati nell'art. 10; la seconda questione, invece, avrebbe ad oggetto più precisamente il comma 4 dell'art. 11, nella parte in cui prevede la cessazione “di diritto” degli effetti della sospensione trascorsi 18 mesi (ovvero il suo primo inciso). L'autonomia delle questioni afferenti all'automatismo nell'an rispetto a quelle afferenti all'automatismo nel quantum è stata confermata, di recente,

Il Tribunale la rigetta, senza distinguere le due questioni, molto sbrigativamente: *“tale censura non risulta condivisibile, avuto particolare riguardo ai principi enunciati dalla Corte Costituzionale nelle sentenze che già hanno affrontato le questioni di illegittimità costituzionale sollevate con riferimento al D.Lgs. n. 235/2012, che hanno tutte chiaramente affermato la natura non sanzionatoria della sospensione prevista dall’art. 11”*¹⁸.

Il Collegio, dunque, ritiene che l’automatismo nell’*an* e nel *quantum* nell’applicazione misura costituisca un’unica questione, e che esso non possa essere censurato perché (i) già affrontato dalla Consulta e (ii) perché la misura non ha natura sanzionatoria.

Il primo argomento, come si vede anche solo alla luce della rapida disamina presentata in apertura di questo lavoro, non convince, posto che non risulta che la Corte Costituzionale, nelle richiamate pronunce relative a questa normativa, si sia già espressa su di una questione anche solo analoga¹⁹.

Ben più interessante il secondo argomento.

Secondo il Tribunale, l’automatismo applicativo di una disposizione può essere incostituzionale *solo se* la corrispondente norma ha natura sanzionatoria.

Tale assunto però confligge con la giurisprudenza della Consulta. Di recente, ad esempio, la Corte costituzionale ha rigettato una questione avente ad oggetto la normativa disciplinante i requisiti di onorabilità per l’accesso alla professione di trasportatore, la quale ne condizionava la sussistenza all’assenza di condanne per reati in materia previdenziale²⁰. La Consulta la rigetta *anche* perché ritiene che tale normativa

da sent. Cost. n. 222/2018, relativa all’ultimo comma dell’art. 216 (e 223) l. fall., che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della fissità nel *quantum* della sanzione accessoria ivi prevista, rigettando invece la diversa questione dell’obbligatorietà della sua applicazione in caso di condanna per bancarotta, opponendosi alla considerazione di questo secondo profilo il rispetto del *petitum* contenuto nell’ordinanza di remissione (v. *infra*, § 4); cfr. Corte cost. sent. n. 222/2018, § 6. Fra le molte questioni in cui la Consulta ha censurato automatismo applicativo in ordine all’*an* di misure dal contenuto sanzionatorio v. Corte cost. n. 185/2015, con commento di R. BARTOLI, *Recidiva obbligatoria ex art. 99.5. la Corte costituzionale demolisce l’ultimo automatismo*, in *Giur. it.*, 2015, p. 2484 e ss.; Corte cost. n. 7/2013 in tema di sanzioni accessorie; le sentenze cost. n. 105 e 106/2014, n. 74/2016 e n. 205/2017 in tema di bilanciamento delle circostanze (e recidiva); sent. Cost. n. 291/2010.

¹⁸ Cfr. Ordinanza Trib. Vercelli, p. 9.

¹⁹ Se fosse stato così, ovvero se la Consulta si fosse già occupata della questione degli automatismi applicativi della legge Severino, il Tribunale avrebbe avuto ragione nel cercare di evitare una pronuncia che sarebbe verosimilmente stata di manifesta infondatezza; cfr. M. CARTABIA, *Valore del precedente e Corte costituzionale*, in F. Francario – M.A. Sandulli (a cura di), *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, Napoli, 2018, p. 47 e ss. (citata in V. MANES, *La proposizione...*, cit., p. 252, nota 268), la quale evidenzia che se la questione già presentata si era risolta con una declaratoria di illegittimità costituzionale, la riproposizione sfocerà in un’ordinanza di inammissibilità; laddove invece in relazione al precedente la Consulta si fosse pronunciata per la sua infondatezza, la riproposizione della medesima questione, in assenza di nuovi profili, viene risolta con un’ordinanza di manifesta infondatezza, salvo che, evidenzia l’A., “non si ponga il tema [...] di un possibile *overruling*”; è infatti possibile che la riproposizione della medesima questione sfoci in un accoglimento, alla luce di una “*complessiva rimediazione dei termini della questione*” (così la già citata Corte cost. n. 222/2018, che accoglie a pochi anni di distanza dalla declaratoria di inammissibilità con sent. n. 134/2012 e ord. 208/2012); cfr. V. MANES, *La proposizione...*, cit., p. 253.

²⁰ Cfr. sent. Cost. n. 161/2018 del 17/8/2018, che ha rigettato la questione di costituzionalità sollevata dal Consiglio di Stato degli artt. 4 e 5, commi 2, lettera g), e 8, del d.lgs. 22.12.2000, n. 395 in riferimento agli artt.

non abbia natura sanzionatoria, ma si sente in dovere di specificare che la lesione del principio di proporzionalità *comunque* non sussiste, in quanto l'elencazione legislativa delle fattispecie presupposto per la perdita del requisito *“è dettata, ora dall'oggettiva gravità della violazione [solo le violazioni previdenziali aventi rilevanza penale], ora dalla relazione fra questa e l'attività svolta dall'interessato”*²¹.

Se proiettassimo questi criteri sulla normativa qui di interesse, anche volendone escludere la natura sanzionatoria, non potremmo fare altro che constatare come qui sussista invece un'estrema eterogeneità delle fattispecie delittuose presupposto.

Effettivamente, le citate tre lettere dell'art. 10, comma 1, d.lgs. n. 235/2012, fanno riferimento a delitti molto diversi fra loro: la lettera a) richiama la fattispecie di associazione a delinquere di stampo mafioso, delitti in materia di stupefacenti e di armi e delitti di favoreggiamento personale o reale connessi i predetti reati; la lett. b) rinvia ai delitti, consumati o tentati, previsti dall'artt. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater* cpp diversi da quelli richiamati alla lett. a) (ad esempio la riduzione o mantenimento in schiavitù *ex art.* 600 c.p., il sequestro di persona *ex art.* 630 c.p., i delitti posti in essere con finalità di terrorismo); la lett. c) fa invece riferimento a diverse fattispecie incriminatrici in materia di pubblica amministrazione, dalle più gravi, come la concussione o la corruzione, alle più lievi, come l'abuso d'ufficio.

Tali delitti sono indubitabilmente diversi fra loro: dal punto di vista della gravità, della pericolosità sociale e delle conseguenze giuridiche del loro accertamento, ma soprattutto, stante la *ratio* della disciplina in oggetto, dal punto di vista del sentire comune e dunque della loro idoneità a incidere sul bene giuridico della onorabilità di chi ricopre la carica e dell'ente rappresentato²².

Il decreto manda il seguente messaggio: ai fini dell'applicazione della misura della sospensione dalla carica, trasportare una mazza da golf in automobile è equiparato al peculato (o addirittura all'appartenenza alla 'ndrangheta)²³: difficile però pensare che i due casi appena citati abbiano lo stesso peso nel valutare la dignità morale di un amministratore locale a espletare il proprio incarico.

A fronte di tale eterogeneità nei presupposti applicativi, l'automatismo della

3, 24 e 113 Cost. Il citato art. 5, comma 2, lettera g), stabilisce che non sussiste, o cessa di sussistere, il requisito di onorabilità – previsto dal precedente art. 4 quale requisito necessario per l'iscrizione all'albo degli autotrasportatori (art. 1, l. 6 giugno 1974, n. 298) – in caso di condanna penale definitiva del datore di lavoro per fatti che costituiscono violazione degli obblighi sussistenti in materia previdenziale ed assistenziale; il successivo comma 8 prevede che, al verificarsi di tale presupposto, il requisito cessa di diritto.

²¹ La Consulta poco sopra osserva *“la perdita dell'onorabilità non è conseguenza di una qualsiasi sanzione per omesso o insufficiente versamento degli oneri previdenziali o assistenziali e neppure assume il carattere dell'assoluta irreversibilità”*; cfr. sent. Cost. n. 161/2018, *cit.* che specifica che la normativa prevede il recupero del requisito in caso di estinzione del reato o di riabilitazione.

²² Inoltre, diversamente dal succitato caso di sent. Cost. n. 161/2018, non è possibile apprezzare una gradualità nel superamento della soglia: in quel caso, infatti, la Consulta aveva valorizzato il fatto che il legislatore avesse ritenuto quale presupposto per il diniego dell'onorabilità l'integrazione di reati in materia previdenziale, casi dunque in cui l'evasione superava una determinata soglia.

²³ Ai fini della incandidabilità, la lettera a) dell'art. 10, comma 1, ricomprende sia l'art. 416 *bis* c.p. che i delitti in materia di porto, trasporto e detenzione di armi, qualora sia inflitta la pena della reclusione non inferiore a un anno.

misura appare irragionevole e, ciò è fondamentale, anche se a tale misura viene riconosciuta natura cautelare.

La Consulta ha infatti più volte statuito l'incostituzionalità di norme che comportano automatismi impedendo una specifica valutazione in ordine alla sussistenza di esigenze di cautela oppure in relazione all'adeguatezza e proporzionalità delle misure adottate in relazione a tali esigenze²⁴.

I medesimi principi sono stati confermati, di recente, nella pronuncia del 9 febbraio 2018 (sent. n. 22), dove la Consulta, pur escludendo la natura sanzionatoria della revoca della patente di guida, ha ritenuto irragionevole la previsione della obbligatorietà della stessa in caso di condanna per reati in materia di stupefacenti²⁵.

L'argomentazione della Corte sul punto è molto interessante ai nostri fini: essa ha infatti ritenuto la fondatezza della questione d'illegittimità costituzionale dell'art. 120, comma 2, Codice della strada, in relazione ai principi di eguaglianza, proporzionalità e ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., perché l'automatismo dell'applicazione della misura si accompagnava alla presenza di due elementi: l'eterogeneità delle fattispecie di reato che determinavano l'operatività di tale misura²⁶ e l'elemento dell'assenza di attualità²⁷. Fattori, entrambi, che caratterizzano anche la disciplina della sospensione dalla carica prevista dalla "legge Severino".

Ancora più interessante, però, è il profilo di censura relativo all'automatismo nella commisurazione della durata della misura.

Come già detto, la durata della sospensione è prevista, dal primo inciso del

²⁴ Il pensiero corre immediatamente alle sentenze che hanno ritenuto l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, c.p.p., nella parte in cui imponeva (la disposizione è infatti stata sostituita dagli artt. 3 e 4, l. 16 aprile 2015, n. 47), l'applicazione obbligatoria e automatica della custodia in carcere per numerosi reati, incentrate sulla violazione, innanzitutto, dell'art. 3 Cost., in quanto comportava un trattamento per situazioni assolutamente diverse, in forza di una presunzione non legittimata dall' *id quod plerumque accidit*. Oltre a quelle citate nel testo si veda anche sent. Cost. 26 marzo 2015, n. 48; sent. Cost. 23 luglio 2013, n. 232; sent. Cost. 18 luglio 2013, n. 213; sent. Cost. 29 marzo 2013, n. 57; sent. Cost. 3 maggio 2012, n. 110; sent. Cost. 22 luglio 2011, n. 231; sent. Cost. 12 maggio 2011, n. 164; sent. Cost. 21 luglio 2010, n. 265.

²⁵ La natura sanzionatoria della revoca della patente di guida era stata ritenuta dal giudice rimettente (Tribunale ordinario di Genova), la Consulta nega invece che l'art. 120 abbia tale natura (neanche secondo i parametri Cedu), ma attenga solo alla verifica della persistenza dei requisiti ("moralì") per la concessione del titolo di guida (cfr. sent. Cost. n. 22/2018, § 6): ovviamente, esclusa la natura sanzionatoria della norma, se ne può affermare l'applicabilità anche ai casi di condanne precedenti alla modifica che comporta la revoca; la sentenza è pubblicata in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 14 marzo 2018; la successiva sent. n. 80/2019 ha invece rigettato analoga questione proposta nei confronti dell'automatica esclusione dal novero dei soggetti idonei (forniti dei requisiti morali necessari) a ottenere il rilascio della patente (art. art. 120, comma 1, Codice Strada).

²⁶ Secondo la Consulta l'art. 120, comma 2 del codice della strada "ricollega [...], in via automatica, il medesimo effetto, la revoca di quel titolo, ad una varietà di fattispecie, non sussumibili in termini di omogeneità, atteso che la condanna, cui la norma fa riferimento, può riguardare reati di diversa, se non addirittura lieve, entità"; cfr. sent. Cost. n. 22/2018, § 7.

²⁷ "Reati che, per di più, possono (come nella specie) essere assai risalenti nel tempo, rispetto alla data di definizione del giudizio. Il che dovrebbe escluderne l'attitudine a fondare, nei confronti del condannato, dopo un tale intervallo temporale, un giudizio, di assenza dei requisiti soggettivi per il mantenimento del titolo di abilitazione alla guida, riferito, in via automatica, all'attualità"; cfr. sent. Cost. n. 22/2018, § 7.

comma 4, art. 11, come (i) obbligatoria e (ii) di durata fissa (18 mesi)²⁸.

Nessun dubbio sul fatto che, se all'art. 11 d.lgs. n. 235/2012 fosse riconosciuta la natura giuridica di sanzione, la durata fissa della sospensione dalla carica sarebbe altamente problematica²⁹.

Ma lo stesso vale per la materia cautelare. Su quest'ultimo punto vi è un'altra pronuncia della Consulta sulla quale si deve concentrare l'attenzione: la sentenza n. 240/2018, una pronuncia di rigetto, che però contiene argomenti di fondamentale interesse per il discorso fin qui condotto.

Anche la disposizione censurata in quella sede (art. 55, comma 2, Tuf) permetteva all'Autorità amministrativa di disporre la sospensione da una determinata attività – più precisamente la sospensione dall'esercizio dell'attività di consulente finanziario abilitato all'offerta fuori sede, fino a un massimo di un anno, per chi era imputato per una serie di reati ivi indicati³⁰ – e anch'essa aveva natura cautelare.

La disposizione – tacciata di incostituzionalità in riferimento agli artt. 3 e 117 primo comma Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 4 del protocollo addizionale 7 CEDU – conferiva alla CONSOB, secondo la giurisprudenza, un potere di vigilanza attiva e non sanzionatoria, dunque una funzione solo servente o anticipatoria rispetto ad eventuali provvedimenti sanzionatori³¹.

²⁸ Ad eccezione, come già detto, del caso in cui sopravvenga una sentenza assolutoria o di annullamento anche con rinvio *ex* comma 6 dell'art. 11; si tratta, però, di un'ipotesi pressoché di scuola, quantomeno con riferimento alla misura conseguente a condanna in grado di appello, considerato che il tempo necessario affinché la Corte di cassazione esamini il ricorso avverso la condanna in secondo grado è di gran lunga superiore ai 18 mesi previsti.

²⁹ In seguito alla citata sent. Cost. n. 222/2018, le Ss. Uu., ud. 28 febbraio 2019, hanno previsto che le pene accessorie previste dall'art. 216 legge fall., devono essere determinate in concreto dal giudice in base ai criteri di cui all'art. 133 cod. pen.; sul tema della fissità del *quantum* di pena v. anche Corte cost. n. 63/1963; Corte cost. n. 50/1980; Corte cost. n. 188/1982; Corte cost. n. 475/2002; con riferimento al tema della commisurazione della sanzione amministrativa v., per tutti, C. E. PALIERO – A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1988, p. 121.

³⁰ L'art. 55 Tuf (rubricato *Provvedimenti cautelari applicabili ai consulenti finanziari abilitati all'offerta fuori sede*), è stato soppresso, a partire dal 26/08/2017, dall'art. 2 del d.lgs. n. 129 del 03 agosto 2017, ciò non ha però fatto venire meno la rilevanza della questione posta all'attenzione della Consulta; cfr. Sent. cost. § 3. Il comma 2 della disposizione recitava: "2. La CONSOB può disporre in via cautelare, per un periodo massimo di un anno, la sospensione dall'esercizio dell'attività qualora il consulente finanziario abilitato all'offerta fuori sede sia sottoposto a una delle misure cautelari personali del libro IV, titolo I, capo II, del codice di procedura penale o assuma la qualità di imputato ai sensi dell'articolo 60 dello stesso codice in relazione ai seguenti reati: a) delitti previsti nel titolo XI del libro V del codice civile e nella legge fallimentare; b) delitti contro la pubblica amministrazione, contro la fede pubblica, contro il patrimonio, contro l'ordine pubblico, contro l'economia pubblica, ovvero delitti in materia tributaria; c) reati previsti dal titolo VIII del T.U. bancario; d) reati previsti dal presente decreto".

³¹ Come confermato dalle Ss. Uu. civili della Corte di cassazione, ord. 12 febbraio 2014, n. 3202 e dal Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 5 dicembre 2017, n. 5734; Cons. Stato, sez. VI, 10 settembre 2015, n. 4226, condiviso dalla Consulta, cfr. sent. cost. n. 240/2018, § 4.2, che individua la specifica *ratio* della disposizione nella finalità di evitare il rischio che il coinvolgimento del consulente nel procedimento penale comprometta la fiducia dei risparmiatori e investitori nel buon funzionamento del mercato e nella correttezza degli operatori del mercato stesso (secondo la Consulta, si tratta di un'espressione della funzione di vigilanza che, conformemente a quanto previsto dalle direttive UE, ha per obiettivi, tra gli altri: a) la salvaguardia della fiducia nel sistema finanziario; b) la tutela degli investitori; c) la stabilità e il buon funzionamento del sistema

È la stessa Consulta, peraltro, a tracciare un'analogia fra la misura cautelare del TUF e la disposizione che qui ci occupa³².

Subito dopo aver esplicitato la *ratio* sottesa alla sospensione *ex art.* 55, comma 2, Tuf e ad aver effettuato il parallelo con la legge Severino, la Corte individua la caratteristica fondamentale che garantisce la salvezza alla disposizione censurata: la discrezionalità dell'autorità chiamata ad applicare la misura³³.

4. L'oggetto del giudizio di costituzionalità: fino a che punto è pensabile un recupero delle questioni "implicite"?

Un'ultima riflessione deve essere fatta relativamente all'ampiezza del giudizio di costituzionalità, per valutare la possibilità che la Consulta, in sede di deliberazione della questione – che, come anticipato, è fissata per un'imminente udienza in camera di consiglio il 29 gennaio 2020 – possa "recuperare" la tematica degli automatismi applicativi.

A ben vedere, più che "recuperare" le questioni, sarebbe corretto dire che occorre valutare se la Consulta possa *soffermarsi* sul problema degli automatismi applicativi: è infatti evidente che la loro ammissibilità è un presupposto logico/giuridico per approdare alla questione della differenza del termine della misura (12 mesi contro i 18 *standard*), per come posta dal Tribunale di Vercelli.

Stando alla giurisprudenza costituzionale sul punto, tale possibilità parrebbe da escludersi, perché l'ordinanza di rimessione è chiara nell'esprimere l'intenzione di contenere la questione al confronto fra le due categorie di condanna in appello e alla

finanziario). L'esclusione della natura sanzionatoria/penale della disposizione priva di rilevanza la censura fondata sulla violazione del *ne bis in idem*; cfr. sent. cost. n. 240/2018, § 4.3.

³² "Trattasi perciò di una misura di natura cautelare, non sanzionatoria, posta a tutela di un interesse pubblico, che presenta aspetti di analogia con la pur diversa ipotesi della sospensione dalle cariche elettive, che questa Corte ha qualificato come «misura sicuramente cautelare» rispondente a esigenze proprie della funzione pubblica, non assimilabile a una sanzione di natura penale (sentenze n. 276 del 2016 e n. 236 del 2015)"; v. sent. Cost. cit., § 4.2., la Corte non elabora su tale diversità, ma crediamo non rilevi ai fini della prospettiva qui di interesse.

³³ Stante l'art. 55, comma 2, Tuf, infatti, la CONSOB può (poteva), non deve, disporre. Secondo la Consulta "il provvedimento cautelare in discussione esprime un potere discrezionale della CONSOB, che implica una ponderazione dei vari interessi in gioco: da un lato l'interesse generale a che un soggetto accusato di gravi reati non continui a esercitare un'attività delicata, quale è quella di promozione finanziaria; dall'altro quello personale del consulente imputato alla prosecuzione dell'attività professionale. Nel bilanciamento degli interessi coinvolti, l'autorità procedente deve necessariamente tenere conto del sacrificio imposto agli interessi individuali del professionista e assicurarsi che esso sia necessario e proporzionato alle finalità pubbliche perseguite." Posto che, nel caso di specie, la consulente/imputata che aveva sollevato la questione di costituzionalità, aveva subito l'applicazione una sospensione a titolo di sanzione amministrativa e un periodo di interdizione già disposto dal giudice penale *ex art.* 308, comma 2, c.p.p., così che la Consulta specifica che la CONSOB "nelle valutazioni discrezionali che sottendono l'applicazione della misura cautelare [...] non può non tenere conto degli effetti" di tali misure già subite. Sulla discrezionalità nella commisurazione della sanzione amministrativa, nonché per gli opportuni approfondimenti sugli intrecci fra le varie tipologie di discrezionalità in capo alla pubblica amministrazione cfr. C. E. PALIERO – A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1988, in part. pp. 91 e ss. e pp. 106 e ss., anche per gli opportuni riferimenti bibliografici.

diversità nella rispettiva durata (fissa) della misura.

Ed è proprio l'ordinanza di remissione, secondo un noto principio, a fissare l'oggetto del giudizio di costituzionalità: in una prima formulazione, la Consulta afferma infatti in una serie di pronunce che *“l'oggetto del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale è limitato alle disposizioni e ai parametri indicati nelle ordinanze di remissione”*³⁴.

Lo stesso principio della cristallizzazione del *petitum* nell'ordinanza di remissione (*alias* principio della necessaria corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato) sembra, però, assumere una forma diversa in altre pronunce: altrove, la Consulta non parla di *“disposizioni e parametri indicati nelle ordinanze di remissione”*, ma di *“norme e parametri indicati, pur se implicitamente, nelle ordinanze di remissione”*³⁵.

Sia che ci si limiti a considerare le disposizioni indicate nell'ordinanza, sia che invece si ammetta l'estensione alle norme implicite ivi contenute, le due questioni afferenti agli automatismi applicativi non parrebbero oggettivamente escluse dal contenuto dell'ordinanza di remissione, per lo meno se ci si limita a leggere il suo dispositivo³⁶.

³⁴ Prosegue *“con la conseguenza che non possono essere presi in considerazione ulteriori questioni o profili di costituzionalità dedotti dalle parti, sia eccepiti, ma non fatti propri dal giudice a quo, sia volti ad ampliare o modificare successivamente il contenuto delle stesse ordinanze”*. L'inciso si ritrova, da ultimo, nella recentissima sent. Cost. n. 141/2019, § 2; v. anche, *ex multis*, sent. n. 78/2019, §3; n. 7/2019, § 4; n. 194/2018, § 4; n. 161/2018, § 2; n. 12/2018, § 2; n. 4/2018, § 2; n. 251/2017, § 3; n. 29/2017, § 4; n. 214/2016, § 3.4; n. 96/2016, § 2; n. 231/2015, § 3; n. 56/2015, § 3.1; n. 24/2015, in premessa; n. 83/2015, § 3; n. 271/2011, § 4; n. 236/2009, § 4; n. 56/2009, § 4; n. 86/2008, § 5.1; n. 244/2005, § 2.1; n. 174/2003, in premessa; n. 405/1999, § 2; n. 49/1999, § 3; n. 63/1998, § 3.

³⁵ Così, ad esempio, Corte cost., n. 227/2010; 134/2003, 130/2008, 56 e 236/2009, 50 e 368/2010, 87-114-237/2013, riportate in A. RUGGERI – A. SPADARO, *op. cit.*, p. 211 [v. anche ord. n. 298/2011, ord. n. 139/2011; sent. 184/2011]; gli A. evidenziano che *“in materia di CEDU e bilanciamento fra diritti, dove la Corte sembra invece guardare al “complesso dei diritti”, attenuando l'esclusione dell'estensione/integrazione del parametro: cfr. nn. 264/2012, 85 [caso ILVA di Taranto]-170-202/2013”*. In realtà, quello che si dovrebbe dire è che l'oggetto del giudizio di costituzionalità sono le norme (ovvero una determinata interpretazione), anche se esso finisce ovviamente per colpire la disposizione e conseguentemente ogni norma astrattamente riconducibile a quella disposizione; cfr. A. RUGGERI – A. SPADARO, *op. ult. cit.*, pp. 93 e ss.; V. MANES, *La proposizione...*, cit., p. 247, il quale riporta l'efficace inciso contenuto in sent. Cost. n. 84/1996, secondo cui la Corte *“giudica su norme, ma pronuncia su disposizioni”*; su *“situazione normativa”* e *“diritto vivente”* nell'individuazione dell'oggetto del giudizio di costituzionalità v. A. RUGGERI – A. SPADARO, *op. ult. cit.*, pp. 94-95; V. MANES, *La proposizione...*, cit., p. 241; identificava l'oggetto del giudizio nelle *“norme denunciate nel ricorso o nell'ordinanza”* V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova (1984), 1992, p. 378-379. Per quanto attiene alla portata dell'avverbio *“implicitamente”*, contenuto nell'inciso appena riportato nel testo, secondo una lettura *“restrittiva”* esso potrebbe essere riferito, ad esempio, ai casi in cui l'ordinanza faccia riferimento a una disposizione che rinvia ad un'altra, così che *“implicitamente”* la norma oggetto del giudizio sia quella che si trae dalla disposizione individuata dal rinvio; cfr. Corte cost., n. 117/1979, riportata in V. MANES, *op. ult. cit.*, p. 248, nota 250.

³⁶ Più precisamente, il Tribunale identifica la disposizione denunciata come *“l'art. 11, commi 1, lett. a) e 4, D.Lgs. 31 dicembre 2012 n. 235 nella parte in cui prevede la sospensione dalle cariche [...] per la durata di diciotto mesi anche a carico di coloro che, essendo stati assolti con sentenza di primo grado, abbiano riportato in appello una condanna non definitiva per uno dei delitti indicati [...]”*. Quindi le disposizioni denunciate sono sia il primo comma dell'art. 11, che il *primo inciso* del comma 4 del medesimo articolo (anche se la norma denunciata è quella che applica la sospensione della durata di 18 mesi in caso di condanna intervenuta solo in appello). Le due disposizioni citate, però, sono rispettivamente suscettibili di generare la norma dell'automatismo nell'*an* dell'applicazione della misura (art. 11, comma 1) e la norma

Certo, esse potrebbero essere escluse in forza della motivazione dell'ordinanza, che però, come visto *supra* (§ 3), si rivela assolutamente inidonea a tale scopo³⁷.

Se poi ci si spinge a considerare, più in generale, lo "stato di salute" del principio della cristallizzazione del *petitum* nell'ordinanza di remissione, si devono segnalare alcuni elementi che militano in favore di un suo potenziale ripensamento.

Il segnale più esplicito viene dalla vicenda Cappato, dove l'intervento della Consulta sulla questione, per come posta inizialmente dalla Corte d'Assise di Milano, è stato molto consistente: il giudice *a quo* denunciava l'incostituzionalità di un'intera fattispecie contenuta nell'art. 580 c.p.; la Consulta ha ritagliato al suo interno solo una classe di casi problematici³⁸.

È bene premettere da subito l'elemento che, almeno in apparenza, distingue nettamente il caso Cappato da quello che qui ci occupa: mentre in quella sede la Consulta ha "ridotto", precisato, la questione contenuta nell'ordinanza di remissione, nel caso qui analizzato si tratterebbe, invece, di estendere il giudizio di costituzionalità a norme non esplicitamente ricomprese nel ragionamento dell'ordinanza di remissione.

Si potrebbe dunque essere portati a pensare, confrontando i due casi, che l'operato della Consulta nel caso Cappato desti un minore allarme dal punto di vista del conflitto con la sfera di competenza del legislatore. Si potrebbe, però, obiettare che il fatto stesso di sottrarre alla Consulta la possibilità di rideterminare il proprio oggetto di giudizio, anche se in senso restrittivo, è la prima garanzia di contenimento del suo

dell'automatismo nel *quantum* (art. 11, comma 4, primo inciso).

³⁷ Come avvenuto, ad esempio, nella già citata sent. Cost. n. 222/2018, dove la Consulta considera la motivazione dell'ordinanza per escludere l'appartenenza al *petitum* della questione relativa all'automatismo nell'*an* dell'applicazione della pena accessoria: i casi sono, però, diversi. Mentre in quel caso l'ordinanza quasi non faceva menzione della questione, qui invece l'ordinanza cita le questioni degli automatismi, ma le rigetta con argomenti erranei.

³⁸ La Corte di Assise di Milano aveva sollevato la questione di costituzionalità principale in relazione all'art. 580 c.p. in modo piuttosto scarno, limitandosi a censurare la parte della fattispecie che puniva le condotte di aiuto a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito di suicidio (per contrasto con gli artt. 3, 13, I comma e 117 della Costituzione in relazione agli artt. 2 e 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo); cfr. Corte d'Assise Milano, 14 febbraio 2018, n. 1, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, fasc. n. 2/2018. La Corte costituzionale, non condividendo la questione per come posta dalla Corte d'Assise "nella sua absolutezza" (cfr. § 3 e 4, Corte cost., ord 24/10/2018, n. 207, <https://www.penalecontemporaneo.it>), la rimodula inserendo delle condizioni tratte dalla "paradigmatica vicenda oggetto del giudizio principale". Tali condizioni sono: (i) l'elemento della patologia irreversibile in capo alla "vittima"; (ii) l'elemento delle sofferenze fisiche o psicologiche assolutamente intollerabili; (iii) che sia tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale; (iv) la sussistenza della capacità di prendere decisioni libere e consapevoli; parla di "chirurgico ritaglio del *petitum*" C. CUPELLI, [Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte](#), in *Dir. pen. cont.*, 3 dicembre 2018; parla di "vera e propria ridefinizione della questione di legittimità" R. BARTOLI, nel suo contributo in F.S. Marini – C. Cupelli (a cura di), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte Costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, 2019, p. 1; "drastica delimitazione della questione" M. BIGNAMI, nel suo contributo al medesimo volume, p. 22; v. anche A. VALLINI, *Morire è non essere visto: la Corte costituzionale volge lo sguardo sulla realtà del suicidio assistito*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 805; F. CONSULICH – C. GENONI, *Intervento penale e decisioni sul fine vita. Alla ricerca di un diritto contemporaneo*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 1-bis; G. GENTILE, *La Corte costituzionale e il suicidio assistito, tra giurisdizione e politica*, in *Foro it.*, 2019, p. 1888 ss.

potere³⁹. In ogni caso, la rimodulazione della questione operata dalla Consulta nel caso Cappato può e deve essere intesa in termini di *controllo* sull'ordinanza di rimessione, un'operazione di vero e proprio salvataggio della questione⁴⁰.

Il confronto dovrebbe invece essere impostato non tanto muovendo dal segno (se in senso estensivo o restrittivo) della decisione, quanto dall'analisi dei criteri in base ai quali la Consulta opera (o potrebbe operare, nel nostro caso) tale rimodulazione del *petitum*.

Nel caso Cappato, la Corte è stata guidata dalla considerazione dei valori coinvolti nel caso concreto⁴¹, si è mossa alla ricerca di caratteristiche che le sono sembrate universalizzabili (un'operazione certo non imposta, o comunque presidiata, da cogenti criteri logico-giuridici) e si è trovata a far corrispondere a tale innovazione "in entrata" un'innovazione "in uscita", rinviando il giudizio di un anno⁴².

Tale operazione di universalizzazione può certo essere ricondotta alla metafora del bilanciamento (fra autodeterminazione/dignità da una parte e tutela della vita dall'altra)⁴³, ma quello che veramente con ciò si vuole dire, fuor di metafora, è "solo" che

³⁹ Critica nei confronti dell'ordinanza n. 207/2018, proprio sul punto della violazione del *petitum*, G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. 1/2019, 22 gennaio 2019, p. 2 e ss.; v. anche C. GIUNTA, *Riflessioni sui confini del giudizio di legittimità costituzionale a partire dall' "ordinanza Cappato"*, F.S. Marini – C. Cupelli (a cura di), *op. cit.*, p. 175.

⁴⁰ La Consulta stessa ha riconosciuto che in casi analoghi avrebbe pronunciato l'inammissibilità della questione sollevata, accompagnando la decisione a un monito al legislatore affinché intervenisse; cfr. Corte cost. ord. n. 207/2018, *cit.*, § 11; v. le considerazioni di V. MANES nelle note di udienza del 23 ottobre 2018 disponibile a questo [link](#), con riferimento all'ipotesi di una pronuncia di inammissibilità; sulla possibile natura ancipite della questione per come posta dalla Corte d'Assise v. A. MORRONE, *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale. Riflessioni di un costituzionalista*, Università di Bologna, 12 ottobre 2018, p. 8, reperibile a questo [link](#); sul monito al legislatore v. G. LATTANZI, *Riunione straordinaria del 21 marzo 2019. Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi*, pp. 9-10, disponibile a questo [link](#).

⁴¹ L'insufficienza dello schema del monito al legislatore e l'impossibilità di permettere un'applicazione *medio tempore* della norma incriminatrice derivavano da "le peculiari caratteristiche e [...] la rilevanza dei valori" coinvolti nel caso di specie; cfr. Corte cost. ord. n. 207/2018, *cit.*, § 11; tali motivazioni "di valore" che, agli occhi della Consulta, giustificavano tale decisione erano, su tutti, l'autodeterminazione, ma anche la dignità umana (nella morte); v. C. CUPELLI, *Il caso Cappato ...*, *cit.*, § 8.1; v. anche D. PULITANO, [Il diritto penale di fronte al suicidio](#), in *Dir. pen. cont.*, 2018, 7-8, p. 75; V. MANES nelle note di udienza del 23/10/2018, *cit.*, in part. § 2.1.

⁴² Come noto, infatti, la Consulta in quell'ordinanza ha deciso di sospendere gli effetti della propria decisione di un anno, onde permettere al legislatore di intervenire con una legge *ad hoc*, e lo ha fatto perché la mera estromissione delle ipotesi identificate con i succitati 4 criteri dalla sfera applicativa della fattispecie di cui all'art. 580 c.p. avrebbe lasciato "del tutto priva di disciplina legale la prestazione di aiuto materiale ai pazienti in tali condizioni, in un ambito di altissima sensibilità etico-sociale e rispetto al quale vanno con fermezza preclusi tutti i possibili abusi"; cfr. Corte cost. ord. n. 207/2018, *cit.*, § 10. Il tema della novità della soluzione adottata dalla Consulta è sottolineato dallo stesso Francesco VIGANÒ, Giudice costituzionale, che parla di "ordinanza inedita, nella forma e nella sostanza", nella Prefazione al citato lavoro curato da F.S. Marini e C. Cupelli, nell'ambito del quale l'innovazione contenuta nell'ord. n. 207/2018 è in particolare indagata nei contributi di M. BIGNAMI, U. COREA e C. GIUNTA); sui profili di novità della decisione v. anche F. VIGANÒ, [The Italian Constitutional Court on assisted suicide](#), in *Criminal Justice Network*, 27 novembre 2018.

⁴³ Ancora nelle parole di F. VIGANÒ: "[...] uno spirito di leale collaborazione, e se si vuole di judicial modesty, ricercato però dalla Corte senza rifuggire dalle proprie responsabilità costituzionali, che già oggi sono state esercitate nell'indicare le linee essenziali di un bilanciamento difficile, che il legislatore potrà poi – nell'ambito della propria

esiste un onere di razionalità argomentativa, in capo all'interprete, nella motivazione della scelta di quale norma debba prevalere⁴⁴.

Tale procedimento presenta ineliminabili componenti intuitive, non deduttivamente valide, al di fuori del campo della "verità analitica": il controllo sull'atteggiamento valoriale dell'interprete nei confronti degli interessi in gioco si converte in controllo sulla proiettabilità delle "caratteristiche archetipiche" che costituiscono il caso concreto, si tratta di un procedimento che non è diverso da quello proprio della creazione della fattispecie normativa⁴⁵.

Il cuore problematico di tale procedimento di universalizzazione è il giudizio di valore che esso necessariamente presuppone, dunque un elemento di irrimediabile incertezza, certo non riconducibile a un insieme determinato di regole di selezione né, in generale, formalizzabile.

La tenuta della decisione, dunque, sta tutta nella sua razionalità, ovvero nella sua capacità di difendersi da obiezioni, critiche e richieste di giustificazioni anche solo potenzialmente opponibili dai partecipanti al discorso⁴⁶.

discrezionalità – ulteriormente arricchire e precisare"; ID., *Prefazione*, in F.S. MARINI – C. CUPELLI, *op.cit.*, p. XVIII.

⁴⁴ Cfr. B. CELANO, *Diritti fondamentali e poteri di determinazione nello stato costituzionale di diritto*, in *Filosofia politica*, n. 3/2005, p. 443 "all'immagine del bilanciamento non corrisponde alcun concetto"; v. anche G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Ragion Pratica*, 28, 2007, p. 240 (che si apre con un'eloquente citazione di B. Cardozo sull'uso delle metafore nel diritto); R. BIN, "Al cuor non si comanda". *Valori, regole, argomenti e il "caso" nella motivazione delle sentenze costituzionali*, in A. Ruggeri (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994, p. 323 e ss.; ID., *Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza*, in *Ragion Pratica*, 2000, p. 17; cfr. G. SCACCIA, *Valori e diritto giurisprudenziale*, Relazione al convegno *Valori e Costituzione: a cinquant'anni dall'incontro di Ebrach*, Roma, Luiss-Guido Carli, Facoltà di Giurisprudenza 26 ottobre 2009.

⁴⁵ Cfr. B. CELANO, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, in S. Pozzolo (a cura di), *La legge e i diritti*, Torino, 2002, p. 109, osserva che nella generalizzazione induttiva alcuni tratti del caso sono proiettabili, altri no; G. ITZCOVICH, *Bilanciamento ad hoc e bilanciamento definitorio. Bilanciamento "ragionevolmente definitorio"? Ponderazione fra principi e teoria dell'argomentazione giuridica nella ricerca di Giorgio Maniaci*, in *Diritto e Questioni pubbliche*, n. 3/2003, p. 109; v. anche J. RAZ, *Legal Reasons, Sources and Gaps*, in *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon, 1979, p. 52; I. PORAT, *The dual model of balancing: a model for the proper scope of balancing*, in *Cardozo law review*, 2006, p. 1393; A. STONE SWEET, *Proportionality balancing and global constitutionalism*, in *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, 2008, p. 72; ID., *All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing*, in *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, 2010, p. 1; S. GREER, "Balancing" and the European Court of Human Rights: a contribution to the Habermas-Alexy Debate, in *Cambridge Law Journal*, 2004, p. 412. G. PINO, *Conflitto e bilanciamento ...cit.*; A. TESAURO, *Il bilanciamento degli interessi tra legislatore penale e corte costituzionale: spunti per un'analisi meta-giurisprudenziale*, in *Riv. it dir. proc. pen.*, 2009, pp. 143 e ss.; con specifico riferimento al bilanciamento in riferimento al tema della dignità umana come oggetto di tutela cfr. ID., *Spunti problematici in tema di dignità umana come bene penalmente rilevante*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2012, in part. p. 898 e ss.; di recente l'A. è ritornato sul tema con un ampio studio, suddiviso in tre parti, su diritto penale contemporaneo, dal titolo *Corte edu e Corte costituzionale tra operazioni di bilanciamento e precedente vincolante. Spunti teorico-general e ricadute penalistiche*, in particolare la prima parte è dedicata al bilanciamento ad hoc e la terza parte, che pare non ancora disponibile, dovrebbe riguardare più specificamente l'elaborazione della regola di conflitto da parte della Consulta.

⁴⁶ Cfr. E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Bologna, 1999, p. 98. La decisione assumerebbe dunque le cadenze di un ragionamento di tipo "coerentista", con cui il giudice si preoccupa di esplicitare i fondamenti della decisione, l'"intelligibilità dei valori e delle ragioni" (cfr. A. TESAURO, *Il bilanciamento...*, cit., p.

Per quanto ci sembri impossibile contestare l'opportunità della decisione assunta dalla Corte costituzionale (quantomeno sul piano dei valori), ci pare altrettanto, se non più, difficile affermare che la forma dell'ordinanza n. 207/2018 fosse obbligata: che non si potesse, ad esempio, giungere a una diversa individuazione dei parametri utilizzati per raffinare e precisare la questione sollevata dalla Corte d'Assise⁴⁷.

Non è questa la sede per valutare se il ritratto di Dj Fabo offerto dalla Consulta, tramite la scelta di quegli specifici parametri, sia sufficientemente "paradigmatico": se si è invocata la vicenda, è solo per evidenziare il margine di discrezionalità che ha caratterizzato l'estensione del *petitum* in quella sede.

In conclusione, ritorniamo al caso qui commentato, ed è ora lecito chiedersi: l'estensione del *petitum* – a norme non esplicitamente denunciate dal giudice *a quo* – sarebbe qui altrettanto discrezionale?

Crediamo di no. Riassumendo quanto fin qui esposto, infatti, l'estensione del *petitum* potrebbe fondarsi su criteri molto più prevedibili e "necessitati", quali: (i) gli errori dell'ordinanza di rimessione nel rigettare la questione⁴⁸ e, soprattutto, (ii) la sovra

187, che si rifà a J. Raz) e della "proiezione di ragioni da casi passati a casi futuri, l'estrapolazione dall'attuale al possibile"; così B. CELANO, *Particolarismo, caratterizzazioni di desiderabilità, pluralismo etico. Considerazioni sulla forma del ragionamento pratico*, in *Ragion pratica*, 2006, n. 26, p. 141. È chiaro sul punto il Giudice costituzionale F. Viganò, nella già citata *Prefazione*, laddove parla della "consapevolezza, che tutti noi avevamo, che il ruolo del giudice costituzionale non è (solo) quello di rendere giustizia nel singolo caso concreto dal quale trae origine la questione, ma è, anche e soprattutto, quello di creare le basi per una soluzione "giusta" per un numero indeterminato di casi futuri"; così F. VIGANÒ, in F.S. Marini – C. Cupelli (a cura di), *op. cit.*, p. XVI.

⁴⁷ Il caso concreto ne avrebbe potuto offrire altri: cfr. B. CELANO, "Defeasibility" e bianciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili, in *Diritti&questioni pubbliche*, n. 2 agosto 2002, sull'argomento particolarista, in part. p. 42; v. anche il contributo di F. LAZZERI in F.S. Marini – C. Cupelli (a cura di), *op. cit.*, pp. 194 e ss., in part. p. 196 e ss., che evidenzia alcune criticità del requisito della dipendenza del paziente dal trattamento di sostegno vitale.

⁴⁸ È infatti indubabilmente un errore quello ritenere che la giurisprudenza della Consulta sulla legge Severino abbia già risolto la questione, soprattutto se, allargando la prospettiva alla giurisprudenza costituzionale non strettamente relativa alla legge Severino, emergono, come visto (*supra*, § 3) sufficienti spunti per valutare la fondatezza della questione e per argomentare in favore del suo accoglimento. Senza contare che l'art. 24, comma 1, l. n. 87/1953 prevede che "L'ordinanza che respinga la eccezione di illegittimità costituzionale per manifesta irrilevanza o infondatezza, deve essere adeguatamente motivata"; constata che tale obbligo di motivazione rinforzata è spesso violato dai giudici V. MANES, *La proposizione...*, cit., p. 187, in part. nota 47. Si veda, però, Corte cost. n. 195/2018, ove la Corte rigetta la questione opponendo il fatto di essersi già pronunciata sul punto, citando però lo specifico precedente e riprendendone i punti salienti, ben diversamente da come fatto nell'ordinanza del Tribunale di Vercelli nell'ordinanza qui commentata (e rigetta come irrituale un "atto di integrazione" presentato dal giudice rimettente successivamente all'atto di promovimento). Se non fosse per controllare eventuali errori contenuti nell'ordinanza, perché l'art. 23, l. n. 87/1953 prevede che l'ordinanza debba riferire "i termini ed i motivi della istanza con cui fu sollevata la questione"?

Infine, si deve considerare che il Tribunale finisce per sollevare una questione diversa da quelle presentate dalla parte. Relativamente al tema dei poteri, in capo al giudice *a quo*, di rimodulazione dell'istanza di rimessione per come presentata dalla parte si contrappongono due visioni. Secondo la prima, il giudice può anche accogliere solo parzialmente la questione, modificandola e trasformandola (in senso riduttivo o ampliativo), eventualmente reinterpretando le disposizioni impugnate e le norme evocate come parametro; cfr. R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, 1985, p. 66 e ss.; un'altra teoria ritiene, invece – valorizzando l'art. 23, l. n. 87/1953 nella parte in cui afferma che il giudice di merito

ordinazione logico-giuridica della questione “implicita”, rispetto a quella fatta oggetto dell’ordinanza di rimessione.

Vale invece la pena di soffermarsi, in conclusione, sul criterio della presupposizione logico-giuridica della questione dell’automatismo⁴⁹.

Un tale criterio di stretta consequenzialità è già presente nella disciplina normativa del giudizio di costituzionalità, ovvero nell’art. 27, l. n. 87/1953, che sancisce che la Consulta si pronunci, quando accoglie la questione, su “*altre disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come conseguenza dalla decisione adottata*”.

Nonostante sia un potere eccezionale⁵⁰, si deve dare atto del fatto che la Corte dimostra di fare un uso ampio, non limitato ai casi in cui viene dichiarata l’illegittimità costituzionale conseguente di disposizioni che *presuppongono* quella oggetto della questione, ma anche a casi, ad esempio, in cui si estende il vizio in base al (diverso) criterio dell’analogia⁵¹.

In conclusione di questa “provocazione”, dobbiamo certo dare atto del fatto che, se si ammettesse un tale scenario come quello qui evocato – ove esiste un potere eccezionale in capo alla Consulta di controllo dell’ordinanza di rimessione – rimarrebbe poi ovviamente aperto il problema delle rime obbligate. È infatti evidente che pronunciare l’incostituzionalità (i) dell’automatismo relativo all’*an* nell’applicazione della sospensione dalla carica; (ii) dell’automatismo relativo al *quantum* ovvero, infine, (iii) della sola parte della disposizione in cui si stabilisce una determinata durata invece di un’altra per un caso particolare, non è assolutamente la stessa cosa: si tratta di tre opzioni ben distinte, ciascuna delle quali suscettibile di comportare una pronuncia diversa, e ciascuna delle quali con una diversa possibilità di riscontrare una sostituzione costituzionalmente obbligata già presente nell’ordinamento.

Ci fermiamo qui, l’intento era solo quello di evidenziare che, in alcuni casi, il

“emette ordinanza con la quale, riferiti i termini e i motivi dell’istanza con cui fu sollevata la questione” – che il giudice a quo possa, a tutto concedere, aggiungere un *aliquid novi* rispetto alla primigenia istanza, ma non far valere, con un’unica ordinanza, due diverse q.l.c. sulla diversa legge” (cfr. Corte cost. n. 96/2012); cfr. A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, p. 211; v. anche V. MANES, *La proposizione...*, cit., p. 189, dove il dibattito è ripreso.

⁴⁹ Un buon esempio del ricorso a un criterio di consequenzialità logico-giuridica da parte della Consulta è sent. n. 322/2007, sul tema dell’*error aetatis*. In quella sede, la Consulta decide nel senso dell’inammissibilità della questione per come posta dal giudice rimettente, denunciando (*ibid.*, § 3) la carenza della necessaria consequenzialità logico-giuridica fra le premesse argomentative del rimettente e il *petitum* formulato nell’ordinanza, concernente l’art. 609 *quinquies* c.p. nella sua globalità; più oltre si parla di “salto logico” fra premesse e *petitum* dell’ordinanza (*ibid.* § 4).

⁵⁰ Eccezione al principio della corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato; cfr. V. CRISAFULLI, *op. cit.*, p. 380.

⁵¹ Ad esempio nella recente sent. n. 149/2018, la Consulta pronuncia l’incostituzionalità dell’esclusione dai benefici penitenziari prevista dall’art. 58 *quater*, comma 4, l. n. 354/1975 per i condannati all’ergastolo per il delitto di cui all’art. 630 c.p. (questione sollevata dal ricorrente) e dichiara altresì, in via consequenziale, l’illegittimità costituzionale della parte della medesima disposizione che escludeva tali benefici anche per i condannati all’ergastolo ex art. 289 *bis* c.p., argomentando concisamente in base al solo fatto che si tratterebbe di una “disciplina identica”; cfr. V. MANES, *La proposizione...*, cit., p. 242 e ss., il quale registra più in generale l’uso “generoso” del potere di modifica del *petitum* qui in oggetto da parte della Consulta, citando quali ulteriori esempi sent. cost. n. 236/2018 e n. 333/2009 il che, però, non sempre accade: si vedano le riflessioni conclusive di S. DELSIGNORE, *L’ultima spallata...*, cit. sul caso ivi commentato.

controllo della Consulta sull'ordinanza di rimessione può (almeno apparire) molto più rigidamente predeterminato e rigoroso di quanto si possa pensare: sono solo spunti che si possono valorizzare nel contesto del (potenziale?) mutamento di paradigma del giudizio di costituzionalità, dove anche il *tertium comparationis* e le rime obbligate stanno attraversando progressive rimodulazioni⁵².

⁵² Il tema è troppo ampio per essere qui affrontato, per un'introduzione a come il giudizio di ragionevolezza e il principio delle rime obbligate abbiano subito alcune "mutazioni" rinviamo ai contributi citati *supra* alla nota 9. Nel caso Cappato, la Consulta, nel proprio comunicato stampa del 25 settembre 2019, ha fatto sapere di essere giunta alla preannunciata sentenza di parziale incostituzionalità dell'art. 580 c.p. e cerca una riconciliazione con il principio delle rime obbligate (dopo l'innovazione portata con l'ord. n. 207/2018) subordinando la non punibilità *ex art.* 580 c.p. al rispetto delle modalità previste dalla normativa sul consenso informato, sulle cure palliative e sulla sedazione profonda continua (art. 1 e 2 l. n. 219/2017) e alla verifica sia delle condizioni richieste che delle modalità di esecuzione da parte di una struttura pubblica del SSN, sentito il parere del comitato etico territorialmente competente: la Corte dunque, anche a fini di tutela di persone specialmente vulnerabili, desume le specifiche condizioni e modalità procedurali da norme già presenti nell'ordinamento, in attesa di un intervento da parte del legislatore. Si vedano anche le riflessioni di F. PALAZZO, *Un "nuovo corso" della Corte costituzionale?*, in *Cass. pen.*, 2019, in part. p. 2400, ove: *"Dinanzi a una situazione siffatta non solo è naturale che la Corte costituzionale si faccia più avvertita, più incline ad assumere un controllo più diretto e accentrato dell'involuzione che corrode il sistema. Ma è anche del tutto consequenziale che i suoi strumenti si facciano più penetranti"*.

ZONE FRANCHE E INFILTRAZIONI CRIMINALI: UNA SFIDA GLOBALE TRA MODELLI INTERNI VIRTUOSI E RECENTI STANDARD DI TUTELA SOVRANAZIONALI ^(*)

di Jacopo Della Torre

Negli ultimi decenni, sempre più Stati hanno perseguito lo scopo di promuovere la crescita economica mediante l'istituzione di "zone franche". La comunità internazionale ha, peraltro, progressivamente preso coscienza dei significativi rischi per la sicurezza che derivano da tali territori. Alcune free trade zones hanno, infatti, costituito terreno fertile per gruppi criminali, i quali hanno sfruttato la presenza di minori controlli doganali per sviluppare i loro traffici delittuosi. Il presente articolo ha l'obiettivo di indagare questo "volto oscuro" delle free zones lungo tre direttrici diverse. Nella prima parte, si compirà una ricostruzione di sintesi degli studi nei quali è stato denunciato il pericolo del radicarsi di fenomeni malavitosi nelle zone franche. La seconda ha ad oggetto il panorama italiano: si utilizzerà la complessa e tratteggiata realtà del porto franco di Trieste, al fine di verificare se l'ordinamento nostrano sia, dal canto suo, del tutto al riparo da criticità di tal tipo. L'ultima parte si concentrerà, infine, sui più recenti atti, adottati a livello sovranazionale, a seguito della progressiva presa di coscienza circa i problemi per la sicurezza europea (e non solo) che affliggono le free trade zones.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La progressiva presa di coscienza di un problema globale. – 3. Un esempio italiano: prevenzione e repressione dei reati nel porto franco di Trieste. – 4. *Segue*. Il complesso regime giuridico dello scalo giuliano. – 5. *Segue*. Disorientamenti esegetici in punto di esistenza di un limite alla giurisdizione italiana nel porto franco di Trieste. – 6. *Segue*. Le iniziative virtuose più recenti di contrasto alla criminalità nello scalo giuliano. – 7. La reazione sovranazionale all'emersione del problema delle infiltrazioni criminali nelle zone franche. – 8. Riflessioni conclusive.

^(*) Il contributo è frutto del progetto di ricerca "Prevenzione e repressione dei reati nel porto franco di Trieste", svolto presso il Dipartimento IUSLIT dell'Università degli Studi di Trieste (tutor Prof. Mitja Gialuz). Si ringrazia l'Autorità di Sistema Portuale del Mare Adriatico Orientale per la preziosa collaborazione.

1. Premessa.

Negli ultimi decenni, sempre più Stati hanno istituito nei loro ordinamenti giuridici “zone franche”¹, ossia aree in cui «*any goods introduced are generally regarded, insofar as import duties and taxes are concerned, as being outside the Customs territory*»². Come si desume da molteplici studi³, la crescita quantitativa delle *free trade zones* ha avuto proporzioni davvero esponenziali: se, infatti, secondo le stime più accreditate, nel 1975 ne esistevano globalmente solo 79⁴, oggi se ne contano svariate migliaia⁵, dislocate in 135 Paesi attorno al mondo⁶.

È bene precisare fin da subito che neppure l’Unione europea è rimasta estranea a questo circolo espansivo: dall’esame della lista di *free zones*, progressivamente aggiornata dalla Commissione, è possibile affermare che, al giorno d’oggi, vi sono più di 70 di questi territori nella sola “piccola Europa”⁷. La gran maggioranza degli Stati UE

¹ Per un’introduzione al concetto *de quo*, cfr. A. DE CICCIO, voce «Zone franche» e «depositi franchi», in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., Agg. V, 2009, pp. 726 ss.; V. POLLERI, voce *Porti e punti franchi*, in *Nov. Dig. it.*, App. V, 1984, pp. 1117 ss.; nonché M. UDINA – G. CONETTI, voce *Zone franche*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXXVII, pp. 1 ss. Cfr. anche L. PISCITELLI, voce *Punti franchi*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, 1988, pp. 1145 ss., il quale ricorda che «negli ordinamenti moderni, con la locuzione “zona franca” vengono indicati alcuni istituti di diritto doganale, caratterizzati dall’applicazione ad un determinato ambito territoriale di un regime particolare di esenzione doganale, generalmente configurato come finzione giuridica di estraneità della porzione territoriale costituita in zona franca al territorio doganale dello Stato».

² La definizione è tratta dall’art. E.1/F1 del capitolo 2 dell’allegato D al Protocollo di emendamento della Convenzione internazionale del 18 maggio 1973 per la semplificazione e l’armonizzazione dei regimi doganali, concluso a Bruxelles il 26 giugno 1999, comunemente noto come “Convenzione di Kyoto riveduta” (sul punto v. A. VISKI – Q. MICHEL, *Free Zones and Strategic Trade Controls*, in *Strategic Trade Review*, 2016, p. 29). È bene, peraltro, chiarire che, al giorno d’oggi, esistono molteplici tipologie di “zone franche”, le quali differiscono in modo sostanziale a seconda del luogo in cui le stesse sono situate dal tipo di attività commerciali svolte al loro interno. Siffatta eterogeneità si riflette sul piano lessicale: se è vero, infatti, che la locuzione “zona franca” (a cui corrisponde, in lingua inglese, quella di *free trade zone*, oppure di *free zone*) è la più comune, nella letteratura internazionale vi sono molte altre espressioni con cui ci si riferisce a luoghi analoghi, quali, ad esempio, “porto franco” (*free port*), “export processing zone”, “special economic zone”, “industrial zone” (cfr., ad esempio, a riguardo, R. KORVER (EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE), *Money laundering and tax evasion risks in free ports*, Bruxelles, 2018, specialmente p. 12). Nella presente analisi si è scelto di preferire (e di utilizzare in modo sinonimico) le locuzioni “porti franchi”, “zone franche”, “free trade zones” e “free zones”, in quanto le stesse sono le più ricorrenti a livello eurounitario, trovando, oramai, un esplicito riconoscimento in plurimi atti di diritto derivato UE.

³ Cfr., per una sintesi a riguardo, K. OMI, “Extraterritoriality” of Free Zones: The Necessity for Enhanced Customs Involvement, in *WCO Research Paper*, n. 47, settembre 2019, p. 5.

⁴ Il dato è desumibile dallo studio della INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (ILO), *Trade Union Manual on Export Processing Zones*, Ginevra, 2014, p. 4.

⁵ Secondo la stima proposta nello studio di THE ECONOMIST, *Special economic zones. Not so special*, in <https://www.economist.com/leaders/2015/04/04/not-so-special>, 4 aprile 2015, nel 2015 vi sarebbero state globalmente circa 4.300 zone franche.

⁶ V. FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF), *Money Laundering vulnerabilities of Free Trade Zones*, Parigi, 2010, p. 4.

⁷ La lista delle *free zones* dell’Unione è reperibile al seguente link: https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/customs-procedures/what-is-importation/free-zones_en. Non va, peraltro, tralasciato che nella UE esistono molte migliaia di altri depositi soggetti a “procedure di immagazzinamento speciali” che «possono offrire lo stesso livello di segretezza e gli stessi vantaggi fiscali

possiede, invero, almeno una zona franca e un buon numero di ordinamenti – tra cui l'Italia – ne ha persino due o più⁸. Pertanto, anche nell'Unione europea, laddove le aree in questione trovano – a differenza di quanto accade altrove – una disciplina comune nel codice doganale eurounitario⁹, la scelta di non avvalersi di tali meccanismi rappresenta, nella prassi, l'eccezione rispetto alla norma.

Com'è facilmente intuibile, un successo tanto marcato trova le sue radici in precise ragioni di ordine economico. Le *free zones* sono diventate sempre più popolari perché capaci di attrarre cospicui investimenti, grazie alla promessa di un'eterogenea serie di benefici in favore di coloro che decidono di operare in questi territori¹⁰. Siffatte aree perseguono, invero, l'obiettivo di promuovere il commercio e la crescita economica eliminando, ad esempio, «le tariffe doganali, i contingenti e altre imposte e riducendo al minimo i requisiti burocratici, tra cui alcune procedure doganali e doveri di trasparenza»¹¹. Tenuto conto dei vantaggi assicurati dalle *free zones*, non c'è da stupirsi che le stesse diano lavoro a più di 66 milioni di persone attorno al globo¹² e siano in grado di generare «over USD 500 billion in direct trade-related value added»¹³, né che il Governo del Regno Unito abbia di recente annunciato di voler istituire fino a 10 nuovi porti franchi, come parte di un piano finalizzato ad affrontare le sfide economiche poste dalla Brexit¹⁴.

Ma vi è di più. Non va del pari tralasciato che, specie negli ultimi anni, hanno iniziato ad avere sempre maggiore successo anche tipologie peculiari di zone franche, destinate non al commercio di beni di largo consumo o alla trasformazione industriale, ma alla custodia o allo scambio di beni di lusso (opere d'arte, gioielli e oro), le quali garantiscono ai propri clienti oltre a un regime di tassazione di favore, anche cospicui

(indiretti)» (in questo senso, cfr. la risoluzione del Parlamento europeo, del 26 marzo 2019, sui reati finanziari, l'evasione fiscale e l'elusione fiscale, (2018/2121 (INI)), § 206).

⁸ Nell'elenco delle zone franche UE, aggiornato al 20 dicembre 2019, compaiono tre *zones* italiane, ossia il *free port* di Trieste, il punto franco di Venezia e la zona franca doganale di Portovesme.

⁹ Cfr. artt. 243 e ss. del regolamento (UE) 2013/952, del 9 ottobre 2013, che istituisce il codice doganale dell'Unione, in *G.U.U.E.*, L 269/1. Per una sintesi dell'evoluzione normativa eurounitaria in materia, anteriore al vigente codice doganale UE, cfr. A. DE CICCO, voce «Zone franche» e «depositi franchi», cit., p. 727.

¹⁰ Per un'ampia analisi sul punto, cfr. *FIAS (WORLD BANK), Special economic zones: performance, lessons learned, and implications for zone development*, Washington, 2009, *passim*. Si veda, in proposito, anche l'efficace sintesi di W. DE JONG, *Establishing Free Zones for regional development*, in [www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2013/130481/LDM_BRI\(2013\)130481_REV1_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2013/130481/LDM_BRI(2013)130481_REV1_EN.pdf), p. 2.

¹¹ La citazione è tratta dall'allegato alla proposta di decisione del Consiglio, sulla posizione che dovrà essere assunta a nome dell'Unione europea nel comitato sulla governance pubblica dell'OCSE e nel Consiglio dell'OCSE in merito al progetto di raccomandazione sul contrasto del commercio illecito: rafforzare la trasparenza nelle zone franche, COM (2019) 294 final, § 4.

¹² In questo senso, v. *INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (ILO), Trade Union Manual on Export Processing Zones*, cit., p. 3.

¹³ Così si esprime, testualmente, lo studio dell'OECD – EUIPO, *Trade in Counterfeit Goods and Free Trade Zones*, Parigi, 2018, p. 16.

¹⁴ Si vedano, in proposito, i seguenti articoli: *Post-Brexit plans unveiled for 10 free ports*, in <https://www.bbc.com/news/49198825> e *Freeports are no panacea for risks of no-deal Brexit*, in <https://www.ft.com/content/715ec922-b92c-11e9-96bd-8e884d3ea203>.

benefici in termini di sicurezza e di segretezza¹⁵. A detta dell'*European Parliamentary Research Service (EPRS)*, la repentina ascesa di siffatto *genus* di *free ports* ha una spiegazione precisa: ciò si deve «*to the increasing crackdown by governments on bank secrecy and tax evasion*»¹⁶. In sostanza, l'introduzione del *Foreign Account Tax Compliance Act (FACTA)*, negli Stati Uniti, e della direttiva 2011/16/UE, relativa alla cooperazione amministrativa nel settore fiscale¹⁷, a livello eurounitario, hanno reso «*hard for individuals to escape taxation on proceeds of funds held in bank accounts*»¹⁸; il che ha portato poi molti soggetti o imprese a investire in zone franche del lusso, quali, ad esempio, lo storico *free port* di Ginevra in Svizzera¹⁹, oppure quello, creato solo nel 2014, nel Granducato del Lussemburgo²⁰.

Ciò premesso, va precisato che il fenomeno delle *free trade zones* è caratterizzato non solo da innegabili luci, dati gli imponenti vantaggi in termini di crescita monetaria assicurati dalle stesse, ma anche da alcune significative ombre. Negli ultimi tempi, plurime ricerche²¹ hanno, invero, dimostrato che siffatti territori corrono il rischio di costituire terreno fertile per la commissione di diverse tipologie di reati e persino per le attività di gruppi criminali organizzati e terroristici, intenti a individuare nuovi modi per sviluppare i loro traffici delittuosi. La comunità internazionale ha così preso coscienza di come, in diversi Paesi, lo sviluppo repentino di queste aree non è stato

¹⁵ In tema, v., ampiamente, R. KORVER (*EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE*), *Money laundering and tax evasion risks in free ports*, cit., p. 13 s., nonché l'articolo ARTSY EDITORS, *The Role of Free ports in the Global Art Market*, in <https://www.artsy.net/article/artsy-editorial-freeports-operate-margins-global-art-market>, 14 luglio 2017.

¹⁶ Così, testualmente, R. KORVER (*EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE*), *Money laundering and tax evasion risks in free ports*, cit., p. 13.

¹⁷ In G.U.U.E., 11 marzo 2011, L 64/1.

¹⁸ R. KORVER (*EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE*), *Money laundering and tax evasion risks in free ports*, cit., p. 13.

¹⁹ Al riguardo, v. W. GOMPERTZ, *Geneva Free Port: The greatest art collection no-one can see*, in <https://www.bbc.com/news/entertainment-arts-38167501>.

²⁰ Cfr. J. RANKIN, *Inside the Luxembourg free port storing riches for the super-wealthy*, in <https://www.theguardian.com/business/2019/jul/06/inside-the-luxembourg-free-port-storing-riches-for-the-super-rich>, 6 luglio 2019.

²¹ Per una presentazione della questione, che verrà affrontata ampiamente nel § 2, cfr. C.R. FULLER, *Transparency in the Backbone of Global Supply Chains: Foreign Trade Zones*, in <https://rusi.org/commentary/transparency-backbone-global-supply-chains-foreign-trade-zones>, 16 ottobre 2019; I. CHASE – A. MOISEIENKO – A. REID, *Free Trade Zones and Financial Crime – A Faustian Bargain?*, in <https://rusi.org/commentary/free-trade-zones-and-financial-crime-faustian-bargain>, 5 novembre 2019; D. NEALE, *Free trade zones: a Pandora's box for illicit money*, in <https://gfintegrity.org/free-trade-zones-a-pandoras-box-for-illicit-money/>, 7 ottobre 2019; A. SHAH, *Free-Trade Zones Attract Criminals*, in <https://www.nytimes.com/2010/11/11/world/middleeast/11iht-m11mtrade.html>, 10 novembre 2010; P. STRYSKOWSKI – B. BELOW, *Free Trade Zones: A Free Ride for Counterfeiters?*, in <https://www.oecd.org/gov/risk/blog-free-trade-zones-a-free-ride-for-counterfeiters.pdf>; THE ECONOMIST, *The Global Illicit Trade Environment Index. A report by the Economist Intelligence Unit. Free trade zones. Five Case Studies*, 2018, in www.illicittradeindex.eiu.com/documents/EIU%20Global%20Illicit%20Trade%20Environment%20Index%202018%20-%20FTZ%20June%206%20FINAL.pdf, p. 4. In lingua italiana, v. R. GALULLO – A. MINCUZZI, *Porti franchi dell'Est Europa «buco nero» per riciclaggio ed evasione*, in <https://www.ilsole24ore.com/art/porti-franchi-dell-est-europa-buco-nero-riciclaggio-ed-evasione-AEMHw4aG>, 6 novembre 2018.

accompagnato dall'«adozione di norme e regolamenti atti a disciplinare una sorveglianza efficace delle attività nelle zone franche»²².

Il presente lavoro ha l'obiettivo di indagare proprio siffatto "volto oscuro" delle *free zones* lungo tre direttrici diverse.

Nella prima parte, si compirà una ricostruzione di sintesi degli studi nei quali è stato denunciato il pericolo del radicarsi di fenomeni criminali nelle zone franche²³. Un tanto permetterà di aumentare la consapevolezza – ancora relativamente bassa, specie nella letteratura italiana – sui rischi legati ai luoghi in questione e di fornire un quadro delle principali tipologie di reati che possono affliggerli, nonché delle cause che favoriscono tale fenomeno patologico.

La seconda ha ad oggetto il panorama italiano: si utilizzerà la complessa e tratatizia realtà del porto franco di Trieste quale esempio utile a far comprendere come, da un lato, pure nel nostro Paese le aree in esame vadano monitorate con grande attenzione, e, da un altro, le autorità interne abbiano intrapreso iniziative virtuose, per evitare che uno degli scali più importanti d'Europa, quale è quello giuliano, subisca infiltrazioni di organizzazioni malavitose²⁴.

L'ultima parte²⁵ si concentrerà, infine, sui più recenti atti, adottati a livello sovranazionale, a seguito della progressiva presa di coscienza circa le criticità che affliggono le *free trade zones*, e, in particolare, sulla raccomandazione dell'OCSE, approvata alla fine del 2019, sul contrasto del commercio illecito: rafforzare la trasparenza nelle zone franche²⁶. Come si avrà modo di vedere, il provvedimento *de quo*, avendo cristallizzato una serie organica di *standard*, volti a rendere le zone franche "a prova" di infiltrazioni criminali, pare aver fornito un deciso passo avanti nella giusta direzione. Lo stesso, infatti, è ispirato da un lodevole approccio sistematico ed equilibrato, che pare rappresentare il modo migliore per continuare a favorire lo sviluppo di aree strategiche per l'economia europea (e non solo), senza con ciò rinunciare all'idea di costruire, anche da questo punto di vista, un effettivo spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

2. La progressiva presa di coscienza di un problema globale.

Se è vero che l'istituto giuridico della zona franca ha radici storiche assai lontane²⁷, va preso atto che è solo negli ultimi decenni che la consapevolezza circa i rischi,

²² In tal senso, v. la proposta di decisione del Consiglio UE, COM (2019) 294 final, § 3.

²³ Cfr., *infra* § 2.

²⁴ Si veda, *infra* §§ 3 – 6.

²⁵ Sul punto, v. *infra* § 7.

²⁶ Il rinvio va alla *OECD Recommendation on Countering Illicit Trade: Enhancing Transparency in Free Trade Zones*, del 21 ottobre 2019, reperibile online al seguente link: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0454>.

²⁷ Cfr., a riguardo, ampiamente, B. BRUNDU, *Zone franche: sviluppi e orientamenti geoeconomici. La Sardegna al centro del Mediterraneo*, Milano, 2017, pp. 13 ss.; F. TRAMPUS, *Free ports of the world*, Trieste, 1999, pp. 41 ss. Si vedano anche i documenti consultabili al seguente link: <https://www.helsinki.fi/en/researchgroups/a->

determinati da siffatte aree, è man mano aumentata. Come anticipato, questa svolta ha avuto luogo soprattutto grazie al compimento di un ventaglio sempre più ampio di ricerche, elaborate sotto l'egida di istituzioni sovranazionali.

A tal proposito, un ruolo pionieristico sul punto va riconosciuto alla *Caribbean Financial Action Task Force (CFATF)*, ovvero un'organizzazione intergovernativa di Stati, appartenenti al bacino caraibico, istituzionalmente deputata a combattere il riciclaggio di denaro e il terrorismo²⁸. Ci si riferisce, più precisamente, al fatto che, già nel 2001, la CFATF, dopo aver svolto uno studio preparatorio, dal quale era emerso che le zone franche, dislocate in quest'area geografica, erano «*especially vulnerable to misuse by criminals engaged in illicit trafficking of narcotics, other serious crimes, and related trade-based money laundering*», ha adottato delle linee guida *ad hoc*, con l'obiettivo di contrastare i fenomeni delittuosi in tali luoghi²⁹. Si tratta di un atto assai avanzato e ben concepito: l'idea di fondo alla base dello stesso, infatti, è quella – senz'altro condivisibile e sviluppata in seguito da molte altre organizzazioni sovranazionali – secondo cui il modo più efficace per approcciarsi al problema del propagarsi della criminalità nelle aree in esame è quella di migliorare la cooperazione sovranazionale tra Stati e di raggiungere un equilibrio «*between protecting and promoting the economic potential of Free Trade Zones, while at the same time providing effective preventative measures and all the tools required in order to effectively combat crime in them*»³⁰. Ed è proprio in ossequio a tale meritoria impostazione che la CFATF ha invitato i Paesi membri non a chiudere le *free zones*, ma a implementare una serie di misure specifiche, quali, ad esempio, l'introduzione di norme *ad hoc*, volte a contrastare il riciclaggio³¹, oppure intese a rendere le transazioni economiche, compiute in siffatti territori, più trasparenti e dunque controllabili dalle autorità di *law enforcement*³².

Non si è dovuto attendere molto affinché l'esempio della CFATF venisse seguito, non solo da altre organizzazioni sovranazionali americane³³ e dalla *International Trademark Association*³⁴, ma anche dalla *Financial Action Task Force (FATF)*, la quale, com'è noto, rappresenta un assai più ampio organismo inter-governativo, costituito nel 1989 in occasione di un vertice di Capi di Stato e di Governo del G7 di Parigi, con lo scopo di

global-history-of-free-ports.

²⁸ Per maggiori informazioni, si consulti il seguente link: <https://www.cfatf-gafic.org/>.

²⁹ Il rinvio va al documento CFATF, *Money Laundering Prevention Guidelines for CFATF Member Governments, Free Trade Zone Authorities, and Merchants*, del 29 marzo 2001, da cui è tratta anche la citazione testuale che precede.

³⁰ CFATF, *Money Laundering Prevention Guidelines for CFATF Member Governments, Free Trade Zone Authorities, and Merchants*, cit., *Background*, § 11.

³¹ Si vedano, in particolare, i paragrafi 1 (b); 3 e 4 delle *Conclusions and Recommendations* della CFATF, *Money Laundering Prevention Guidelines for CFATF Member Governments, Free Trade Zone Authorities, and Merchants*, cit.

³² Cfr. § 1 (e) delle *Conclusions and Recommendations* della CFATF, *Money Laundering Prevention Guidelines for CFATF Member Governments, Free Trade Zone Authorities, and Merchants*, cit.

³³ Il rinvio va, ad esempio, alle *Best Practices to Increase Security in Free Trade Zones in Ports and Tax Free Ports*, adottate dalla *Inter-American Drug Abuse Control Commission* dell'Organization of American States.

³⁴ Ci si riferisce alla *Board Resolution on The Role of Free Trade Zones and Free Ports in the Transshipment and Transit of Counterfeit Goods*, adottata l'8 novembre 2006.

contrastare il riciclaggio di denaro, il finanziamento al terrorismo, di cui fanno parte anche molti Paesi europei, tra cui l'Italia³⁵. Nel 2010 siffatta istituzione ha, invero, pubblicato il primo studio globale dedicato alla tematica del rischio di infiltrazioni criminali nelle *free trade zones*, ove si è denunciato che il pericolo *de quo*, lungi dall'essere tipico soltanto di economie meno sviluppate, assume, per contro, una preoccupante portata mondiale³⁶. Il *report* della FAFT ha, in estrema sintesi, individuato una serie di vulnerabilità diffuse³⁷, che rendono le zone franche di molti Paesi particolarmente esposte agli interessi di gruppi criminali organizzati (anche di matrice terroristica), tra cui spicca il fatto che le autorità doganali e di polizia svolgano generalmente all'interno di siffatti territori controlli assai meno penetranti rispetto a quanto di norma accade al di fuori di essi³⁸. Se si somma a tale lacuna concernente il regime dei controlli, la scarsa trasparenza delle transazioni economiche concluse in alcune *free zones*³⁹, acuita dal fatto che spesso non si è a conoscenza di chi sia il titolare effettivo dei beni ivi introdotti, nonché la mancanza di efficaci sistemi di coordinamento tra autorità operanti dentro e fuori alle stesse⁴⁰, non stupisce che la ricerca della FAFT abbia confermato che le aree in esame sono particolarmente permeabili a molteplici forme di reati, quali, ed esempio, il riciclaggio di denaro, il traffico di esseri umani e quello di droghe, il contrabbando (in particolare di sigarette), la produzione o vendita di beni contraffatti e la commissione di vari delitti o frodi tributarie⁴¹.

Com'era prevedibile, la presa d'atto di quanto fosse alta la probabilità che le *free zones* potessero fungere da poli di attrazione per consorterie criminali e terroristiche ha portato pure altri enti sovranazionali, tra cui l'*International Chamber of Commerce (ICC)*⁴² e la *World Customs Organization (WCO)*⁴³, a incrementare i loro sforzi con riguardo alla tematica *de qua*.

Le nuove ricerche compiute da tali istituzioni (o sotto l'egida delle stesse) hanno, peraltro, confermato i timori della FAFT. Le stesse, infatti, hanno ribadito, non solo che la problematica della criminalità nelle zone franche ha una dimensione globale⁴⁴, ma

³⁵ Per maggiori informazioni, cfr. <https://www.fatf-gafi.org/about/>.

³⁶ Cfr. FAFT, *Money Laundering vulnerabilities of Free Trade Zones*, cit., p. 5, ove si afferma che «*the misuse of free trade zones impacts all jurisdictions including those without FTZs of their own, because goods can originate from or be transhipped through FTZs not subject to adequate export controls*».

³⁷ Si veda, in particolare, FAFT, *Money Laundering vulnerabilities of Free Trade Zones*, cit., pp. 15 ss.

³⁸ In proposito, v. FAFT, *Money Laundering vulnerabilities of Free Trade Zones*, cit., p. 16.

³⁹ Sul punto, v. FAFT, *Money Laundering vulnerabilities of Free Trade Zones*, cit., p. 16.

⁴⁰ Cfr. FAFT, *Money Laundering vulnerabilities of Free Trade Zones*, cit., p. 17.

⁴¹ Si veda, in particolare, FAFT, *Money Laundering vulnerabilities of Free Trade Zones*, cit., pp. 17 ss.

⁴² Il rinvio va a ICC, *Controlling the Zone: Balancing facilitation and control to combat illicit trade in the world's Free Trade Zones*, Parigi, 2013.

⁴³ Si veda, ad esempio, il recentissimo studio, compiuto sotto l'egida dell'Organizzazione mondiale delle dogane, di K. OMI, «*Extraterritoriality of Free Zones: The Necessity for Enhanced Customs Involvement*», cit. In verità, già nel 2006, la WORLD CUSTOMS ORGANIZATION aveva adottato delle *Guidelines on Controlling Free Zones, Goods in Transit/Transshipment and Obligations on service Providers in Relation to Intellectual Property Rights Infringements*.

⁴⁴ Si vedano, rispettivamente, ICC, *Controlling the Zone: Balancing facilitation and control to combat illicit trade in the world's Free Trade Zones*, cit., p. 30 e K. OMI, «*Extraterritoriality of Free Zones: The Necessity for Enhanced Customs Involvement*», cit., p. 11 s. Cfr., a riguardo, per alcuni interessanti dati, concernenti i Paesi europei,

anche che tale fenomeno è facilitato in particolare dalla carenza di controlli al loro interno. A tal proposito, si è più precisamente affermato che l'ambiente operativo di molte *free zones* non disporrebbe di una sorveglianza adeguata a causa della diffusa convinzione per cui siffatti luoghi si situerebbero al di fuori della giurisdizione del territorio nazionale⁴⁵. In sostanza, la regola generale – cristallizzata pure nella Convenzione di Kyoto riveduta (RKC) – che stabilisce che i beni inseriti nelle *free trade zones* sono considerati all'esterno del territorio doganale, unicamente a determinati fini tributari, non è stata in molti casi applicata in modo corretto⁴⁶. I luoghi in esame, infatti, al posto di essere intesi quali spazi in cui vige un mero regime fiscale di favore, sono stati spesso considerati luoghi del tutto "extraterritoriali"⁴⁷ (*«outside of the nation, and [...] not subject to national Customs or Customs laws»*⁴⁸), il che ha prodotto poi a cascata l'idea secondo cui le autorità doganali e di polizia nazionali non sarebbero autorizzate a operare normalmente in seno alle zone franche neppure per prevenire e reprimere la criminalità.

Per di più, gli studi in questione hanno denunciato che un'ulteriore grave criticità andrebbe individuata nella carenza di norme sovranazionali vincolanti, volte a prevenire o contrastare la commissione di reati nei luoghi in esame⁴⁹. A quest'ultimo riguardo, è bene, infatti, precisare che solo alcuni trattati – come la storica Convenzione ONU sul narcotraffico⁵⁰ – hanno avuto, nel tempo, la lungimiranza di contemplare regole *ad hoc*, finalizzate a contrastare lo svolgimento di attività delittuose all'interno delle zone franche⁵¹. Come se non bastasse, vi è poi l'ulteriore problema per cui il più importante trattato internazionale, adottato dall'Organizzazione mondiale delle dogane,

THE ECONOMIST, *The Global Illicit Trade Environment Index. A report by the Economist Intelligence Unit. Europe*, 2018, p. 14 s.

⁴⁵ In proposito, v., in particolare, ICC, *Controlling the Zone: Balancing facilitation and control to combat illicit trade in the world's Free Trade Zones*, cit., p. 2. Cfr. anche, assai chiaramente, in proposito l'allegato alla proposta di decisione del Consiglio, COM (2019) 294 final, § 12.

⁴⁶ Al riguardo, si veda l'ampia analisi di K. OMI, "Extraterritoriality" of Free Zones: *The Necessity for Enhanced Customs Involvement*, cit., p. 20 s.

⁴⁷ Cfr. K. OMI, "Extraterritoriality" of Free Zones: *The Necessity for Enhanced Customs Involvement*, cit., *passim*. La tesi tradizionale dell'extraterritorialità dei porti franchi si può ritrovare espressa in F. TRAMPUS, *I Porti franchi nel sistema del diritto marittimo generale*, in *Trasporti. Diritto, economia, politica*, 2000, p. 142, laddove l'Autrice afferma che «i Porti franchi possono essere definiti [...] zone extraterritoriali [...], in quanto essi non sono sottoposti alle leggi dello Stato territoriale per quanto riguarda i dazi, i controlli sulla provenienza, destinazione, natura delle merci, le imposte sul reddito e sul valore aggiunto, le tasse locali e le spese non operative, il tasso di cambio estero, le barriere commerciali bancarie, le regole di lavoro, le leggi sull'attività industriale ed altre leggi economiche».

⁴⁸ Così, efficacemente, ICC, *Controlling the Zone: Balancing facilitation and control to combat illicit trade in the world's Free Trade Zones*, cit., p. 2.

⁴⁹ Sul punto, v., in particolare, K. OMI, "Extraterritoriality" of Free Zones: *The Necessity for Enhanced Customs Involvement*, cit., p. 17 s.

⁵⁰ Il rinvio va all'art. 18 della Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e di sostanze psicotrope, conclusa a Vienna il 20 dicembre 1988, ove si afferma, tra l'altro, che le Parti contraenti si obbligano ad applicare nelle zone franche e nei porti franchi «misure che non saranno meno severe di quelle che applicano nelle altre Parti del loro territorio».

⁵¹ Cfr. ancora K. OMI, "Extraterritoriality" of Free Zones: *The Necessity for Enhanced Customs Involvement*, cit., p. 17 s.

anche al fine di rendere più sicure le *free trade zones*, ossia la più volte citata Convenzione di Kyoto riveduta, colloca le norme sulle zone franche unicamente in un allegato⁵², il quale è stato effettivamente adottato soltanto da una minima parte dei Paesi che hanno aderito, invece, al *corpus* generale di tale strumento⁵³.

Ciò posto, va ora precisato che la tematica delle infiltrazioni criminali nelle zone franche è stata oggetto – specie nell’ultimo quinquennio – di sempre maggiori attenzioni pure a livello europeo. A tal proposito, è opportuno ricordare, in prima battuta, un importante studio del 2018, stilato di concerto tra l’Ufficio dell’Unione europea per la proprietà intellettuale (EUIPO) e l’OCSE, volto a individuare il rapporto tra il commercio di prodotti contraffatti e le zone franche⁵⁴. Ebbene, siffatta relazione ha chiarito che le normative meno rigide vigenti nelle *free zones* e i controlli doganali poco accurati fanno sì che effettivamente «maggiore è il ruolo delle zone franche nell’economia di un paese (quantificato in base al numero sia delle stesse sia delle persone che vi lavorano) e più ingente è il valore dei prodotti contraffatti che tale paese esporta»⁵⁵. Merita, peraltro, precisare che il *report de quo* non si è limitato a compiere tale considerazione di ordine generale, ma, avvalendosi di dati relativi a *free zones* ubicate in tutto il mondo e a sequestri operati dalle autorità doganali a livello internazionale, ha fornito una stima precisa della relazione tra contraffazione e i territori in esame. A detta dell’EUIPO e dell’OCSE⁵⁶, l’istituzione di una «zona franca nell’economia di un paese è associata a un aumento del 5,9% del valore dei prodotti contraffatti che tale paese esporta»⁵⁷ e «un aumento dell’1% nel numero di imprese attive nelle zone franche determina un incremento dello 0,29% del valore delle esportazioni di prodotti contraffatti»⁵⁸. Si ritiene, in sostanza, che «alcune zone franche siano importanti snodi di smistamento di merci illecite che sono state rietichettate e reimballate per nascondere il punto di origine e infiltrarsi nella filiera legale»⁵⁹. Alla luce di questi dati allarmanti, è evidente come le zone franche contribuiscano in modo significativo a incrementare il mercato del falso, il

⁵² Il rinvio va, più precisamente, al già citato capitolo 2 dell’allegato specifico D alla “Convenzione di Kyoto riveduta”.

⁵³ A riguardo, v. ICC, *Controlling the Zone: Balancing facilitation and control to combat illicit trade in the world’s Free Trade Zones*, cit., p. 11.

⁵⁴ Ci si riferisce, più precisamente, all’ampio studio dell’OECD – EUIPO, *Trade in Counterfeit Goods and Free Trade Zones*, cit., *passim*. Si vedano anche le seguenti analisi: OECD – EUIPO, *Trends in Trade in Counterfeit and Pirated Goods*, Parigi, 2019, p. 20 s.; OECD – EUIPO, *Why Do Countries Export Fakes? The role of Governance Frameworks, Enforcement and Socio-economic Factors*, Parigi, 2018, pp. 30 ss. e OECD – EUIPO, *Mapping the Real Routes of Trade in Fake Goods*, Parigi, 2017, pp. 19 ss.

⁵⁵ Così, testualmente, si esprime il comunicato stampa del 15 marzo 2018 dell’EUIPO, intitolato *Commercio di prodotti contraffatti e zone franche*, in https://euiipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/reports/Trade_in_Counterfeit_Goods_and_Free_Trade_Zones/press_release_it.pdf.

⁵⁶ Cfr. OECD – EUIPO, *Trade in Counterfeit Goods and Free Trade Zones*, cit., p. 13.

⁵⁷ La citazione è tratta dal comunicato stampa del 15 marzo 2018 dell’EUIPO, intitolato *Commercio di prodotti contraffatti e zone franche*, cit.

⁵⁸ In questo senso, v. EUIPO, *Commercio di prodotti contraffatti e zone franche*, in www.euiipo.europa.eu.

⁵⁹ La citazione è desunta dall’allegato alla proposta di decisione del Consiglio, COM (2019) 294 final, § 6.

quale, secondo un ulteriore studio dell'EUIPO/OCSE, nel 2016 ha raggiunto un valore di 121 miliardi di euro nella sola UE⁶⁰.

Ma vi è di più. Nel 2018 anche l'*European Parliamentary Research Service* ha pubblicato un ampio studio, dedicato al recente fenomeno, a cui si è già fatto riferimento, dei porti franchi del lusso, in cui vengono collocati beni di valore, quali, ad esempio, opere d'arte di più varia provenienza⁶¹. Ebbene, senza che ci si possa dilungare sul punto in questa sede, va preso atto di come siffatta analisi abbia confermato che pure tale tipologia di *free zones* corra il rischio di essere sfruttata da organizzazioni criminali; e ciò in particolare a causa della grande opacità che caratterizza siffatti luoghi, in cui è assai complesso conoscere persino chi sia il reale proprietario dei beni stoccati, nonché della difficoltà, ancora non superata nonostante gli sforzi delle istituzioni europee⁶², nazionali⁶³ e dei principali operatori del settore⁶⁴, nell'implementarvi un'efficace disciplina antiriciclaggio⁶⁵. A conclusioni analoghe sono peraltro giunte numerose altre ricerche⁶⁶, tra cui, in particolare, un *report* dell'UNESCO, laddove si è affermato che «*there is a high risk that the free ports are used by art dealers to store works of art from thefts, lootings or illicit excavations for resale in the black market when things have cooled down, even many years later*»⁶⁷. Per comprendere il perché si sia giunti a tali conclusioni, basti

⁶⁰ OECD – EUIPO, *Trends in Trade in Counterfeit and Pirated Goods*, cit., p. 11.

⁶¹ Ci si riferisce al più volte citato *report* di R. KORVER (EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE), *Money laundering and tax evasion risks in free ports*, cit., *passim*.

⁶² Il rinvio va, in particolare, alla quinta direttiva antiriciclaggio (ossia la direttiva 2018/843/UE, del 30 maggio 2018, che modifica la direttiva (UE) 2015/849 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo e che modifica le direttive 2009/138/CE e 2013/36/UE, in *G.U.U.E.*, 19 giugno 2018, L 156/43), che, come si vedrà *infra* § 7, contiene una previsione in materia di porti franchi.

⁶³ Ad esempio, sia la Svizzera, sia il Lussemburgo, hanno potenziato la loro disciplina antiriciclaggio negli ultimi anni con riguardo ai *free ports*: cfr., in proposito, EUROPEAN COMMISSION, *Illicit trade in cultural goods in Europe. Characteristics, criminal justice responses and an analysis of the applicability of technologies in the combat against the trade*, Bruxelles, 2019, p. 99. Per un'ampia analisi della legislazione svizzera sul punto, cfr. K.L. STEINER, *Dealing with Laundering in the Swiss Art Market: New Legislation and its Threats to Honest Traders*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2017, pp. 351 ss., con riguardo al Lussemburgo, cfr., invece, R. KORVER (EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE), *Money laundering and tax evasion risks in free ports*, cit., pp. 27 ss.

⁶⁴ È d'uopo ricordare che l'organizzazione RESPONSIBLE ART MARKET, per sensibilizzare gli operatori del settore dell'arte, ha stilato delle *Guidelines on combatting Money Laundering and Terrorist Financing*, reperibili online al seguente link: responsibleartmarket.org/guidelines/guidelines-on-combatting-money-laundering-and-terrorist-financing.

⁶⁵ Sul punto, v. R. KORVER (EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE), *Money laundering and tax evasion risks in free ports*, cit., p. 38.

⁶⁶ Cfr., ad esempio, EUROPEAN COMMISSION, *Illicit trade in cultural goods in Europe*, cit., p. 98 ss., nonché C. MILMO, *Treasures "hidden" in free ports at risk of being used to fund Isis*, in <https://inews.co.uk/news/treasures-worth-billions-hidden-free-ports-fund-isis-532597>, 6 settembre 2019; J. PLENDERLEITH, *How the art market helps fund terrorism*, in <https://www.int-comp.org/insight/2019/october/how-the-art-market-helps-fund-terrorism/>, 28 ottobre 2019.

⁶⁷ Ci si riferisce a ICPRC (UNESCO), *Free Ports and risks of illicit trafficking of cultural property*, ICPRC/16/20.COM/12, Parigi, luglio 2016, in http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/2_FC_free_port_working_document_Final_EN_revclean.pdf, p. 2.

ricordare che, negli ultimi anni, sono state effettivamente ritrovate all'interno di *free ports* un gran numero di opere d'arte di inestimabile valore di provenienza illecita⁶⁸. Valga un esempio per tutti: risale al dicembre del 2016 il sequestro nel porto franco di Ginevra di un novero di cimeli archeologici, trafugati da siti archeologici della Siria, della Libia e dello Yemen⁶⁹, il quale avrebbe, secondo un recente articolo, fornito una dimostrazione concreta di un collegamento «*between the art industry and terrorist groups*»⁷⁰, la cui esistenza era stata denunciata apertamente pure dal Ministro delle finanze francese Sapin pochi mesi prima⁷¹.

Giunti a questo punto, non stupirà sapere che, nell'estate del 2019, la Commissione europea abbia scelto di far rientrare le zone franche all'interno di un novero di nuovi settori particolarmente critici, da monitorare con grande attenzione nei prossimi anni, a causa dei rischi che gli stessi determinano per la sicurezza dell'UE⁷². A detta dell'istituzione *de qua*, infatti, «*weaknesses continue to be found in several FTZs and some have been used in a series of organised crimes, including [...] narcotics trafficking; the illegal ivory trade; people-smuggling; and counterfeiting*»⁷³. Per di più, le organizzazioni criminali ivi operanti sarebbero – secondo la valutazione dei rischi operata dall'organo *de quo* – particolarmente insidiose, in quanto spesso dedite alla commissione di una pluralità contestuale di reati, tra cui «*VAT fraud, corruption and money-laundering*»⁷⁴. Tenuto conto di ciò, ben si comprende perché la Commissione sia giunta alla conclusione per cui, a oggi, il pericolo che i *free ports* siano utilizzati al fine di finanziare il terrorismo o per riciclare denaro si attesti a un livello, rispettivamente, significativo⁷⁵ e molto significativo⁷⁶.

⁶⁸ Per alcuni esempi, cfr. ICPRCP (UNESCO), *Free Ports and risks of illicit trafficking of cultural property*, cit., p. 3.

⁶⁹ A riguardo, v. H. AGERHOLM, *Stolen artifacts from Palmyra and Yemen seized in Geneva*, in <https://www.independent.co.uk/news/world/europe/stolen-artifacts-palmyra-yemen-geneva-unesco-switzerland-a7454001.html>, 4 dicembre 2016 e *Looted Palmyra relics seized by Swiss authorities at Geneva ports*, in <https://www.theguardian.com/world/2016/dec/03/looted-palmyra-relics-seized-by-swiss-authorities-at-geneva-ports>.

⁷⁰ Il rinvio va a J. PLENDERLEITH, *How the art market helps fund terrorism*, cit.

⁷¹ Si veda, in proposito, il seguente articolo: *Stolen art sold in 'free ports' is funding terrorism – Sapin*, in www.rfi.fr/en/france/20161007-stolen-art-sold-free-ports-funding-terrorism-sapin, 7 ottobre 2016.

⁷² Il riferimento va alla relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, sulla valutazione dei rischi di riciclaggio e finanziamento del terrorismo che incidono sul mercato interno e sono connessi ad attività transfrontaliere, del 24 luglio 2019, COM (2019) 370 final, § 2.1.6.1.2.

⁷³ La citazione è tratta dal COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, *Accompanying the document, Report from the Commission to the European Parliament and the Council, on the assessment of the risk of money laundering and terrorist financing affecting the internal market and relating to cross-border activities*, del 24 luglio 2019, SWD (2019) 650 final, p. 243 s. Nello stesso senso, cfr. EUROPOL – EUIPO, *2017 Situation Report on Counterfeiting and Piracy in the European Union*, 2017, p. 25.

⁷⁴ Così, COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, SWD (2019) 650 final, cit., p. 244.

⁷⁵ Cfr. COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, SWD (2019) 650 final, cit., p. 247.

⁷⁶ Si veda ancora COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, SWD (2019) 650 final, cit., p. 247.

3. Un esempio italiano: prevenzione e repressione dei reati nel porto franco di Trieste.

Dopo aver ricostruito il percorso attraverso il quale la comunità internazionale ha preso coscienza dei rischi per la sicurezza causati dalle *free trade zones*, pare ora giunto il momento di compiere uno *step* ulteriore, verificando se l'ordinamento italiano sia, dal canto suo, del tutto al riparo da pericoli di tal tipo. Come si è accennato, l'analisi qui compiuta si soffermerà, in particolare, sulla realtà del porto franco di Trieste⁷⁷ e dimostrerà lo sforzo compiuto di recente dall'Autorità di Sistema Portuale del Mare Adriatico Orientale e da altri enti pubblici⁷⁸, per rendere lo scalo quanto più possibile immune dallo sviluppo di attività di rilevanza penale. Prima di affrontare il merito dell'analisi, pare peraltro indispensabile ripercorrere, sia pur per sommi capi, la stratificata disciplina che regola lo scalo giuliano⁷⁹, la quale presenta peculiarità tali da rendere altrimenti il discorso difficilmente intellegibile.

4. Segue. Il complesso regime giuridico dello scalo giuliano.

Il porto franco di Trieste è uno dei più antichi d'Europa⁸⁰: esso è, invero, stato istituito più di tre secoli orsono, tramite una patente dell'imperatore Carlo VI d'Asburgo del 18 marzo 1719⁸¹. Se, peraltro, in un primo momento l'intero scalo giuliano si era visto attribuire tale regime di favore (e nell'epoca teresiana persino tutta Trieste assunse la qualifica di "città franca"⁸²), va ricordato che nel 1891, il porto franco subì una decisa ristrutturazione, venendo incorporato nel territorio doganale dell'impero, salvo per alcuni suoi punti, che mantennero la qualifica originaria di aree extradoganali⁸³. In sostanza, da tale data in poi (e ciò vale ancora oggi) con l'espressione "porto franco di

⁷⁷ Un'ampia bibliografia concernente il porto franco di Trieste si può trovare in E. VOLLI, *Porto Franco di Trieste e concessioni demaniali: esistenza del Territorio Libero di Trieste*, in *Il diritto marittimo*, 2013, pp. 927-929.

⁷⁸ Si veda, *infra* § 6.

⁷⁹ Un'ampia raccolta della disciplina speciale, concernente il porto franco di Trieste, si può ritrovare nei seguenti volumi: A. ZANZOTTERA – E. VERAZZI (a cura di), *Il porto franco di Trieste dal 1862 al 2012. L'evoluzione normativa da porto franco dell'impero austro-ungarico a porto franco internazionale*, Trieste, 2012 e ID., *Il porto franco di Trieste dal 2012 al 2019. L'evoluzione normativa del porto franco internazionale*, Trieste, 2019.

⁸⁰ Si vedano, al riguardo, M. UDINA – G. CONETTI, voce *Zone franche*, cit., p. 1, nonché B. BRUNDU, *Zone franche: sviluppi e orientamenti geoeconomici*, cit., p. 16, nota 7.

⁸¹ Il documento è pubblicato in A. ZANZOTTERA – E. VERAZZI (a cura di), *Il porto franco di Trieste dal 1862 al 2012*, cit., pp. 2-5. Un'ampia ricostruzione diacronica, concernente il porto franco di Trieste, può essere ritrovata in: F. LODATO, *Il porto franco di Trieste dalla pace di Parigi al Memorandum di Londra (1947-1954): il ruolo politico-economico del porto franco nella questione di Trieste*, in F.A. QUERCI – F. TRAMPUS – F. LODATO, *Internazionalità e storicità del porto franco di Trieste*, Trieste, 2001, pp. 194 ss. e F. TRAMPUS, *Free Ports of the World*, cit., pp. 140 ss. Più di recente, cfr. la pregevole sentenza del T.A.R. F.V.G., sez. I, 15 luglio 2013, n. 400, in *DeJure*.

⁸² Si veda, a riguardo, F. TRAMPUS, *Free Ports of the World*, cit., p. 142.

⁸³ Il rinvio va alla legge imperiale 23 giugno 1891 (B.L.I. Nro. 76), colla quale in esecuzione della legge 30 aprile 1889 (B.L.I. Nro. 63) si prendono le disposizioni più precise, concernenti l'incorporazione del territorio del porto franco di Trieste nel territorio doganale austro-ungarico, pubblicata in A. ZANZOTTERA – E. VERAZZI (a cura di), *Il porto franco di Trieste dal 1862 al 2012*, cit., pp. 34 ss.

Trieste” non ci si può più riferire all’intero scalo giuliano, ma, al contrario, unicamente alla sommatoria di una serie di punti franchi⁸⁴, dislocati in aree diverse della città.

Dopo l’annessione di Trieste all’Italia, conseguente alla fine del primo conflitto mondiale, la situazione giuridica del *free port* non subì particolari modifiche: un regio decreto del 1922⁸⁵ mantenne, infatti, espressamente in vigore le norme previgenti in tema di punti franchi. Una svolta si ebbe nel 1925, allorquando venne emanato il decreto ministeriale n. 1693⁸⁶, recante norme doganali per l’esercizio dei punti franchi di Trieste, le quali sono per lo più ancora oggi in vigore⁸⁷. Merita rilevare che tale decreto assimilò in modo espresso i punti franchi triestini a un’area «extradoganale»: essi vennero considerati, infatti, «fuori dalla linea doganale». Per di più, l’art. 11 dell’atto in esame cristallizzò un divieto generale – passibile di alcune eccezioni – di ingerenza delle autorità doganali nei punti franchi⁸⁸, sul quale si avrà modo di tornare in seguito⁸⁹, in ragione delle problematiche che lo stesso ha suscitato in giurisprudenza.

Al termine della seconda guerra mondiale, lo *status* speciale del porto di Trieste «non solo venne salvaguardato, ma trovò anche espressa tutela all’interno di fonti di rango internazionale»⁹⁰. Di esso si occupò, *in primis*, il Trattato di pace tra l’Italia e le potenze vincitrici, firmato a Parigi il 10 febbraio 1947⁹¹. È, del resto, noto che, il trattato in questione, al fine di risolvere l’intricata “questione giuliana”⁹² tra Italia e Jugoslavia, pensò non solo di dar vita al Territorio Libero di Trieste⁹³, ossia a «uno Stato

⁸⁴ Sul concetto di “punto franco”, cfr. L. PISCITELLI, voce *Punti franchi*, cit., p. 1149 s.

⁸⁵ Cfr. regio decreto 15 settembre 1922, n. 1356, estensione alle nuove province della legge e del regolamento doganale vigenti nel regno, pubblicato in A. ZANZOTTERA – E. VERAZZI (a cura di), *Il porto franco di Trieste dal 1862 al 2012*, cit., pp. 104 ss.

⁸⁶ Ci si riferisce, più precisamente, al decreto del Ministero delle Finanze 20 dicembre 1925, n. 1693, recante norme doganali per l’esercizio dei Punti franchi di Fiume e di Trieste, in A. ZANZOTTERA – E. VERAZZI (a cura di), *Il porto franco di Trieste dal 1862 al 2012*, cit., pp. 119 ss.

⁸⁷ In questo senso, v. T.A.R. F.V.G., sez. I, 15 luglio 2013, n. 400, cit., § 8.2.

⁸⁸ Sul quale cfr. T.A.R. F.V.G., sez. I, 15 luglio 2013, n. 400, cit., § 34.2, ove si precisa che tale regola comporta che «il controllo sulle merci in entrata e uscita si svolge solo ai valichi, salvo [...] specifiche eccezioni dovute a motivi [di] sicurezza e di ordine pubblico. Correlativamente tutte le merci estere introdotte nel porto franco possono essere liberamente rispediti in transito».

⁸⁹ V., *infra* § 5.

⁹⁰ Cfr. A. VETTOREL, *Porto franco di Trieste: il Decreto n. 368/2017 e i vantaggi per le imprese*, in <http://home.ilmisco.it>.

⁹¹ In proposito, v. M. UDINA, *Scritti sulla questione di Trieste*, Milano, 1969, pp. 183 ss., nonché l’ampia analisi storica di F. LODATO, *Il porto franco di Trieste dalla pace di Parigi al Memorandum di Londra (1947-1954)*, cit., pp. 284 ss.

⁹² Sulla quale cfr., per tutti, in chiave storica, R. PUPO, *Trieste '45*, Roma – Bari, 3ª ed., 2017, *passim*, G. SLUGA, *The Problem of Trieste and the Italo-Yugoslav Border. Difference, Identity, and Sovereignty in Twentieth-Century Europe*, New York, 2001, *passim*; nonché D. DE CASTRO, *La questione di Trieste. L’azione politica e diplomatica italiana dal 1943 al 1954*, 2 voll., Trieste, 1981, *passim*. In chiave internazionalistica, cfr., invece, M. UDINA, *Scritti sulla questione di Trieste*, cit., *passim*.

⁹³ Sul quale, cfr., oltre alle opere citate alla nota precedente, M. UDINA, *Die Durchführung der Abkommen über Triest*, in *Völkerrechts*, 1956, pp. 455 ss.; H. KELSEN, *The Free Territory of Trieste under the United Nations*, in *The Year Book of World Affairs*, 1950, pp. 174 ss.; J.L. KUNZ, *The Free Territory of Trieste*, in *The Western Political Quarterly*, 1948, pp. 99 ss.

indipendente garantito dal consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite»⁹⁴, ma anche di favorire l'economia di tale nuova entità "cuscinetto" tramite l'istituzione (*rectius* il mantenimento) di un porto franco a Trieste, ricomprendente al suo interno i punti franchi, entro i loro confini del 1939. Per quanto qui rileva, va precisato che il *free port* triestino venne direttamente disciplinato dall'allegato VIII del Trattato di pace⁹⁵, di cui, in questa sede, interessano due norme in particolare. Da un lato, l'art. 4, il quale statuisce, in generale che, salvo diversamente stabilito, tutte le leggi ed i regolamenti in vigore nel Territorio libero di Trieste si sarebbero dovute applicare alle persone e ai beni entro i confini del Porto Franco, nonché, da un altro lato, l'art. 8, secondo cui «le autorità del Territorio Libero saranno autorizzate a procedere ad ispezioni in Porto Franco nella misura che sarà necessaria per far rispettare i regolamenti doganali o gli altri regolamenti [...] per la prevenzione del contrabbando». Come si avrà modo di ribadire⁹⁶, tali disposizioni – in parte ancora vigenti – rivestono un ruolo chiave per la presente analisi: in forza di esse si devono, infatti, da sempre ritenere consentiti nei punti franchi triestini tutti i controlli necessari alla prevenzione e alla repressione dei reati, non essendosi mai voluto rendere tale area una "terra di nessuno", sottratta alle norme e alla giurisdizione penale dell'ordinamento incaricato della sua amministrazione.

Ciò posto, conviene ora ricordare che, a causa del mutamento della situazione politica internazionale, il Territorio libero di Trieste non riuscì mai a funzionare concretamente⁹⁷. Com'è noto, infatti, l'area prevista dal Trattato di pace del 1947 continuò ad essere divisa in due zone, amministrate, rispettivamente, da un Governo militare anglo-americano e da un Governo militare jugoslavo, fino a quando il trattato internazionale del 1954, noto come "Memorandum di Londra"⁹⁸, «accertò e sancì la fine – o meglio l'impossibilità di venire ad esistenza – del Territorio libero di Trieste»⁹⁹ e suddivise tra l'Italia e la Jugoslavia i luoghi prima occupati.

L'abbandono dell'idea di dar vita a tale soggetto internazionale non determinò, però, la caducazione delle previsioni del Trattato di Pace concernenti il porto franco: l'art. 5 del Memorandum di Londra dispose, infatti, che «*the Italian Government undertakes to maintain the Free Port at Trieste in general accordance with the provisions of Articles 1-20 of*

⁹⁴ Questa è l'opinione del T.A.R. F.V.G., sez. I, 15 luglio 2013, n. 400, cit., § 10.3. Pare utile ricordare che, in dottrina, vi era chi autorevolmente negava carattere statuale al Territorio libero: cfr., in proposito, M. UDINA, *Scritti sulla questione di Trieste*, cit., pp. 53 (ove si afferma che «la comunità territoriale triestina potrà [...] considerarsi un nuovo soggetto di diritto internazionale, pur non avendo carattere statuale») e 129, nota 1.

⁹⁵ Il testo dello stesso si può trovare pubblicato in A. ZANZOTTERA – E. VERAZZI (a cura di), *Il porto franco di Trieste dal 1862 al 2012*, cit., pp. 157 ss. Per un'ampia analisi a riguardo, cfr. M. UDINA, *Scritti sulla questione di Trieste*, cit., pp. 181 ss.

⁹⁶ Cfr., *infra* § 5.

⁹⁷ Si vedano, a riguardo, M. UDINA, *Scritti sulla questione di Trieste*, cit., p. 224, nonché D. MALTESE, *Il ritorno di Trieste all'Italia: le diverse configurazioni giuridiche (nel cinquantenario del «memorandum» di Londra)*, in *Foro it.*, 2004, c. 120 e, ancora, ID., *Accordi di Osimo e Memorandum di Londra*, in *Rivista di Studi Politici Internazionali*, 1978, pp. 18 ss.

⁹⁸ Sul quale, cfr., ampiamente, nella letteratura giuridica, D. MALTESE, *Accordi di Osimo e Memorandum di Londra*, cit., pp. 23 ss.; M. UDINA, *Scritti sulla questione di Trieste*, cit., pp. 213 ss., nonché F. LODATO, *Il porto franco di Trieste dalla pace di Parigi al Memorandum di Londra (1947-1954)*, cit., pp. 305 ss.

⁹⁹ Così, testualmente, T.A.R. F.V.G., sez. I, 15 luglio 2013, n. 400, cit., § 12.

*Annex VIII of the Italian Peace Treaty*¹⁰⁰. In sostanza, nel momento in cui con il Trattato del 1954 si decise di (ri)affidare la città giuliana all'Italia, si scelse comunque di obbligare il Governo nostrano a mantenere in vita il porto franco. Peraltro, posto che le norme del Trattato di Parigi del 1947 facevano plurimi riferimenti letterali al Territorio libero di Trieste, non fu possibile richiamarle nella loro interezza, ma si rese indispensabile adattare alla nuova realtà giuridica, il che avvenne tramite la specificazione per cui l'Italia è tenuta a disciplinare il *free port* soltanto «*in general accordance*» alle previsioni degli articoli da 1 a 20 del più volte citato allegato VIII¹⁰¹. Un tanto sta, invero, a significare che le regole in questione non sono rimaste in vigore nella loro interezza, dovendo essere interpretate «alla luce della conformità attenuata derivante dal testo del Memorandum»¹⁰² di Londra. Di conseguenza, dopo il 1954 tutti i riferimenti contenuti negli articoli dell'allegato VIII al Territorio libero di Trieste – compresi quelli contenuti nei citati artt. 4 e 8 – vanno «riferiti ai corrispondenti organi dello Stato italiano»¹⁰³. Per di più, proprio il fatto che l'Italia sia tenuta a regolare il porto franco soltanto «*in general accordance*» (e dunque «in armonia») rispetto alle disposizioni dell'Trattato di pace pare aver attribuito al nostro Paese un certo margine di manovra nello stabilire la disciplina di dettaglio dello scalo giuliano: ciò che è importante al fine di rispettare gli obblighi internazionali è, infatti, da un lato, che venga mantenuto il regime di franchigia doganale e, da un altro lato, che siano comunque rispettati i principi generali stabiliti nell'allegato VIII più volte citato. In definitiva, a seguito del Memorandum di Londra, la gestione del *free port* ha potuto essere in concreto determinata dalla normativa interna italiana, la quale comunque non può contrastare con i punti fondanti della parte del Trattato di pace, dedicata allo scalo giuliano.

Le autorità nazionali non hanno, peraltro, tardato ad agire: con il decreto del 19 gennaio 1955, n. 29 il Commissario generale del Governo italiano per il territorio di Trieste¹⁰⁴ diede attuazione a quanto previsto nel Memorandum di Londra, stabilendo che «è mantenuto nel porto di Trieste il “Porto Franco” costituito dai [...] punti franchi esistenti nel 1939»¹⁰⁵. Non va tralasciato che l'art. 5 dell'atto *de quo* attribuì espressamente alla *free zone* triestina «carattere extraterritoriale»¹⁰⁶, utilizzando una locuzione diversa rispetto a quella “classica” di “area extradoganale”, che compariva in altri atti, come, ad esempio, il citato decreto ministeriale del 1925. Merita, peraltro, precisare fin da subito che – come si desume dal contesto complessivo del provvedimento – il termine “extraterritoriale” pare essere stato qui utilizzato al solo fine di indicare un luogo in cui vige uno speciale regime doganale di favore (ossia quale sinonimo di “extraterritorialità doganale”) e non per riferirsi a un'area sottratta alla giurisdizione dello Stato. Una tale

¹⁰⁰ Nel volume di A. ZANZOTTERA – E. VERAZZI (a cura di), *Il porto franco di Trieste dal 1862 al 2012*, cit., il testo del Memorandum è pubblicato, in lingua italiana, a pp. 181 ss.

¹⁰¹ In proposito, cfr., ampiamente, T.A.R. F.V.G., sez. I, 15 luglio 2013, n. 400, cit., § 17.2.

¹⁰² Così, T.A.R. F.V.G., sez. I, 15 luglio 2013, n. 400, cit., § 17.3.

¹⁰³ Cfr., ancora, T.A.R. F.V.G., sez. I, 15 luglio 2013, n. 400, cit., § 17.4.

¹⁰⁴ Ci si riferisce al decreto commissariale del 19 gennaio 1955, n. 29, Porto franco di Trieste, pubblicato in A. ZANZOTTERA – E. VERAZZI (a cura di), *Il porto franco di Trieste dal 1862 al 2012*, cit., p. 189 s.

¹⁰⁵ Così recita l'art. 1 dell'atto *de quo*.

¹⁰⁶ Cfr. A. ZANZOTTERA – E. VERAZZI (a cura di), *Il porto franco di Trieste dal 1862 al 2012*, cit., p. 189.

lettura si rende, del resto, necessaria onde rendere compatibile la disciplina interna con uno dei principi fondanti, cristallizzato all'art. 4 dell'allegato VIII al Trattato di Parigi, ossia la previsione per cui tutte le leggi ed i regolamenti in vigore nell'ordinamento a cui è affidata l'amministrazione del porto franco vanno applicate entro lo stesso, salve specifiche deroghe. Per di più, il fatto che il decreto del 1955 sia incorso *in parte qua* in un mero "infortunio linguistico" trova una precisa conferma nella constatazione per cui, nel successivo decreto del 23 dicembre 1959, n. 53, con cui venne istituito un nuovo punto franco nel comprensorio industriale del porto di Trieste, il Commissario generale del Governo sia tornato sui suoi passi, adoperando la locuzione classica di zona "extradoganale"¹⁰⁷. Ciò non toglie, peraltro, che l'utilizzo di concetti tanto ambigui, quali proprio quello di "extraterritorialità", abbia contribuito al sorgere di alcuni equivoci giuridici, solo con fatica risolti dalla giurisprudenza, in punto di esistenza o meno di un limite alla giurisdizione italiana nel *free port* giuliano.

Giunti a questo punto, è d'uopo chiarire che la normativa speciale concernente i punti franchi di Trieste è stata poi sempre salvaguardata, sia dalla sopravvenuta disciplina interna¹⁰⁸, sia dai successivi accordi internazionali stipulati dall'Italia, tra cui vanno menzionati non solo quelli che hanno definitivamente regolato i confini con la Jugoslavia – ovvero in particolare il Trattato di Osimo¹⁰⁹ –, ma anche i provvedimenti di diritto primario o derivato CE (oggi UE)¹¹⁰.

Per quanto concerne il rapporto tra disciplina concernente le zone franche di Trieste e la normativa comunitaria prima ed eurounitaria poi, viene in particolare in rilievo l'articolo 234 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea, oggi corrispondente all'art. 351 TFUE, laddove sono fatti salvi i diritti e gli obblighi derivanti da convenzioni, concluse anteriormente al 1 gennaio 1958 (o, comunque, prima dell'adesione all'UE), da uno o più Stati membri con uno o più Paesi terzi. In virtù di questa regola, si comprende, invero, come l'adesione dell'Italia alla CEE/CE/UE non abbia inciso sugli obblighi internazionali che, in virtù del Trattato di pace di Parigi del

¹⁰⁷ Si veda l'art. 4 del decreto commissariale 23 dicembre 1959, n. 53, istituzione di un Punto Franco nel comprensorio del Porto Industriale di Trieste.

¹⁰⁸ Il rinvio va, in particolare, all'art. 169 del testo unico in materia doganale, d.p.r. 23 gennaio 1973, n. 43; all'art. 12 della l. 29 gennaio 1994, n. 84, riordino della legislazione in materia portuale legge porti 1994 e, infine, al recente decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti del 13 luglio 2017, recante l'organizzazione amministrativa per la gestione dei punti franchi compresi nella zona del porto franco di Trieste. Per un commento dell'importante atto da ultimo citato, cfr. A. VETTOREL, *Porto franco di Trieste*, cit.

¹⁰⁹ Il Trattato di Osimo, siglato il 10 novembre 1975, tra l'Italia e la Jugoslavia, nonché la legge 14 marzo 1977, n. 73 di ratifica ed esecuzione dello stesso, si possono trovare pubblicati in A. ZANZOTTERA – E. VERAZZI (a cura di), *Il porto franco di Trieste dal 1862 al 2012*, cit., pp. 246 ss. In merito a tale convenzione cfr., per tutti, M. UDINA, *Gli accordi di Osimo. Lineamenti introduttivi e testi annotati*, Trieste, 1979, *passim*, nonché, più di recente, D. D'AMELIO, *Il dibattito pubblico sul trattato di Osimo fra ragion di Stato e protesta locale*, in *Qualestoria*, 2013, n. 2, pp. 83 ss., a cui si rinvia anche per gli ampi riferimenti bibliografici. Per quanto qui rileva, è d'uopo ricordare che se è vero che il Trattato di Osimo abrogò il Memorandum di Londra del 1954 nelle relazioni tra la Repubblica italiana e la Jugoslavia, lo stesso non produsse alcun effetto sul regime del porto franco di Trieste: in questo senso, cfr., di recente, T.A.R. F.V.G., sez. I, 15 luglio 2013, n. 400, cit., § 23, nonché T.A.R. F.V.G., sez. I, 28 ottobre 2013, n. 530, in *DeJure*, § 15.4.

¹¹⁰ In proposito, cfr. l'ampia analisi compiuta dal T.A.R. F.V.G., sez. I, 15 luglio 2013, n. 400, cit., §§ 19 ss.

1947 e del Memorandum di Londra del 1954, incombono sul nostro Paese con riguardo al porto franco di Trieste¹¹¹. Senza contare poi che sono state le stesse istituzioni UE ad aver, a più riprese, escluso in modo espresso che sussistano elementi di incompatibilità tra il diritto europeo e la normativa sovranazionale che disciplina il *free port* di Trieste¹¹². Non stupisce, pertanto, che i punti franchi triestini siano da sempre stati inseriti nell'elenco delle *free zones* dell'Unione, le quali – è bene precisarlo – non sono per il diritto UE (così come per la Convenzione di Kyoto riveduta) aree situate all'esterno della linea doganale, ma soltanto luoghi in cui vige un regime doganale speciale¹¹³. In altri termini, secondo una ricostruzione fatta propria anche dalla giustizia amministrativa, l'Unione europea, pur riconoscendo il carattere peculiare del porto franco di Trieste, sembrerebbe ricomprendere – a oggi – quest'ultimo nel territorio doganale UE, non classificandolo quale zona extradoganale in senso stretto (né tantomeno extraterritoriale)¹¹⁴.

Per sintetizzare, il regime dei punti franchi triestini è, a tutt'oggi, caratterizzato da «una triplice fonte giuridica»¹¹⁵: a) internazionale (articoli da 1 a 20 del Trattato di pace del 1947, per come richiamati e delimitati dal Memorandum di Londra); b) eurounitaria (da coordinarsi con gli obblighi assunti dall'Italia prima di aderire alla CEE); c) interna (tra cui, in particolare, vanno ricordati il decreto ministeriale n. 1693 del 1925 e il decreto del Commissario generale del Governo n. 29 del 1955, nonché l'assai recente decreto ministeriale 13 luglio 2017, recante l'organizzazione amministrativa per la gestione della *free zone* giuliana).

5. Segue. Disorientamenti esegetici in punto di esistenza di un limite alla giurisdizione italiana nel porto franco di Trieste.

Nella prima parte del presente lavoro¹¹⁶, si è avuto modo di osservare come molteplici studi abbiano denunciato il fatto che le zone franche siano, a tutt'oggi, particolarmente suscettibili di subire infiltrazioni criminali a causa, da un lato, del diffuso fraintendimento per cui tali aree sarebbero «al di fuori della giurisdizione di un

¹¹¹ Così, T.A.R. F.V.G., sez. I, 15 luglio 2013, n. 400, cit., § 19.1.

¹¹² Si vedano, a riguardo, le riserve fatte valere dal Governo italiano nella negoziazione di una nutrita serie di atti UE (e accettate dalle istituzioni eurounitarie), riportate in T.A.R. F.V.G., sez. I, 15 luglio 2013, n. 400, cit., §§ 20.3 e ss.

¹¹³ Rileva tale affinità tra la Convenzione di Kyoto e la legislazione eurounitaria K. OMI, “*Extraterritoriality of Free Zones: The Necessity for Enhanced Customs Involvement*”, cit., p. 20.

¹¹⁴ In questo senso si esprime il T.A.R. F.V.G., sez. I, 15 luglio 2013, n. 400, cit., §§ 40.1 e 42. Cfr. anche *Ibidem* § 22.1, ove si afferma che questa differenza tra la definizione eurounitaria e interna di zona franca sarebbe «puramente nominalistica, in quanto il regolamento europeo parla di merci “considerate” fuori del territorio doganale mentre la normativa speciale di Trieste parla di territorio extradoganale. Nella sostanza, anche alla luce della successiva normativa italiana, il territorio delimitato dal porto franco, pur incluso nel territorio doganale comunitario, viene considerato come extradoganale ai fini della manipolazione e traffico delle merci».

¹¹⁵ T.A.R. F.V.G., sez. I, 15 luglio 2013, n. 400, cit., § 34.

¹¹⁶ Cfr. *supra* § 2.

territorio nazionale»¹¹⁷, e, da un altro, dell'idea che le autorità doganali e di *law enforcement* possano comunque compiere al loro interno solo controlli meno stringenti¹¹⁸.

Alla luce della sommaria ricostruzione della disciplina che regola il *free port* triestino, compiuta nel paragrafo che precede, non stupirà sapere che, specie fino a pochi anni fa, problematiche di questo genere fossero riscontrabili anche con riguardo allo scalo giuliano. È d'uopo ricordare, infatti, che, per un certo tempo, ha avuto diversi sostenitori la tesi per cui la giurisdizione italiana sarebbe soggetta ad alcuni significativi limiti nei punti franchi di Trieste, il che, a cascata, avrebbe ridotto le attività consentite agli organi di controllo. Si tratta, quest'ultima, di una lettura che ha avuto diversi epigoni già a livello dottrinale¹¹⁹. Il rinvio va all'opinione di chi ha affermato che, in virtù degli obblighi internazionali incombenti sull'Italia a seguito della ratifica del Trattato di pace di Parigi e, soprattutto, delle consuetudini internazionali in materia di *free ports*, lo Stato non sarebbe legittimato a «esercitare la sua giurisdizione sui processi di commercializzazione delle merci all'interno del Porto franco, imponendo [...] divieti, controlli e restrizioni»¹²⁰. Più precisamente, secondo tale lettura, vi sarebbero alcune immunità connaturate all'esistenza stessa del porto franco giuliano (si tratterebbe di «immunità» non solo da dazi doganali e imposte di vario tipo, ma anche dai controlli sulla provenienza, destinazione, qualità e quantità delle merci¹²¹), che, sul piano processuale, si concretizzerebbero, per l'appunto, «in un "limite" generale alla giurisdizione italiana»¹²² con riguardo a tutte le *commercial activities* svolte al suo interno, pure laddove dalle stesse derivassero responsabilità di ordine penale. È, peraltro, ovvio che, ove le cose stessero così, le zone franche triestine sarebbero particolarmente permeabili specie ad alcune specifiche forme di criminalità, che affliggono il commercio navale, tra cui *in primis* la contraffazione, posto che le autorità di *law enforcement* non sarebbero messe nelle condizioni di reagire in modo adeguato a tali illeciti.

Com'era prevedibile, la tesi della «giurisdizione limitata» non è però rimasta relegata al rango di *law in the books*, ma è stata riproposta da alcuni difensori davanti al

¹¹⁷ Così si esprime, testualmente, l'allegato alla proposta di decisione del Consiglio UE, COM (2019) 294 final, § 12.

¹¹⁸ Si veda, al riguardo, dell'OECD – EUIPO, *Trade in Counterfeit Goods and Free Trade Zones*, cit., p. 15.

¹¹⁹ In questo senso, v., in particolare, F.A. QUERCI, *Il porto di Trieste come territorio internazionale*, in F.A. QUERCI – F. TRAMPUS – F. LODATO, *Internazionalità e storicità del porto franco di Trieste*, cit., pp. 21 ss.; ID., *Limiti di giurisdizione nel porto franco di Trieste*, ivi, pp. 41 ss.; ID., *Norme positive internazionali e consuetudini internazionali marittime nella sistematica regolativa del porto franco di Trieste (inesistenza od inapplicabilità di norme di diritto sostanziale e processuale interno)*, ivi, pp. 104 ss.; F. TRAMPUS, *Limite di giurisdizione nel porto franco di Trieste*, ivi, pp. 109 ss.

¹²⁰ La citazione è tratta da F. TRAMPUS, *Limite di giurisdizione nel porto franco di Trieste*, cit., p. 132. A detta di F.A. QUERCI, *Norme positive internazionali*, cit., p. 107, «la potestà territoriale dello Stato italiano, in ordine al Porto Franco di Trieste soffre ed incontra una eteronoma limitazione [...], in conseguenza delle norme positive di diritto internazionale pubblico, che hanno avuto all'interno dello Stato efficacia in quanto sono intervenute norme interne conformi alle prime, sancendo il principio della c.d. extraterritorialità [...] e quindi dell'internazionalismo, la cui operatività comporta l'esenzione e l'immunità dalla potestà territoriale dello Stato e dal suo sindacato giurisdizionale».

¹²¹ Si veda, sul punto, F. TRAMPUS, *Limite di giurisdizione nel porto franco di Trieste*, cit., p. 134.

¹²² Così, ancora F. TRAMPUS, *Limite di giurisdizione nel porto franco di Trieste*, cit., p. 137.

Tribunale di Trieste. Un tanto è accaduto, ad esempio, in un noto processo penale nel corso del quale erano stati sottoposti a sequestro 4.000 ettolitri di vino alterato, ritrovati in un punto franco giuliano¹²³. In particolare, invero, la difesa denunciava in tale fattispecie l'assoluta carenza della giurisdizione italiana, derivante dall'applicazione dell'allegato VIII del Trattato di pace del 1947, nonché da altre fonti normative, tra cui, *in primis*, il decreto del 19 gennaio 1955, n. 29 del Commissario generale del Governo italiano per il territorio di Trieste¹²⁴. Dal canto suo, peraltro, il collegio giudicante ha, in siffatta occasione, rigettato seccamente la menzionata eccezione, sulla base del rilievo «che il Porto di Trieste deve essere considerato non già come autonomo territorio internazionale [...], bensì come territorio extradoganale, compreso fra la linea doganale ed il confine politico dello Stato italiano. Da ciò pertanto, necessariamente deriva che vi è la piena applicazione (*ex artt.* 4 e 6 del Codice Penale) della legislazione italiana, la quale si configura come la unica concretamente attuabile nel territorio *de quo*»¹²⁵.

Se ciò è vero, va, peraltro, preso atto che non sempre il Tribunale di Trieste si è attestato su analoghe posizioni di chiusura con riguardo a eccezioni del medesimo tipo. In altri procedimenti, partendo dal presupposto per cui il *free port* giuliano è «da considerarsi al di fuori della linea doganale», i giudici sono giunti alla conclusione per cui, non solo «in esse si possono compiere, in piena libertà e senza ingerenza alcuna [delle autorità italiane], tutte le operazioni inerenti lo sbarco, l'imbarco, il trasbordo di materiale e merci, deposito e contrattazione, manipolazione e trasformazione, anche di carattere industriale [...] senza alcuna discriminazione e senza percezione di dazi doganali o gravami»¹²⁶, ma anche che «l'autorità giudiziaria italiana è [...] carente di giurisdizione con riguardo a merci che si trovano nei suddetti punti franchi»¹²⁷.

Alla luce di ciò, si comprende, in definitiva, come, pur essendovi un'unanimità di vedute tra i giudici circa la perdurante vigenza della disciplina sovranazionale regolatrice delle zone franche triestine, si sia venuto a delineare un contrasto circa l'esistenza o meno di un limite alla giurisdizione interna (anche penale) con riguardo alle attività commerciali svolte nel *free port* giuliano. Va, peraltro, detto che, al di là di queste prese di posizione, sul piano fattuale, le autorità di *law enforcement* non hanno mai dubitato della legittimazione, non solo a effettuare stringenti controlli ai varchi di accesso, ma anche a intervenire all'interno delle aree del porto franco per prevenire e contrastare la criminalità.

Di recente, ha prevalso la tesi secondo la quale i poteri delle autorità di polizia e dei giudici italiani non possono in alcun modo essere limitati nei punti franchi triestini. Ciò è avvenuto soprattutto grazie all'impegno della giustizia amministrativa, la quale

¹²³ Ci si riferisce a Tribunale di Trieste, sez. penale, ord. del 7 giugno 1996, in F.A. QUERCI – F. TRAMPUS – F. LODATO, *Internazionalità e storicità del porto franco di Trieste*, cit., pp. 153 ss.

¹²⁴ Si veda, al riguardo, Tribunale di Trieste, sez. penale, ord. del 7 giugno 1996, cit., p. 154.

¹²⁵ Tribunale di Trieste, ord. del 7 giugno 1996, cit., p. 156.

¹²⁶ Così, ad esempio, Tribunale di Trieste, 23 marzo 2005, in *Dir. Maritt.*, 2006, p. 1297, nonché Tribunale di Trieste, 18 dicembre 2004, *ivi*, p. 1285. Cfr. anche Tribunale di Trieste, 13 maggio 1997, in *Dir. Trasporti*, 1998, p. 757.

¹²⁷ In questo senso, v. Tribunale di Trieste, 23 marzo 2005, cit., p. 1297.

ha emanato alcune importanti e assai articolate pronunce in materia¹²⁸, anche confermate dal Consiglio di Stato. Il supremo giudice amministrativo ha, invero, dal canto suo, affermato che il porto franco triestino va qualificato come una «zona speciale», ove «sussistono privilegi fiscali e doganali, mentre per il resto sono pienamente applicabili le disposizioni applicabili nell'intero territorio nazionale, ovvero quelle emesse dalla Regione o da altre autorità sulla base delle disposizioni costituzionali e legislative»¹²⁹.

Peraltro, ai fini della presente analisi, assume particolare rilievo un'ampia pronuncia del T.A.R. del Friuli Venezia Giulia, ove i giudici hanno affrontato la delicata questione della normativa vigente nei punti franchi giuliani in materia di controlli finalizzati alla prevenzione e alla repressione della criminalità¹³⁰. A tal proposito, il T.A.R. ha affermato che, «il porto franco, pur essendo caratterizzato da un regime di extradoganalità, non può considerarsi territorio posto al di fuori dello Stato italiano, per cui tutte le disposizioni di legge in materia di contrasto agli illeciti tributari ed extratributari (antiterrorismo, sicurezza pubblica, salvaguardia dell'ambiente ecc.) vi trovano piena applicazione in forza della sovranità che lo Stato italiano esercita su tutto il territorio nazionale»¹³¹. In altre parole, a detta dei giudici amministrativi, all'interno dei punti franchi giuliani unicamente i controlli compiuti ai fini doganali sarebbero ridotti, mentre, al contrario, tutte le verifiche svolte per contrastare la commissione di reati di qualsiasi tipo sarebbero ammesse «in qualunque momento»¹³² e senza restrizioni di sorta. Il fondamento giuridico di questa conclusione è, invero, stato condivisibilmente individuato nei sopra citati artt. 4 e 8 dell'allegato VIII al Trattato di Parigi, i quali, come si è visto, rispettivamente affermano che, salvo sia stabilito altrimenti, tutte le leggi e i regolamenti dell'ordinamento a cui è attribuita l'amministrazione del *free port* triestino si applicano ai beni e alle persone entro i confini dello stesso e che le autorità possono procedere ad ispezioni nei punti franchi al fine di far rispettare i regolamenti doganali o gli altri regolamenti per la prevenzione del contrabbando¹³³. Alla luce di ciò, si comprende come siffatta decisione abbia il significativo pregio di aver chiarito, una volta per tutte, che già una corretta interpretazione del Trattato di Parigi del 1947 impone di rigettare l'idea per cui il porto franco giuliano sia un luogo dalla giurisdizione penale "limitata", trattandosi, al contrario, soltanto di una zona con un regime tributario/fiscale di favore.

Ma vi è di più: i giudici amministrativi, dopo aver richiamato e ricostruito la normativa eurounitaria che, negli ultimi anni, ha affidato agli uffici doganali un ruolo sempre più incisivo nell'attività di controllo con finalità extratributarie, sono giunti alla conclusione per cui il divieto generale di ingerenza doganale, sancito dalla normativa speciale regolatrice dei punti franchi triestini, «trova oggi un incisivo limite necessario

¹²⁸ Il rinvio va, in particolare, a T.A.R. F.V.G., sez. I, 23 ottobre 2013, n. 530, cit.; T.A.R. F.V.G., sez. I, 15 luglio 2013, n. 400, cit.; T.A.R. Lazio, sez. III, n. 2677 del 2009, *inedita*.

¹²⁹ Cfr., in questo senso, Consiglio di Stato, sez. VI, 15 maggio 2012, n. 2780, in *DeJure*.

¹³⁰ Ci si riferisce alla più volte citata sentenza T.A.R. F.V.G., sez. I, 15 luglio 2013, n. 400, cit., §§ 31 ss.

¹³¹ Così, T.A.R. F.V.G., sez. I, 15 luglio 2013, n. 400, cit., § 31.6.

¹³² Cfr. T.A.R. F.V.G., sez. I, 15 luglio 2013, n. 400, cit., § 31.3.

¹³³ Si veda, in particolare, T.A.R. F.V.G., sez. I, 15 luglio 2013, n. 400, cit., §§ 31.2 – 31.3.

nell'esigenza di coordinare gli interventi sulla sicurezza»¹³⁴. Secondo il T.A.R. triestino, in sostanza, la disciplina UE in tema di analisi dell'individuazione dei rischi e volta alla predisposizione di controlli finalizzati al contrasto al commercio illecito deve trovare puntuale applicazione anche nel porto franco giuliano, il quale, in quanto territorio nazionale e dell'Unione, «non può essere escluso dall'applicazione delle misure dirette alla tutela della sicurezza dei cittadini»¹³⁵.

In conclusione, tali sentenze del T.A.R. – una delle quali, è bene precisarlo, è stata in seguito richiamata e definita del tutto “condivisibile” pure dalla stessa Cassazione penale¹³⁶ – dimostrano come effettivamente anche in Italia, così come è accaduto a livello internazionale, si sia instaurato un apprezzabile circolo virtuoso, volto a individuare un più equilibrato bilanciamento tra i vantaggi economici assicurati dai punti franchi e le esigenze primarie e inderogabili di prevenzione e della repressione della criminalità. Come hanno fatto giustamente comprendere i giudici amministrativi, non è, invero, più possibile assumere un atteggiamento volto a massimizzare a tal punto le peculiarità doganali/tributarie proprie delle *free zones*, da ridurre in modo radicale i controlli al loro interno. Trattare, infatti, le aree in questione sostanzialmente come “terre di nessuno” dal punto di vista commerciale, produce l'inevitabile pericolo di renderle permeabili ai traffici illeciti e al riciclaggio, il che va poi a ulteriore discapito dell'economia legale del territorio, costretta a subire la concorrenza sleale delle organizzazioni criminali. Il primo passo per ridurre in modo assai significativo questi pericoli è, peraltro, stato fatto, con l'abbandono da parte della giurisprudenza della tesi, insostenibile già a livello di disciplina sovranazionale, per cui il porto franco triestino sia un'area extraterritoriale, trattandosi, invece, di un luogo senza alcun dubbio sotto la sovranità italiana, ove vige una piena giurisdizione penale dei giudici nostrani¹³⁷.

6. Segue. Le iniziative virtuose più recenti di contrasto alla criminalità nello scalo giuliano.

Negli ultimi anni, gli sforzi per contrastare in modo più efficace i tentativi di infiltrazione o condizionamento criminale nel porto di Trieste non hanno visto coinvolta la sola autorità giudiziaria, ma anche diversi altri organi pubblici – tra cui *in primis* l'Autorità di Sistema Portuale del Mare Adriatico Orientale e la Prefettura di Trieste – i quali hanno sperimentato nuove forme di collaborazione interistituzionale, onde affrontare al meglio la problematica *de qua*. In altre parole, la presa di coscienza di quanto le prospettive di crescita dello scalo giuliano¹³⁸ possano attirare l'interesse anche di

¹³⁴ Sul punto, v. T.A.R. F.V.G., sez. I, 15 luglio 2013, n. 400, cit., § 32.2.

¹³⁵ Cfr. T.A.R. F.V.G., sez. I, 15 luglio 2013, n. 400, cit., § 32.2.

¹³⁶ Il riferimento va a Cass., sez. III, 11 febbraio 2014 n. 15666, in *DeJure*.

¹³⁷ In proposito, v., in particolare, T.A.R. F.V.G., sez. I, 15 luglio 2013, n. 400, cit., § 42.

¹³⁸ Cfr., a riguardo, G. TURANO, *Trieste e le grandi manovre intorno al porto (su cui vuole mettere le mani la Cina)*, in <http://espresso.repubblica.it/plus/articoli/2019/05/22/news/trieste-porto-cina-1.334721>, ove si ricorda, non solo che quello di Trieste è il primo porto commerciale italiano, ma anche che lo stesso è al centro della cosiddetta “via della Seta”, ossia un grande progetto di cooperazione economica, che vede coinvolta la Cina

organizzazioni malavitose ha suscitato una pronta reazione locale, essendosi affiancata alla fondamentale attività di repressione penale una capillare azione di prevenzione in via amministrativa, quale mezzo in grado di innalzare la soglia di attenzione da parte delle istituzioni in ottica di contrasto alla criminalità.

Un esempio potrà chiarire il concetto. Alla fine del 2017 il Prefetto di Trieste ha emesso un'interdittiva antimafia nei confronti di una società, operante nel porto di Trieste, perché i nuovi acquirenti della stessa erano ritenuti affiliati a un clan camorristico¹³⁹. Uno degli effetti più rilevanti, derivanti dalla informazione in questione, consisteva nell'obbligo per l'Autorità di sistema portuale di pronunciare la decadenza della concessione con cui l'azienda svolgeva la propria attività di stoccaggio di prodotti petroliferi. Peraltro, la Prefettura e l'Autorità portuale (di concerto anche con l'Agenzia delle dogane e l'Ispettorato del lavoro), resisi conto dei «delicati aspetti legati a tale conseguenza che si sarebbero riverberati sull'occupazione dei dipendenti della società (la cui unica attività imprenditoriale è la gestione dell'attività economica oggetto della concessione)»¹⁴⁰, hanno tentato di individuare una soluzione idonea, nel contempo, a salvaguardare i posti di lavoro e garantire la legalità. Un tanto ha, in particolare, portato la Prefettura «ad adottare un provvedimento di nomina di tre amministratori straordinari e temporanei ai sensi dell'art. 32 della legge n. 114/2014, provvedimento che ha consentito all'Autorità di Sistema Portuale di sospendere il procedimento di revoca della concessione»¹⁴¹, essendo quest'ultima «passata nella titolarità della terna di amministratori proprio in forza del provvedimento prefettizio che ne ha disposto la nomina»¹⁴². Ebbene, se è pur vero che, a seguito degli ingenti debiti accumulati dalla società, tutto ciò non ha impedito la dichiarazione di fallimento della stessa¹⁴³, la fattispecie *de qua* prova comunque come le autorità locali si siano dimostrate pronte a collaborare in modo virtuoso e condiviso per reagire al sospetto di infiltrazioni mafiose nello scalo giuliano, senza con ciò rinunciare comunque al tentativo di preservare l'attività portuale e i posti di lavoro.

e tutta una serie di Paesi, tra cui l'Italia, e prevede enormi investimenti in infrastrutture logistiche e commerciali. Si veda anche *amplius*, J. NIERLING, *Italia protagonista lungo la Via della seta*, https://www.ilsole24ore.com/art/italia-protagonista-la-via-seta-ACVCWcX?refresh_ce=1.

¹³⁹ Si vedano, in proposito, la relazione del Ministro dell'Interno al Parlamento, Attività svolta e risultati conseguiti dalla Direzione investigativa antimafia, luglio – dicembre 2018, pp. 339 s. e la relazione sull'amministrazione della giustizia per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2019, del Presidente della Corte di appello di Trieste O. DRIGANI, pronunciata presso l'Assemblea Generale della Corte di appello di Trieste il 26 gennaio 2019, pp. 105 ss.

¹⁴⁰ La citazione è tratta dalla relazione sull'amministrazione della giustizia per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2019, del Presidente della Corte di appello di Trieste, cit., p. 105.

¹⁴¹ Si esprime ancora in questo senso la relazione sull'amministrazione della giustizia per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2019, del Presidente della Corte di appello di Trieste, cit., p. 105 s.

¹⁴² Cfr. la relazione sull'amministrazione della giustizia per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2019, del Presidente della Corte di appello di Trieste, cit., p. 106.

¹⁴³ In proposito, si veda il seguente articolo <https://ilpiccolo.gelocal.it/trieste/cronaca/2018/02/01/news/depositi-costieri-fallimento-decretato-a-trieste-1.16423128>.

Ciò posto, pare d'uopo ricordare che le iniziative di cooperazione interistituzionali, volte a facilitare il contrasto alla criminalità nello scalo giuliano, non si sono limitate alla soluzione di singole problematiche, oppure all'organizzazione di tavoli tecnici¹⁴⁴, ma hanno assunto, nel tempo, un certo grado di formalizzazione grazie alla stipula di una serie di protocolli tra autorità pubbliche¹⁴⁵.

A questo proposito, meritano una menzione particolare due assai recenti intese, concluse il 5 luglio del 2019, tra la Prefettura di Trieste, la Regione Friuli Venezia Giulia e l'Autorità di Sistema Portuale «per la prevenzione e la repressione della corruzione e dei tentativi di infiltrazione mafiosa nel settore degli appalti e concessioni di lavori pubblici»¹⁴⁶. In sostanza, considerata la mole di investimenti programmati nello scalo giuliano, a seguito dell'adozione nel 2017, dopo decenni di attesa, del decreto ministeriale di organizzazione amministrativa dei punti franchi di Trieste¹⁴⁷, le autorità pubbliche hanno tentato di “giocare d'anticipo”, utilizzando lo strumento pattizio per migliorare la loro sinergia nelle azioni preventive di contrasto alla criminalità. In estrema sintesi, i provvedimenti in questione sono volti a perseguire il triplice, meritevole, obiettivo di: a) «rafforzare le misure di prevenzione e contrasto ai tentativi di infiltrazione criminale e mafiosa, [specie] nel settore degli affidamenti pubblici di contratti di appalti e di concessioni relativamente a lavori, servizi e forniture»; b) «promuovere il rispetto delle discipline sull'antimafia, in materia di anticorruzione, sulla regolarità contributiva, sulla sicurezza nei cantieri e sulla tutela del lavoro»; c) «migliorare l'interscambio informativo, anche attraverso l'interconnessione di banche dati, sistemi di videosorveglianza esistenti, tra le Pubbliche Amministrazioni interessate per assicurare una maggiore efficacia delle azioni di [...] controllo»¹⁴⁸. Sotto il profilo

¹⁴⁴ In proposito, v. la relazione del Ministro dell'Interno al Parlamento, Attività svolta e risultati conseguiti dalla Direzione investigativa antimafia, luglio – dicembre 2018, cit., p. 340, ove si afferma che «al fine di individuare ulteriori strategie di intervento per contrastare fenomeni d'infiltrazione mafiosa nel complesso sistema portuale, il 25 settembre 2018, si è svolto un tavolo tecnico presso il Ministero delle Infrastrutture, alla presenza del Procuratore Nazionale Antimafia, del Procuratore generale e distrettuale di Trieste, del Prefetto e delle Forze di polizia territoriali».

¹⁴⁵ Ci si riferisce, ad esempio, al Protocollo d'intesa di Legalità, stipulato il 17 settembre 2012, tra l'Autorità portuale di Trieste e la Prefettura, nonché al Protocollo d'intesa, relativo al complesso delle procedure di funzionamento dello scalo portuale di Trieste, caratterizzato dallo status di “Punto Franco” doganale, concluso il 4 luglio 2011, tra l'Autorità Portuale di Trieste e il Comando regionale Friuli Venezia Giulia della Guardia di Finanza, entrambe reperibili online al presente link: <https://www.porto.trieste.it/ita/autorita-di-sistema-portuale-del-mare-adriatico-orientale/protocolli-intese>.

¹⁴⁶ Si veda, a riguardo, il seguente articolo: *Porti: protocolli legalità lavori pubblici a Trieste e Monfalcone*, in <https://www.regione.fvg.it/rafvig/comunicati/comunicato.act?dir=rafvig/cms/RAFVG/notiziedallagiunta/&nm=20190705161139003>.

¹⁴⁷ Il riferimento va al sopra citato decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti del 13 luglio 2017, recante l'organizzazione amministrativa per la gestione dei punti franchi compresi nella zona del porto franco di Trieste.

¹⁴⁸ La presente citazione e quelle che precedono sono tratte dall'art. 1, par. 2, dell'intesa per la legalità tra la Prefettura di Trieste, la Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia e l'Autorità di Sistema Portuale del Mare Adriatico Orientale Porti di Trieste e Monfalcone, per la prevenzione e la repressione della corruzione e dei tentativi di infiltrazione mafiosa nel settore degli appalti e concessioni di lavori pubblici, disponibile online al seguente link: <https://www.porto.trieste.it/wp-content/uploads/2019/08/Intesa-per-la-legalit%c3%a0.pdf>.

operativo, siffatti propositi sono stati perseguiti non solo tramite la costituzione di una “cabina di regia”¹⁴⁹, ossia di un gruppo di lavoro comune, specificamente incaricato di applicare le intese siglate, ma anche promuovendo una più efficiente tracciabilità dei flussi finanziari¹⁵⁰, nonché, infine, mediante la costituzione di una banca dati delle imprese aggiudicatarie di contratti di appalto e concessione lavoro¹⁵¹. Si tratta – è evidente – di strumenti di lavoro davvero importanti, che hanno indubbiamente contribuito, non solo a migliorare la cooperazione reciproca tra organi pubblici, ma anche a rendere lo scalo giuliano in generale e le sue zone franche in particolare luoghi nel loro complesso più trasparenti e controllabili, avviandosi così ad altre criticità significative che, secondo vari *report*, affliggono le *free trade zones*¹⁵².

In definitiva, grazie agli sforzi congiunti della giurisprudenza, delle autorità di *law enforcement* e dell’ente pubblico incaricato di gestire l’amministrazione dello scalo giuliano, pare che il *free port* di Trieste sia riuscito a superare le ambiguità che potevano affliggerlo in passato, dandosi così un segnale molto forte della volontà di fare dello stesso una “*clean Free Trade Zone*”, ossia una zona franca “modello”, così come richiesto da quelle che – come si vedrà a breve – sono le più avanzate *best practices*, approvate a livello sovranazionale.

7. La reazione sovranazionale all’emersione del problema delle infiltrazioni criminali nelle zone franche.

La presa d’atto dei rischi per la sicurezza pubblica determinati dalle *free trade zones* ha suscitato reazioni alquanto accese. Se, infatti, la mole di *report* e di raccomandazioni in materia ha finora portato solo uno sparuto novero di legislatori statali ad attivarsi¹⁵³, al contrario, a livello sovranazionale «*several voluntary initiatives have been proposed to strengthen governance frameworks and controls*»¹⁵⁴.

Ad esempio, la Camera di commercio internazionale ha approvato nel 2017 un’ampia raccomandazione in materia, nella quale, dopo aver espresso accese preoccupazioni «*about the lack of uniformity in national legislations, administration and monitoring of FTZs by national regulatory bodies – including Customs agencies*», ha affermato di ritenere che «*a common approach towards the administration of FTZs is vital to ensure that FTZs foster legitimate trade flows and economic growth and do not become ‘hotspots’ for illicit trade and organized crime*»¹⁵⁵. Ebbene, per rendere più sicure le aree in questione, l’ICC non ha solo richiamato gli Stati ad approvare il citato allegato D della Convenzione di

p. 5.

¹⁴⁹ Cfr. art. 2 dell’intesa per la legalità, cit., p. 5.

¹⁵⁰ V. art. 11 dell’intesa per la legalità, cit., p. 12.

¹⁵¹ Si veda, in particolare, gli artt. 7 e 12 dell’intesa per la legalità, cit., p. 13.

¹⁵² Si veda, *supra* § 2.

¹⁵³ Questo è il caso, ad esempio, della Svizzera o del Lussemburgo: cfr., a riguardo, *supra* la nota 63.

¹⁵⁴ La citazione è tratta da I. CHASE – A. MOISEIENKO – A. REID, *Free Trade Zones and Financial Crime – A Faustian Bargain?*, cit.

¹⁵⁵ Il rinvio va a ICC, *Recommendations on Illicit Trade in Free Trade Zones (FTZS)*, adottata nel luglio 2017.

Kyoto riveduta, oppure a rafforzare il ruolo delle autorità doganali in tali territori, ma anche a specificare espressamente, a livello legislativo, che negli stessi vige soltanto un regime fiscale speciale, mentre «*other national legislations and international obligations – including applicable labour, health, intellectual property and environmental regulations – must be observed*»¹⁵⁶. L'estrema utilità della raccomandazione da ultimo citata si coglierà con particolare chiarezza alla luce dell'esempio, sopra descritto, dei punti franchi triestini. Come si è visto, infatti, la giurisprudenza italiana, nonostante l'appiglio normativo dell'art. 4 dell'allegato VIII al Trattato di pace di Parigi, ha fatto non poca fatica a chiarire che il regime di franchigia doganale non impedisce che tutte le disposizioni di legge in materia di contrasto agli illeciti tributari ed extratributari trovino puntuale applicazione nel *free port*¹⁵⁷. Ben venga, pertanto, l'adozione di norme sul punto, essendo le stesse in grado di ridurre la probabilità del sorgere di letture distorte, che vedano nelle zone franche dei luoghi del tutto extraterritoriali.

Dal canto suo, invece, l'Organizzazione mondiale della sanità, preso atto di come le «*free trade zones have also been used in the illicit tobacco trade in the UAE, Singapore, the Philippines, Malaysia, Panama, Greece and Egypt*»¹⁵⁸, ha ricompreso anche quest'ultime nel suo importante "Protocollo sull'eliminazione del commercio illegale di prodotti del tabacco"¹⁵⁹. In sostanza, l'OMS ha avuto il merito di rendersi conto di come il problema globale del commercio illecito del tabacco non si sarebbe potuto risolvere senza obbligare le Parti contraenti a effettuare "controlli efficaci" pure nelle zone franche, transitando o producendosi nelle stesse un'enorme quantità di cd. *illicit whites*¹⁶⁰. Pur essendo un atto settoriale, il Protocollo sul commercio illegale del tabacco rappresenta un deciso passo nella giusta direzione: esso è, infatti, un vero e proprio trattato internazionale, che è andato ad arricchire quella sparuta cerchia di strumenti vincolanti per le Parti contraenti, che non tralasciano di inserire norme *ad hoc*, dedicate al contrasto dei fenomeni criminosi nelle zone franche.

Com'era prevedibile alla luce della mole degli interessi economici in gioco, le istituzioni UE hanno a loro volta tentato di reagire all'emersione del problema delle infiltrazioni malavitose nelle *free trade zones*. Un tanto ha portato il legislatore eurounitario a introdurre alcune disposizioni *ad hoc* all'interno di atti di diritto derivato. Ciò è, ad esempio, avvenuto nella direttiva 2018/843/UE¹⁶¹ (comunemente nota come la quinta direttiva antiriciclaggio), ove si è previsto che i soggetti che conservano o commerciano opere d'arte o che agiscono in qualità di intermediari in tale settore, laddove svolgano la loro attività all'interno di porti franchi e il valore delle operazioni

¹⁵⁶ Così, testualmente, si esprime la ICC, *Recommandations on Illicit Trade in Free Trade Zones (FTZS)*, punto n. 2.

¹⁵⁷ Cfr., *supra* § 5.

¹⁵⁸ La citazione è tratta dal seguente documento: *The Protocol to Eliminate Illicit Trade in Tobacco Products: Questions and Answers*, in <https://www.who.int/fctc/protocol/faq/en/index1.html>.

¹⁵⁹ Sul quale cfr. https://www.who.int/fctc/protocol/illicit_trade/protocol-publication/en/.

¹⁶⁰ Cfr., in proposito, i seguenti report: INTERPOL, *Countering Illicit Trade in Tobacco Products. A Guide for Policy-Makers*, 2014, p. 17; PHILIP MORRIS INTERNATIONAL, *Fighting Illicit Trade: Free Trade Zones*, 2018, *passim*.

¹⁶¹ Per una sintesi delle novità apportate dalla stessa, cfr. V. JOUROVÁ, *Strengthened EU rules to prevent money laundering and terrorism financing*, in <https://ec.europa.eu/newsroom/just/document>, 9 luglio 2018.

sia pari a o superiore a 10.000 euro, assumono la qualifica di «soggetti obbligati» ai sensi della direttiva 2015/589/UE¹⁶². Di conseguenza, essi sono tenuti a rispettare i requisiti in materia di adeguata verifica della clientela ivi fissati (dovendo, tra l'altro, individuare il titolare effettivo dei beni in questione) e a segnalare le operazioni sospette alle unità di informazione finanziaria.

Siffatto intervento normativo in tema di antiriciclaggio, pur risultando certamente meritevole nelle intenzioni, ha suscitato alcune critiche, concentrate principalmente con riguardo al suo ambito di applicazione, giudicato troppo ristretto.

Da un lato, infatti, vi è stato chi ha espresso perplessità circa il fatto che l'atto *de quo* si riferisca soltanto ai soggetti operanti all'interno dei porti franchi nel settore del commercio di opere d'arte e non, invece, a tutte le operazioni economiche, svolte in tali luoghi, con un valore superiore a 10.000 euro¹⁶³.

Da un altro lato, invece, lo stesso Parlamento UE, dopo aver riconosciuto di aver erroneamente compiuto un rinvio nella direttiva *de qua* al solo *genus* dei "porti franchi" e non a quello, assai più ampio, dei "depositi doganali", ha raccomandato agli Stati membri di porre quest'ultimi su un piano di parità con i *free ports*, per quanto concerne le misure giuridiche finalizzate ad attenuare i rischi di riciclaggio e di evasione¹⁶⁴.

Peraltro, pare che le istituzioni UE abbiano effettivamente imparato, almeno in parte, dai propri errori: è d'uopo, invero, rilevare come, nel recente regolamento 2019/880/UE, relativo all'introduzione e all'importazione di beni culturali¹⁶⁵, il legislatore eurounitario, allorché ha invitato ad adottare misure di contrasto al traffico di beni culturali illeciti nell'Unione, non abbia fatto riferimento alla sola categoria dei "porti franchi", ma, più in generale, a quella della "zona franca" e dei regimi doganali speciali¹⁶⁶.

Non è però tutto. Va, invero, ricordato che il Parlamento europeo, nella sua risoluzione del marzo 2019 sui reati finanziari, l'evasione fiscale e l'elusione fiscale, ha, per un verso, esortato la Commissione «a presentare una proposta legislativa per garantire lo scambio automatico di informazioni tra le autorità competenti, quali le autorità di contrasto, le autorità fiscali e doganali ed Europol, sulla titolarità effettiva e le operazioni che hanno luogo nei porti franchi, nei depositi doganali o nelle zone economiche speciali»¹⁶⁷ e, per un altro verso, richiesto all'esecutivo dell'Unione di

¹⁶² In proposito, v. R. KORVER (*EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE*), *Money laundering and tax evasion risks in free ports*, cit., p. 22 e s. Pare utile ricordare che l'Italia ha recentemente attuato la quinta direttiva antiriciclaggio con il d. lgs. 4 ottobre 2019, n. 125, recante modifiche ed integrazioni ai decreti legislativi 25 maggio 2017, n. 90 e n. 92, recanti attuazione della direttiva (UE) 2015/849, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario ai fini di riciclaggio e finanziamento del territorio e che modifica le direttive 2009/138/Ce e 2013/36/UE. Per un commento alla disciplina di recepimento, cfr. S. CAPOLUPO, *Attuata la V direttiva antiriciclaggio*, in *Il Fisco*, 2019, n. 42, p. 4053.

¹⁶³ Sul punto, v. H. MAHAMADI, *UK Free Ports Plan Risks Influx of Dirty Money, Say Experts*, in <https://www.riskscreen.com/kyc360/article/uk-free-ports-plan-risks-influx-of-dirty-money-say-experts/>.

¹⁶⁴ In questo senso, v. la risoluzione del Parlamento europeo del 26 marzo 2019 sui reati finanziari, l'evasione e l'elusione fiscale (2018/2121 (INI)), § 207.

¹⁶⁵ In *G.U.U.E.*, 7 giugno 2019, L 151/1.

¹⁶⁶ Il rinvio va al considerando n. 6 del regolamento 2019/880/UE.

¹⁶⁷ V. la risoluzione del Parlamento europeo del 26 marzo 2019 sui reati finanziari, l'evasione e l'elusione

«presentare una proposta per l'urgente graduale eliminazione del sistema dei porti franchi nell'UE»¹⁶⁸. Alla luce di quest'ultima raccomandazione, si comprende, pertanto, come il Parlamento UE abbia, dal canto suo, reagito in modo tanto estremo al problema delle infiltrazioni criminali nelle *free zones*, da auspicarne la totale soppressione¹⁶⁹.

A ogni modo, l'iniziativa fino a oggi senz'altro più significativa ed equilibrata in materia è stata intrapresa dall'OCSE. Difatti, alla fine del 2019, dopo sei anni di analisi e consultazioni di centinaia di *stakeholders*¹⁷⁰, l'organizzazione *de qua* ha approvato la citata raccomandazione «*on Countering Illicit Trade: Enhancing Transparency in Free Trade Zones*»¹⁷¹, a cui hanno aderito anche l'Italia e l'Unione europea¹⁷². Come si desume già dal titolo del provvedimento, il suo scopo principale è quello di rafforzare la trasparenza nelle *free trade zones*, al fine di evitare che le associazioni malavitose ne traggano vantaggio.

Per raggiungere tale obiettivo, la raccomandazione ha adottato un approccio duplice.

Nel corpo di tale atto, è stata fissata tutta una serie di buone prassi, rivolte agli Stati aderenti, finalizzate a garantire livelli adeguati di sorveglianza e controllo nelle zone franche, tra cui vanno menzionate la previsione del diritto delle autorità di *law enforcement* di: a) compiere controlli *ex officio* in qualsiasi momento sulle merci¹⁷³; b) vietare alle persone fisiche o giuridiche condannate per attività economiche o finanziarie illecite (e, più in generale, ai soggetti che non offrono le necessarie garanzie di rispetto delle disposizioni doganali) di operare al loro interno¹⁷⁴; c) conoscere l'identità dei clienti o dei loro committenti nelle operazioni economiche ivi effettuate¹⁷⁵; d) avere a disposizione dati statistici aggregati sulle merci che entrano o escono dalla *free zone*¹⁷⁶. Per di più, la raccomandazione *de qua* ha invitato a incrementare forme di cooperazione internazionale in quest'ambito, promuovendo l'adozione di trattati nuovi o esistenti che

fiscale (2018/2121 (INI)), § 210.

¹⁶⁸ Così, testualmente, la risoluzione del Parlamento europeo del 26 marzo 2019 sui reati finanziari, l'evasione e l'elusione fiscale (2018/2121 (INI)), § 211.

¹⁶⁹ Cfr. A SHAW, *European Parliament puts "urgent" phasing out of freeports top of agenda*, in <https://www.theartnewspaper.com/news/eu-puts-urgent-phasing-out-of-freeports-top-of-agenda>, 2 aprile 2019.

¹⁷⁰ Vale la pena ricordare che l'OCSE ha anche compiuto una consultazione pubblica online sul punto, i cui risultati si possono ritrovare al seguente link: <https://www.oecd.org/governance/online-public-consultation-draft-guidance-enhancing-transparency-in-free-trade-zones.htm>.

¹⁷¹ Il rinvio valla già richiamata *OECD Recommendation on Countering Illicit Trade: Enhancing Transparency in Free Trade Zones*, del 21 ottobre 2019.

¹⁷² Si veda, in proposito, l'elenco di Paesi aderenti, contenuto al seguente link: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0454>.

¹⁷³ *OECD Recommendation on Countering Illicit Trade: Enhancing Transparency in Free Trade Zones*, cit., § II, 1, let. a).

¹⁷⁴ *OECD Recommendation on Countering Illicit Trade: Enhancing Transparency in Free Trade Zones*, cit., II, lett. e) ed f).

¹⁷⁵ Cfr. *OECD Recommendation on Countering Illicit Trade: Enhancing Transparency in Free Trade Zones*, § II, 1, lett. i).

¹⁷⁶ Il rinvio va a *OECD Recommendation on Countering Illicit Trade: Enhancing Transparency in Free Trade Zones*, § II, 2.

contemplino disposizioni sull'assistenza giudiziaria reciproca o su altre forme di coordinamento nell'attività di contrasto per combattere il commercio illecito svolto nelle zone franche¹⁷⁷.

In calce allo strumento in esame è poi stato allegato un “codice di condotta per zone franche conformi”, con il quale l'OCSE ha cercato di selezionare, sulla base del rispetto o meno di una serie di parametri di trasparenza ivi fissati, le *free zones* affidabili da quelle, invece, a più alto rischio di infiltrazioni criminali. Ne è derivato, pertanto, il messaggio per cui possono essere classificate come zone franche di “serie a”, in quanto più trasparenti e sicure, soltanto quelle che, tra l'altro: a) forniscono accesso incondizionato al loro interno alle autorità doganali e di *law enforcement*; b) notificano in anticipo ai soggetti competenti qualsiasi attività industriale, commerciale condotta in siffatti luoghi; c) vietano l'esercizio di attività a operatori e persone che non offrono le necessarie garanzie di rispetto delle disposizioni doganali; d) garantiscono che gli operatori economici attivi nella *free zone* conservino archivi digitali dettagliati delle operazioni compiute nella zona, nonché di tutte le merci e i servizi prodotti al suo interno; e) favoriscano la disponibilità di informazioni per eventuali indagini; f) incentivino il pagamento elettronico delle transazioni commerciali o finanziarie degli operatori economici.

Non va poi tralasciato che il provvedimento *de quo* ha, oltretutto, invitato i Paesi aderenti a mettere in campo misure finalizzate a incoraggiare i soggetti operanti nelle *free zones* a conformarsi volontariamente al “codice di condotta”, prevedendo, ad esempio, che le merci provenienti dalle zone non conformi siano soggette a controlli più stringenti¹⁷⁸. In sostanza, il rispetto o meno delle linee guida dell'OCSE, racchiuse nel codice di condotta, è stato concepito quale campanello d'allarme, idoneo a consentire di concentrare in modo più efficace le iniziative di contrasto alla criminalità sui beni provenienti dalle *free zones*, considerate meno affidabili. In un mondo in cui, per ragioni di *budget* meno del 2% di tutti i «*containers are screened each year*»¹⁷⁹, la possibilità per le autorità di *law enforcement* di concentrare i propri sforzi, valutando il rispetto di una serie oggettiva di parametri normativi, redatti con l'apporto di un gran numero di esperti del settore, risulta vitale, in quanto permette di riuscire a gestire al meglio le (poche) risorse a disposizione.

L'adozione della raccomandazione sul contrasto al commercio illecito rappresenta, peraltro, soltanto il primo passo di una più ampia strategia che l'OCSE ha programmato per risolvere il problema del commercio illecito nelle *free trade zones*. Va, invero, preso atto di come l'organizzazione *de qua* abbia pianificato tutta una serie di *step* per i prossimi anni¹⁸⁰, finalizzati a far sì che il provvedimento del 2019, pur essendo un

¹⁷⁷ OECD Recommendation on Countering Illicit Trade: Enhancing Transparency in Free Trade Zones, cit., § II, 10.

¹⁷⁸ In proposito, v. OECD Recommendation on Countering Illicit Trade: Enhancing Transparency in Free Trade Zones, cit., § III.

¹⁷⁹ Il dato è tratto dal seguente articolo: A. MOISEIENKO – A. REID – I. CHASE, *Have Your Cake and Trade It: Is it Possible to Promote Legitimate Commerce While Reducing Illicit Trade?*, in <https://rusi.org/commentary/have-your-cake-and-trade-it-it-possible-promote-legitimate-commerce-while-reducing>, 1° ottobre 2019.

¹⁸⁰ Cfr., in proposito, la parte in calce alla raccomandazione intitolata “Next Steps”.

atto di *soft law*, venga effettivamente implementato nella misura più ampia possibile dai Paesi aderenti e rimanga aggiornato nel tempo. A tale scopo, il Consiglio dell'OCSE ha incaricato il *Public Governance Committee*, non solo di presentare una relazione in proposito entro cinque anni¹⁸¹, ma anche di stabilire un meccanismo diagnostico per la valutazione delle prestazioni e della conformità da parte delle zone franche al codice di condotta¹⁸² e un modello di valutazione dei rischi delle *free zones*, che consenta alle imprese di valutarne l'integrità e l'adeguatezza, rispetto a una serie di criteri, prima di investire nelle stesse¹⁸³.

8. Riflessioni conclusive.

Dalla ricostruzione compiuta in questa sede, emerge come l'ultimo decennio abbia effettivamente portato a una svolta storica per lo strumento delle zone franche. In pochi anni, ci si è resi conto di quanto alcune di esse, non essendo state gestite finora con sufficiente accortezza, si siano trasformate da volani per l'economia, in *hub* del commercio illegale.

La presa di coscienza di tale problema globale ha determinato un'apprezzabile, pronta reazione da parte di diverse organizzazioni sovranazionali, le quali hanno stabilito una prima serie di regole, idonee a ridurre le maggiori criticità, che hanno reso i territori in esame più permeabili alle attività criminali rispetto agli altri luoghi di scambio commerciale. Un tanto ha portato, ad esempio, a rigettare con sempre maggior vigore la tesi della extraterritorialità delle zone franche, cercandosi, in tal modo, di ridurre il rischio che le stesse siano intese quali "terre di nessuno", ove sono tollerati comportamenti illeciti, altrove perseguiti.

A ben vedere, peraltro, sono stati così compiuti soltanto i primi passi di un percorso virtuoso, che dovrà necessariamente essere completato in futuro.

Il principale problema in quest'ambito va, infatti, individuato nel fatto che molti tra i più lodevoli atti sovranazionali, adottati in questa materia, costituiscono meri provvedimenti di *soft law*, assai difficilmente idonei a cambiare in modo radicale lo *status quo*.

Alla luce di ciò, pare che nei prossimi anni bisognerà concentrare gli sforzi non solo per far sì che quanti più Stati possibile attuino concretamente le previsioni già adottate da organizzazioni internazionali come l'OCSE, ma soprattutto affinché – come si è visto essere stato suggerito a più voci a livello sovranazionale – siano incrementati gli atti vincolanti, volti a evitare che le compagnie criminali sfruttino le *free trade zones* per i loro traffici illegali.

¹⁸¹ Si veda la *OECD Recommendation on Countering Illicit Trade: Enhancing Transparency in Free Trade Zones*, cit., § VII, d).

¹⁸² Così, si esprime la *OECD Recommendation on Countering Illicit Trade: Enhancing Transparency in Free Trade Zones*, cit., § VII, b).

¹⁸³ Cfr. *OECD Recommendation on Countering Illicit Trade: Enhancing Transparency in Free Trade Zones*, cit., § VII, c).

A tal proposito, pare che il modo più efficace per risolvere la problematica *de qua* non sia però quello di continuare ad approvare solo norme settoriali in materia, come è attualmente avvenuto a livello UE, ma, piuttosto, di dar vita a una convenzione trasversale, interamente dedicata al contrasto al commercio illecito nelle zone franche. L'obiettivo deve essere, in altre parole, quello di stilare un provvedimento simile alla raccomandazione dell'OCSE del 2019, ma dotato di efficacia prescrittiva per gli aderenti. È, peraltro, ovvio che, avendo il commercio illecito una preoccupante dimensione mondiale, non si può che auspicare che un atto di tal tipo sia promosso da un'organizzazione che coinvolga un numero quanto più ampio possibile di Stati, come, ad esempio, l'ONU o l'Organizzazione mondiale delle dogane¹⁸⁴.

A livello europeo, invece, pare che spetti all'Unione agire. Se, infatti, stando a quanto affermato dalle stesse istituzioni UE, finora gli Stati membri non sono riusciti da soli ad affrontare le criticità determinate dai traffici criminali nelle zone franche, è essenziale che siano direttamente gli organi eurounitari a sventare tale significativa minaccia per la costruzione di un effettivo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. D'altra parte, non vi sono dubbi nell'affermare che l'adozione di norme *ad hoc* in materia andrebbe a produrre un significativo beneficio per il mercato unico europeo e l'unione doganale: approvare regole comuni, volte a prevenire che la moltitudine di *free zones* e di depositi franchi, disseminati nell'Unione, siano utilizzati per riciclare denaro, finanziare il terrorismo, frodare l'IVA o altre imposte, significherebbe, infatti, introdurre misure volte a proteggere l'economia legale dalla concorrenza sleale delle organizzazioni criminali.

Peraltro, tenuto conto di come, grazie al grande lavoro svolto in questi anni dall'OCSE, dalla Commissione e anche dal Parlamento UE, il legislatore eurounitario abbia, invero, già a disposizione un ampio novero di *best practices* in materia, facilmente trasponibili in una proposta normativa, ci si renderà conto del fatto che le sfide da affrontare in quest'ambito, più che di ordine tecnico, siano soprattutto di matrice politica. In altre parole, pur essendo già piuttosto chiaro quali misure adottare, bisogna ora verificare quanto gli Stati siano pronti in concreto anche a rendere le *free zone* meno attrattive dal punto di vista commerciale – aumentando i controlli al loro interno, rendendole più trasparenti e fugando ogni dubbio circa una loro supposta totale extraterritorialità – pur di prevenire o contrastare più efficacemente il propagarsi di azioni illecite in seno alle stesse. Se, peraltro, in un mondo ideale, la risposta a tale quesito sarebbe scontata, nella realtà non è affatto detto che sia così: d'altra parte, l'esperienza di quanto è finora accaduto dimostra come a lungo si sia preferito prediligere la competitività delle zone franche, rispetto alla loro sicurezza. L'auspicio è che, oramai, i tempi siano definitivamente mutati e che, nei prossimi anni, si sfrutti il fatto che poche tematiche possano dirsi, al pari di quella in esame, in linea con così tante

¹⁸⁴ Sarebbe, del resto, del tutto illusorio pensare di risolvere il problema delle infiltrazioni criminali nelle *free zones*, senza coinvolgere i Paesi extraeuropei dove sono situate le zone che, notoriamente, costituiscono il centro di importanti rotte criminali (si pensi, solo per fare un esempio, al *free port* di Jebel Ali negli Emirati Arabi Uniti, il quale, secondo vari *report*, rappresenta un *hub* per molti traffici delittuosi. In proposito, v. COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, *Counterfeit and Piracy Watch List*, SWD (2018) 492 final, p. 38).

priorità, indicate come strategiche dal Consiglio europeo nella sua nuova agenda 2019-2024¹⁸⁵, per fare della lotta al commercio illecito nelle *free trade zones* una questione di assoluta urgenza politica, da affrontare, una volta per tutte, con un provvedimento vincolante di matrice eurounitaria.

¹⁸⁵ Il rinvio va alla “nuova agenda strategica 2019-2024”, approvata dal Consiglio europeo il 20 giugno 2019. A tal proposito, è, del resto, utile osservare come la lotta al commercio illecito nelle zone franche possa certamente rientrare in almeno tre delle quattro priorità principali, fissate dall’UE in tale atto (ossia “proteggere i cittadini e le libertà”; “sviluppare una base economica forte e vivace” e “promuovere gli interessi e i valori europei sulla scena mondiale”).

ALTRI CONTRIBUTI

La non-punibilità: una carta da giocare oculatamente

di Francesco Palazzo

1. Il c.d. suicidio assistito all'esame della Corte costituzionale. Il ruolo del diritto penale e l'art. 580 c.p.: una pena "sempre e comunque" per l'aiuto al suicidio? La vicenda di specie e l'aiuto all'attuazione per sua mano della volontà certa liberamente formatasi dal suicida. – La tragica vicenda di Fabiano Antoniani (DJ Fabo) ha di recente portato ancora una volta all'attenzione dell'opinione pubblica italiana il problema, quanto mai coinvolgente, del c.d. suicidio assistito. Il tema, al centro di istanze e indicazioni etiche e religiose e dalle profonde implicazioni umane e sociali, si presenta fortemente divisivo, rendendo più che mai indicata una serena discussione pubblica. Desidero anch'io recare un contributo, non senza annotare, a mo' di premessa, che sono consapevole della limitatezza dell'ottica penalistica in cui si è costretti a muoversi, limitatezza che, già pesante in generale, diviene particolarmente acuta quando riguarda delicati, spinosi dilemmi bioetici. Forse è per questo che in tanti anni ho sempre esitato a scrivere sull'argomento, sfiorandolo una sola volta trattando il tema del paternalismo, sì pertinente, ma dai contorni assai più ampi.

D'altra parte, la ricerca di soluzioni normative, quali sollecitate al legislatore dalla Corte costituzionale che si è occupata del caso (ord. 207/2018; sent. 242/2019), interpella direttamente (anche) il ruolo e i limiti del diritto penale. La cui pochezza potrebbe anche essere da riferire, in fondo, all'aspetto crudamente punitivo di esso, non alle qualificazioni valoriali dell'agire umano che esso è per sua natura in grado di esprimere.

Intanto, è davvero indispensabile, per l'aiuto al suicidio, il presidio penale? Non se ne potrebbe prescindere? E se sì, quando, e con quali modalità? La Corte rammenta nelle pronunce citate che l'incriminazione dell'aiuto al suicidio, presente in gran parte delle legislazioni degli stati membri del Consiglio europeo, in altri ordinamenti è del tutto assente. Per stare solo a Paesi a noi vicini, alcuni lo hanno da tempo depenalizzato o legalizzato. Anche in Germania, dove il dibattito sui riflessi penalistici del biodiritto è da lungo tempo vivace e approfondito, si era fatto a meno di divieti penali, sino a che un intervento legislativo di quattro anni fa, dallo scorso aprile all'esame della Corte costituzionale federale, ha introdotto in proposito un nuovo reato (§ 217 StGB), sebbene circoscrivendone stranamente il rilievo ai casi in cui l'incitamento al suicidio avvenga in termini "commerciali" (*geschäftsmässig*), oppure, se ad opera di un parente o persona prossima, per motivazioni non altruistiche.

Nel nostro ordinamento, invece, l'aiuto al suicidio è penalmente sanzionato. L'art. 580 c.p. ripropone il divieto già presente nel codice previgente (art. 370), estendendone la rilevanza anche al tentativo di suicidio (ove ne siano derivate lesioni personali gravi o gravissime) e accomunando in un identico rigore le differenti condotte di determinazione, di rafforzamento del proposito, e di agevolazione dell'esecuzione: mostrando al riguardo, dunque, un'intransigenza radicale che facilmente si presta a suscitare perplessità. Se la questione di fondo è se sia legittima una pena per l'aiuto al suicidio, la domanda ulteriore è se sia altrettanto legittimo punire sempre e comunque, in qualsiasi circostanza, qualsiasi aiuto.

La vicenda che ha innescato il processo i cui sviluppi hanno condotto al giudizio della nostra Corte costituzionale, sfociato nell'ordinanza interlocutoria e poi nella sentenza, poneva

esattamente questi interrogativi. Nella specie si era appurato che il concreto aiuto prestato dall'imputato (poi autodenunciato), consistente nel trasporto in auto del malato in una clinica svizzera dove il suicidio avrebbe avuto luogo, non potesse intendersi né come determinazione, cioè come istigazione "originaria" al suicidio, né quale rafforzamento di un proposito in tal senso. Era risultato per certo, infatti, che il proposito fosse nel malato maturato da tempo, poi via via consolidatosi per le estreme sofferenze e l'insopportabilità delle condizioni di vita cui l'infermità l'aveva condannato. Questa essendo la situazione accertata, era stato agevole, in sede applicativa dell'art. 580 cit., richiamare in prima battuta la totale chiusura lessicale della disposizione e – al di là della circostanza se la stessa disponibilità dell'imputato a organizzare il trasferimento del malato non integrasse a sua volta un rafforzamento del proposito – sottolineare la piana rilevanza di un'agevolazione esecutiva della personale decisione da lui assunta. Ed è su tale punto che si innestano i dubbi cui si è accennato. Poiché al momento dell'azione esisteva già una conclamata, ferrea volontà del malato di porre fine ai suoi giorni, manifestata e ripetutamente invocata nel pieno possesso delle sue facoltà mentali e poi coerentemente, tenacemente protratta sino agli ultimi decisivi istanti, l'aiuto prestato nella pura e semplice realizzazione di quanto in totale autonomia voluto dal soggetto poteva ancora dirsi penalmente rilevante? Non è illegittimo che il diritto penale si occupi, tra l'altro con pene particolarmente severe, di colui che si limiti a prestare aiuto alla mera attuazione di una volontà altrui liberamente formatasi?

2. La dialettica tra i beni supremi libertà/vita e il nostro ordinamento: aiuto al suicidio, omicidio del consenziente e tutela della vita umana. – Quando ci si confronta con il tema del suicidio, si staglia subito in primo piano, in tutta la sua complessità, la dialettica tra due beni giuridici costituzionali, entrambi primari, entrambi supremi: da un lato l'autodeterminazione della persona, espressione per antonomasia della sua libertà, dall'altro lato la vita umana, che della libertà stessa è il presupposto e in certo qual modo la custode.

Un ordinamento giuridico, ovviamente, può non occuparsi per nulla di suicidio, così confinandolo – per coloro che lo ammettono – in un c.d. spazio libero dal diritto. È da osservare, tuttavia, che un tale silenzio non è detto assuma per sé un significato univoco, poiché il "vuoto" che ne consegue può bensì essere il corollario del rilievo di una sfera incompressibile di autonomia individuale, impenetrabile da qualsivoglia paternalistica invasione ad opera di terzi, ma può alternativamente costituire anche il semplice frutto di una comprensibile ritrosia a procedere con norme in rapporto a un fatto così tragico della esperienza umana. Come dire: l'astensione dal giudizio può costituire il segno del pieno riconoscimento di un tacito autentico diritto, ma anche indicare non più che la muta rassegnazione del diritto di fronte a una scelta personalissima che resta pressoché sempre un insondabile enigma.

Da noi la situazione non è questa. Il legislatore italiano, per risalente tradizione, non ha taciuto: anzi, ha assunto al riguardo una posizione a suo modo chiara e netta. Discutibile, senza dubbio, ma eloquente. L'art. 580 c.p. non è incentrato sul suicidio, non punisce il tentato suicidio (come pure in passato, non solo da noi, non raramente avveniva), ma si preoccupa che il fatto sia una scelta genuina di chi lo compie. Vuole scrupolosamente precludere ogni condizionamento e cooperazione di altri: l'opzione deve essere e rimanere esclusivamente opera propria del suicida. Rispetta sì la scelta del singolo, ma prevedendo una pena per chi gli presti aiuto investe il fatto del suicidio di una luce negativa. Non si può spiegare altrimenti, nella norma richiamata, il rilievo dell'istigazione e del rafforzamento del proposito, condotte che, da normali espressioni lecite e costituzionalmente tutelate di libera manifestazione del pensiero nel libero interscambio di idee, ottengono nel sistema eccezionale rilevanza penale soltanto nel caso che si uniscano concorsualmente a fatti di reato.

Nel dibattito sulla legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., pertanto, giova muovere da un dato obiettivamente non controvertibile. Le norme in vigore non ammettono un diritto al (o di) suicidio. Esse tollerano il suicidio come una non concretamente contrastabile libertà di fatto, ma palesemente lo disapprovano e intendono, sino a che sia possibile, scongiurarlo. E alla radice di tale atteggiamento normativo si trova con ogni evidenza la tutela della vita umana. A torto o a ragione, cioè prescindendo da una valutazione circa la compatibilità o meno della situazione con la nostra Costituzione, la vita umana, come bene giuridico, non è nel sistema vigente liberamente disponibile dal suo titolare. Che sia così, del resto, è riconoscibile e comunemente riconosciuto non appena si affrontano i limiti dell'istituto del consenso dell'avente diritto. Il singolo individuo è libero di efficacemente acconsentire alla lesione di numerosi suoi beni giuridici, ma non a che gli si tolga la vita. L'omicidio del consenziente, con l'art. 579 c.p. e il suo rigore, è lì a ricordarlo.

3. La piena legittimità costituzionale e la persistente funzione dell'art. 580 nel giudizio della Corte. – L'indisponibilità del bene giuridico vita da parte del suo titolare, che sta a fondamento degli art. 579 e 580 c.p., ha notoriamente radici plurisecolari ed è affermata con forza da tradizioni e da fedi religiose, cristiane e non, ma è tutt'altro che inconciliabile con visioni del mondo compiutamente laiche e liberali. Il principio non è retoricamente da assolutizzare, come testimoniano le infinite esperienze in cui la vita viene liberamente sottoposta a pericoli elevatissimi (salvataggi in condizioni proibitive; attività sportive estreme, ecc.), ma non è privo di una sua sicura razionalità. La nostra Costituzione, in particolare, ha come punto fermo la persona e la sua libertà, ma è dubbio che le riconosca un'autodeterminazione tale che la scelta del tempo e del modo di por fine alla propria vita non incontri limiti di sorta. Atteggiamenti assolutistici, del tipo "io sono mio", "la vita è mia e ne faccio ciò che voglio", non sembrano a loro volta immuni da toni assertivamente declamatori. Certo, la persona è nell'orizzonte costituzionale un valore in sé e non un mezzo di soddisfacimento di interessi collettivi; ma essa non vive da sola: vive con e accanto ad altri, e alla relazione intersoggettiva che inevitabilmente si instaura non può essere estraneo un vincolo di reciproca solidarietà. È ben vero che prima ancora che interesse della collettività la salute è un diritto fondamentale del singolo, ma un momento comunitario connesso alla vita non pare da obliterare del tutto. Non si tratta, evidentemente, di additare responsabilità né di ricavarne un dovere incondizionato di vivere, tanto più insulso quando si riferisca a condizioni umanamente insopportabili, ma ciò non cancella una considerazione di fondo dell'ordinamento (= una sua non indifferenza) per la vita umana, di tutti e di ciascuno degli appartenenti alla società che esso è chiamato a regolare.

All'art. 580 c.p. dunque (rigore di confini e di penalità a parte) va riconosciuta una sua solida ragion d'essere, come confermato anche dalla presenza di disposizioni simili in numerosi altri ordinamenti, europei e non. Norma moderatamente (e indirettamente) paternalistica, è espressione – come si accennava – di una speciale attenzione a che la scelta suicida, qualunque ne sia la motivazione, sorga, maturi e si compia nel soggetto come frutto integrale di una volontà realmente libera, senza suggestioni o influssi di provenienza altrui. Difendendo la genuinità della volontà dell'individuo, costruisce al tempo stesso una barriera contro intromissioni improprie di terzi.

Questo aspetto è stato colto con precisione dalla Corte costituzionale. Respingendo la questione di legittimità nei termini posti dal giudice remittente, che aveva contestato l'art. 580 nella parte in cui prescinde dall'istigazione o dal rafforzamento del proposito di suicidio, la Corte assevera invece con vigore anche la piena legittimità dell'incriminazione dell'aiuto, in quanto «funzionale alla tutela del diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, che l'ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile... Essa assolve allo scopo, di perdurante attualità, di tutelare le persone che attraversano difficoltà e sofferenze, anche

per scongiurare il pericolo che coloro che decidono di porre in essere il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere... La circostanza che l'ordinamento non sanziona chi abbia tentato di porre fine alla propria vita non rende affatto incoerente la scelta di punire chi cooperi materialmente alla dissoluzione della vita altrui, coadiuvando il suicida nell'attuazione del suo proposito.... Il divieto in parola conserva una propria evidente ragion d'essere anche, se non soprattutto, nei confronti delle persone malate, depresse, psicologicamente fragili, ovvero anziane e in solitudine, le quali potrebbero essere facilmente indotte a congedarsi prematuramente dalla vita, qualora l'ordinamento consentisse a chiunque di cooperare anche soltanto all'esecuzione di una loro scelta suicida, magari per ragioni di personale tornaconto».

4. La l. 219/2017, la rinuncia a trattamenti sanitari e la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 580. – Il riconoscimento della legittimità dell'art. 580 anche nella parte in cui vieta e punisce (oltre all'istigazione, anche) l'aiuto al suicidio (=l'agevolazione materiale della sua esecuzione), non risolveva ancora l'interrogativo – cruciale per la soluzione del caso prospettato alla Corte costituzionale, nonché al fine di un intervento generale che la Corte stessa auspicava dal legislatore – se fosse legittimo che l'aiuto rilevasse sempre e comunque, come dire in qualunque situazione e in qualsiasi forma avesse luogo.

Su tale quesito l'analisi della Corte si è concentrata nella seconda parte dell'ordinanza, che ha subito posto in dubbio che ad esso potesse risponderci, ai nostri giorni, con la medesima certezza di un tempo. Nella tensione dialettica tra i beni supremi della vita e della libertà, infatti, essa ritiene che la tutela della prima mantiene bensì nell'art. 580 la sua ragione di fondo, ma dev'essere oggi rapportata alle innovazioni intervenute nell'ordinamento con la l. 219/2017. Com'è noto, tale legge ha riconosciuto a ciascuno il diritto di rifiutare o di rinunciare in ogni momento a qualsiasi trattamento sanitario, da intraprendere o già avviato, come anche di richiedere e di ottenere, nel contesto di una relazione terapeutica, l'immediata interruzione degli stessi trattamenti di sostegno vitale, ivi comprese la ventilazione, l'idratazione e l'alimentazione artificiale.

Facendo leva su questa novità di sistema, la Corte argomenta che in talune particolari situazioni (persona affetta da malattia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che trova intollerabili, tenuta in vita mediante trattamenti di sostegno vitale, ma ancora capace di decisioni consapevoli), allorché al malato si presenti l'alternativa o di lasciarsi morire in un processo naturale, oppure di chiudere anzitempo la sua esistenza, l'unica via obbligata della sedazione profonda continua possa risultare insopportabilmente angusta, poiché «costringe il paziente a subire un processo più lento, in ipotesi meno corrispondente alla propria visione della dignità nel morire e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care... Se infatti il cardinale rilievo del valore della vita non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari – anche quando ciò richieda, almeno sul piano naturalistico, una condotta attiva da parte di terzi (quale il distacco o lo spegnimento di un macchinario, accompagnato dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore) – non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento da parte del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento – apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa – conseguente alla predetta interruzione dei presidi di sostegno vitale». È bensì vero – ribadisce la Corte – che vi è l'esigenza di proteggere le persone più vulnerabili, «ma è anche agevole osservare che, se chi è mantenuto in vita da un trattamento di sostegno artificiale è considerato dall'ordinamento in grado, a certe condizioni, di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza tramite l'interruzione di tale trattamento, non si vede perché il medesimo soggetto debba essere ritenuto viceversa bisognoso di una ferrea e

indiscriminata protezione contro la propria volontà quando si discuta della decisione di concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri, quale alternativa reputata maggiormente dignitosa alla predetta interruzione». Da qui la conclusione che, nelle situazioni suddette, «il divieto assoluto di aiuto al suicidio... finisce per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive».

All'illegittimità parziale dell'art. 580, tuttavia, la Corte escludeva di potere all'epoca rimediare semplicemente limitandosi a sottrarre dalla sua area applicativa i casi di aiuto a soggetti che si trovassero nelle situazioni indicate, poiché il vuoto normativo che ne sarebbe seguito avrebbe esposto ad abusi i pazienti in dette condizioni, in quanto a quel punto chiunque avrebbe potuto in qualsiasi momento, a casa propria o a domicilio, «per filantropia o a pagamento», offrire assistenza al suicidio, senza alcun controllo sulla concreta irreversibilità della patologia o sulla reale capacità di autodeterminazione del soggetto. Per tale ragione, la Corte sollecitava il legislatore a varare entro un certo lasso di tempo (undici mesi) una disciplina *ad hoc*, articolata secondo la sua discrezionalità, suggerendo altresì le modalità di accertamento medico delle condizioni, nonché l'eventuale riserva delle relative procedure al solo servizio sanitario nazionale e la possibile obiezione di coscienza del personale sanitario coinvolto. Trascorso invano il termine indicato, la Corte, giudicando non più tollerabile l'ulteriore protrarsi del *vulnus* costituzionale, in ragione dei diritti fondamentali dei malati e dello stesso imputato (a non subire una pena sulla base di una norma incostituzionale), dichiarava senz'altro la parziale illegittimità dell'art. 580, provvedendo direttamente essa stessa, mediante richiami di norme presenti nella l. 219/2017, a dar corpo seppur provvisorio al predetto processo medicalizzato di verifica delle condizioni.

5. La ricerca di equilibrio da parte della Corte in merito all'aiuto, ma la precaria analogia tra rinuncia a trattamenti e suicidio. L'eccessività della chiusura assoluta dell'art. 580 a ogni irrilevanza penale dell'aiuto e le sue ragioni. – Negli sviluppi della Corte costituzionale, è doveroso riconoscere che le condizioni richieste per l'assenza di pena per l'aiuto al suicidio non sono per nulla di poco conto. La patologia irreversibile, le sofferenze fisiche o psichiche intollerabili, il sostegno vitale in atto, le capacità mentali integre, sono elementi che, presi come si deve congiuntamente, precludono l'irrilevanza penale dell'aiuto in una gran parte dei casi. Specialmente il trattamento salvavita in corso, cioè l'attualità del mantenimento artificiale in vita, colloca quasi naturalmente l'aiuto ammissibile in una struttura clinica, come corroborato altresì dalla menzione esplicita, nella sentenza, del coinvolgimento del sistema sanitario nazionale, con connesse garanzie procedurali, potenzialmente accurate, di verifica e controllo. Tutti segnali che mostrano da parte della Corte un *self restraint* degno del massimo apprezzamento, cioè il rigetto di impostazioni radicali, antipaternalistiche e estremisticamente liberali e la ricerca, piuttosto, di punti d'incontro e di mediazioni accettabili tra posizioni ideologiche e culturali anche assai distanti: in linea, del resto, con il *placet* e l'ammissione della perdurante funzione nel sistema dell'art. 580. Come dire: l'autodeterminazione del singolo e l'affidamento alla sua libertà sono certamente da accogliere e da valorizzare, ma non senza limiti, anzi entro definiti, circoscritti confini.

Ad onta di tale equilibrato atteggiamento, peraltro, va detto che gli argomenti con i quali la Corte approda alle sue conclusioni non sono propriamente inattaccabili. Non pare lo sia, soprattutto, l'argomento principe che essa ricava dalla legge 219/2017. La quale, travagliata nel nascere e

costantemente attenta nella sua elaborazione a che non si valicassero delicati confini, nel riconoscere il diritto di ciascuno di rifiutare qualsiasi cura o trattamento sanitario, o di rinunciarvi quando siano ormai avviati, non solo non introduce un diritto al suicidio, ma a ben vedere non si occupa per nulla di suicidio. Si direbbe anzi che l'analogia o la quasi equivalenza tra rifiuto delle terapie e suicidio, sulla quale fa leva la Corte, sia frutto di una sorta di effetto ottico, verosimilmente indotto da una pur in principio relativa prossimità alla morte dei casi cui si riferisce; mentre la separazione e il distacco tra essi divengono immediatamente tangibili ove solo si ponga mente alla lontananza cronologica e concettuale tra una facoltà che la persona può esercitare sin da giovane, non appena raggiunge la maggiore età, quale civile direttiva di trattamento a futura memoria, da un lato, e l'evento morte inflitto da sé a sé medesimo, dall'altro. Sembra conseguente osservare, pertanto, che anche quando quella medesima facoltà sia esercitata per la prima volta dal soggetto ormai afflitto da malattia irreversibile, tra l'altro mentre è già in atto un trattamento salvavita (che la Corte assume tra le condizioni richieste), la pretesa analogia con il suicidio suona a ben vedere come una palese forzatura. La realtà, infatti, è innegabilmente diversa, perché quando la persona sopraffatta dalle sofferenze, nelle condizioni estreme di cui si è detto, chiede ai medici che l'assistono o a coloro che le stanno accanto l'interruzione delle cure e dei sostegni che la tengono in vita, desidera sì che la sua vita abbia termine senza ulteriori laceranti tormenti, ma non vuole suicidarsi, quanto meno nell'accezione con cui tale azione è comunemente recepita e compiuta: vuole, come si suol dire con espressione tanto efficace quanto veritiera, essere "lasciata andare", non commettere suicidio.

Detto in altro modo: la legge 219, introducendo "norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento", così rilevanti per il riconoscimento alla persona di diritti a lungo sospirati, si proponeva *per tabulas* di consentirle di regolare per tempo, in quel modo, il suo fine vita. La legge non ha toccato il suicidio. Nei confronti del suicidio come tale (=del suicidio quale comunemente lo si conosce), non è mutata la luce negativa che il nostro ordinamento gli attribuisce, né d'altronde erano né sono venute meno le ragioni di tutela della vita da cui essa è ispirata: tanto vero che la Corte ribadisce, come si è visto, il ruolo dell'art. 580. Muovendo da tale rilievo, ne discende che se l'aiuto al suicidio sempre e comunque punito, nei termini previsti dalla norma vigente, viene ai giorni nostri (diversamente dall'istigazione o dal rafforzamento del proposito) da più parti messo in discussione, ciò non è dovuto a una conquistata indifferenza dell'ordinamento verso il suicidio, e neppure, a me pare, a una neoacquisita «libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie» (come ritiene la Corte), ma piuttosto alla circostanza assai più banale che una reazione penale per un supporto esterno a un gesto che il malato, giunto allo stremo della sopportazione, intende tenacemente compiere egli stesso, sembra oggi eccessiva. E questo perché in dette situazioni estreme, quando ogni prospettiva di rimedi o cure sia ormai tramontata, ma persistano indicibili sofferenze fisiche o psichiche, il diniego di qualsiasi forma di assistenza al malato nel mettere in atto una scelta da lui tenacemente voluta e che resti comunque sua, può equivalere nei fatti a indurlo a ricercare una morte solitaria e violenta, oppure a imporgli un inaccettabile dovere di continuare a vivere.

Su tali presupposti, tutti emblematicamente presenti nella concreta vicenda di specie, la chiusura assoluta a qualsiasi spazio di non rilievo penale per condotte di assistenza, che siano tali da lasciare in ogni caso l'ultima parola al malato, è posta in dubbio da un mutato sentire in rapporto a contesti e a vicende tragiche di tal fatta. Come dimostra proprio il caso di specie, del trasporto agognato dal malato nella clinica dove egli avrebbe posto fine ai suoi giorni, pare a molti discutibile l'ingaggio a tutto campo dell'art. 580, con le sue draconiane sanzioni. Né la via d'uscita avrebbe potuto realisticamente consistere nella previsione di pene inferiori, il problema essendo lo "stridore" di una reazione di natura comunque punitiva per un gesto in aiuto a chi, nelle

condizioni date, chieda di non essere lasciato solo ad attuare una scelta sostanzialmente sua personale, della quale intende assumersi di fronte a tutti la piena responsabilità.

6. Su un eventuale intervento legislativo in materia: la qualificazione dell'assenza di pena nei casi estremi indicati dalla Corte. – Quella creatasi con il duplice intervento della Corte costituzionale, comunque, è la nuova situazione della quale occorre prender atto. Ma poiché dopo l'ordinanza e il silenzio legislativo che ne è seguito, la sentenza 242/2019 ha riformulato con vigore l'auspicio che il Parlamento metta sollecitamente mano a una compiuta disciplina della materia, vale la pena di soffermarsi, in vista di un eventuale intervento normativo, su taluni profili problematicamente suscettibili di prossimi o futuri sviluppi.

Un primo profilo, non secondario sul piano assiologico, chiama l'interprete a concentrarsi sulla qualificazione da imprimere alla non rilevanza penale della parte di condotte che le pronunce della Corte costituzionale hanno estrapolato dall'art. 580 c.p. All'indomani dell'ordinanza, taluni commenti hanno salutato non senza intonazioni enfatiche l'avvenuto ingresso di una causa di giustificazione procedurale e il pieno riconoscimento del diritto del malato a ottenere l'aiuto di cui ha bisogno. Nel denunciare il *vulnus* costituzionale a cui ritiene di dover porre immediato rimedio, in effetti, la Corte richiama nella sentenza, come si è detto, i diritti fondamentali dei malati (oltre che i diritti dell'imputato). Ma nel suo discorso complessivo resta accuratamente preservato quel valore generale della vita umana che sta alla base dell'art. 580 del quale ripropone le ragioni di fondo. Anche nei limitati casi indicati, pertanto, un futuro *jus condendum* dovrebbe opportunamente dar conto sì dello spazio garantito all'autodeterminazione del singolo, ma senza per questo trascurare le persistenti ragioni di tutela del valore della vita. E un contributo significativo in tale direzione potrebbe essere offerto da un uso appropriato di categorie penalistiche, ricorrendo a istituti che, diversamente dalle cause di giustificazione, tali da esaltare quasi una positiva approvazione dell'ordinamento, si attestino invece, per chi abbia prestato aiuto, o su un'anodina rinuncia a punire, oppure, più congruamente, sull'assenza di colpevolezza quale portato dei motivi che l'ispirano, esplicitando al riguardo a date condizioni (assistenza non egoistica, disinteressata, in una struttura sanitaria, previ adeguati controlli medici dell'irreversibilità della patologia e della piena capacità di decisione del malato), una speciale causa scusante. D'altra parte, la stessa Corte costituzionale non pare aliena da prospettive del genere, se è vero che non solo definisce l'aiuto al suicidio nei casi estremi indicati come "non punibile", ma soprattutto dismette la necessità di previsione di obiezione di coscienza del sanitario coinvolto escludendo espressamente il suo obbligo di accogliere la richiesta.

7. I rischi del c.d. "prossimo passo": espressioni ambigue della Corte ed eutanasia attiva. Il sicuro stacco tra aiuto al suicidio e omicidio del consenziente e la pretesa uniformità di soluzioni. La rinuncia ai trattamenti, non analoga al suicidio, tanto meno al ricevere la morte per mano altrui. – Ferme le condotte di istigazione e di rafforzamento del proposito, dunque, l'attenuazione del rigore dell'art. 580 quanto all'aiuto al suicidio, nei casi descritti, è a questo punto acquisita. Nelle situazioni date, l'assistenza prestata a un soggetto che non se la sente più di continuare a soffrire, e che per tale ragione, ancora provatamente capace di comprendere appieno il significato dei propri atti, intende anzitempo porre fine ai suoi giorni, in questo modo testimoniando una determinazione che in lui perdura sino all'ultimo istante, non comporta l'applicazione di una misura penale. Nella vicenda in questione, la chiusura senza scampo della norma richiamata si comprende che possa sembrare eccessiva, poiché per quanto il trasferimento nella clinica, concretamente attuato dall'amico insieme ai familiari, abbia senz'altro costituito una condizione essenziale dell'evento che ne è seguito, il gesto ultimo e decisivo – l'ingestione del preparato che ha indotto il decesso – è stato compiuto dal malato medesimo. Come si è

accennato, peraltro, non è il caso sul punto di enfatizzare diritti e doveri. Così, sarebbe comprensibile il ritrarsi di colui che dell'aiuto fosse richiesto, come anche il suo tentare sino all'ultimo di dissuadere il malato dal compiere il passo senza ritorno, esortandolo ad affidarsi piuttosto a un trapasso naturale, accompagnato dal totale lenimento delle sue sofferenze a mezzo di una terapia del dolore e della sedazione profonda continua. Ma non si colpisce con una pena un comportamento che, disinteressato e gratuitamente altruistico, non impedisca o anche aiuti il malato ad attuare di sua propria mano la sua ferma volontà.

Di sua propria mano, appunto. Si innesta precisamente su questo punto la differenza tra l'azione ultima e decisiva propria del soggetto malato, e l'azione invece di terzi, medici o altri, che non si limiti a prestare aiuto al gesto di chi lo richieda, ma provochi invece essa stessa la morte. La differenza va posta nel dovuto risalto, poiché è qui che diviene pressante il ben noto problema del c.d. "prossimo passo", o della c.d. "china scivolosa". Avvertito ovunque si sia discusso o si progetti una disciplina normativa al riguardo, il problema addita il pericolo costante che pur contenute aperture in materia aprano poi il varco a soluzioni legislative via via più ampie, capaci nel tempo di potenzialmente pregiudicare la situazione del gran numero di persone che, per le gravi (permanenti ma non solo) malattie fisiche o psichiche da cui sono afflitte, versano in oggettive condizioni di particolare vulnerabilità e dipendenza.

E a tale proposito va detto che le espressioni adottate dalla Corte costituzionale non sono rassicuranti. Nel delineare i tratti di un possibile intervento normativo, infatti, essa lamenta che la nostra legislazione non consente al medico che ne sia richiesto di mettere a disposizione del paziente trattamenti diretti a determinarne la morte. «Il paziente – afferma la Corte – è costretto così a subire un processo più lento, meno corrispondente se del caso alla sua percezione della dignità nel morire e più carico di sofferenze per le persone che gli stanno accanto». Richiamando la «somministrazione da parte del medico di un farmaco atto a provocare rapidamente la morte», e per di più auspicandone la previsione in una «mera modifica» della l. 219/2017, «in modo da inscrivere anche questa opzione nel quadro della relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico», la Corte, pur restando formalmente entro il confine dell'aiuto al suicidio, sembra accomunarvi quello, limitrofo ma diverso e distinto, dell'omicidio del consenziente, che tra l'altro non era per sé interessato dalla vicenda in esame. In questo modo, il *dictum* della Corte pare penetrare nel campo della c.d. eutanasia attiva, con un'estensione che costituirebbe allo stato un'indebita fuga in avanti.

Gli è tuttavia che, non persuasivo per l'aiuto al suicidio, il riferimento alla l. 219 e al diritto della persona di rifiutare qualunque trattamento sanitario, lo sarebbe ancor di meno per condotte che, lungi dal solo agevolare l'esecuzione del suicidio da parte del malato (p.e. autorizzandolo a dotarsi, o dotandolo, del preparato letale che poi assumerà), ne cagionino direttamente la morte (p.e. mediante iniezione in vena del preparato stesso). Sul punto, anzi, lo spostamento dall'agevolazione del suicidio alla diretta causazione della morte ad opera di un terzo sarebbe tanto affrettato quanto sorprendente, non foss'altro perché la distanza comunemente ammessa nei differenti ordinamenti giuridici tra le fattispecie penali di aiuto al suicidio e di omicidio del consenziente (e coerentemente coltivata dalle rispettive dottrine) – diversa misura di pene, là dove siano entrambi reati, ma prima ancora e soprattutto diverso disvalore d'azione (quale diversa "signoria" su di essa) – frustra in radice la pretesa uniformità di disciplina. Il rifiuto di qualsiasi terapia da parte del malato, come anche la sua richiesta di sospendere definitivamente un trattamento salvavita in atto, non solo non possono – come si è detto – essere equiparati al suicidio, ma tanto meno possono esserlo alla richiesta di ricevere direttamente la morte per mano altrui. E allo stesso modo, l'ottemperanza alla richiesta del malato di disattivare il congegno che lo mantiene in vita non può neppure lontanamente essere equiparata a provocare direttamente la morte. Fuori discussione, per la richiesta del malato (questa sì fondata sulla l. 219 cit.), l'assenza

di posizioni di garanzia altrui, di familiari o di medici curanti, la parificazione di azione ed omissione (quale adombrata dalla Corte, appunto, là dove richiama «il distacco o lo spegnimento del macchinario») non è obiettivamente sostenibile. Emerge qui chiarissimo, anzi, al netto di dubbi sull'uso di termini tradizionali potenzialmente ambigui, l'innegabile sostanziale divario tra eutanasia c.d. passiva ed eutanasia attiva: la prima, per la quale la morte interviene in modo naturale a seguito di astensioni da ulteriori trattamenti rivolti al mantenimento in vita, indesiderati o comunque ormai vani, per cui il paziente si lascia (e viene lasciato) andare, l'altra per la quale la morte è l'effetto diretto di una attività deliberatamente rivolta a cagionarla.

Il valore della vita della persona umana, che a ragione l'ordinamento, pur in prospettiva sanamente laica, persiste a perseguire anche perpetuando nel sistema l'art. 580, eleva il "non uccidere", ad onta delle planetarie violazioni delle pene di morte e di continue nuove guerre, a principio fondamentale di civiltà che sta alla base dell'umano convivere. La forza ideale di tale principio, anzi (sia detto con ogni comprensione per le ricadute drammatiche che durature infermità di un congiunto provocano sulla vita delle famiglie), rende obiettivamente inadeguati gli argomenti che la Corte aggiunge a favore della diretta somministrazione, da parte del medico, del "farmaco" atto a provocare rapidamente la morte, in presenza della disponibile alternativa della palliazione con sedazione profonda. In un disincantato bilanciamento di interessi, infatti, i disagi delle persone care, cioè l'eventuale protrarsi della loro attesa, e la stessa percezione soggettiva (del malato stesso) della dignità del morire (dignità che a garanzia di ciascuna persona umana, qualunque ne sia la condizione, esigerebbe d'essere intesa come oggettiva) sono certo elementi di rilievo, ma dovrebbero ragionevolmente cedere nel confronto con la trasgressione del non uccidere e i pericoli cui essa espone. Perché qui davvero, più ancora che per l'aiuto al suicidio (il quale aiuto, se riferito a un suicidio che resti realmente tale, difficilmente può generare prassi diffuse, implicando il gesto personale del malato non comuni forza d'animo, determinazione e coraggio), l'avallo della legge anche solo a limitate aperture eutanasiche renderebbe concreti i rischi della "china scivolosa", propiziati ai nostri giorni dal diffondersi di mentalità efficientistiche e dai crescenti problemi economici delle collettività, unitamente a temibili burocratizzazioni nelle quotidiane procedure di ospedali o *hospices*. Anche considerando la previsione *ad hoc* dell'obiezione di coscienza del medico, inoltre, sarebbero da tenere in conto, da paventare per la stessa professionalità della categoria, le conseguenze del mutamento del miglior paradigma ippocratico del prendersi cura del malato. La c.d. *allenza terapeutica*, cioè la pur fondamentale relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico, non credo possa giungere a tanto. Inaccettabile, insomma, una legalizzazione dell'eutanasia attiva, tanto più se si considera che l'accompagnamento alla morte, quale espressione del processo naturale del morire, acquisirà via via in futuro maggiore spazio – com'è prevedibile – dagli ulteriori progressi della palliazione con sedazione profonda.

8. La parziale illegittimità dell'art. 580 e il non avallo della legalizzazione dell'eutanasia attiva. La deroga al fondamentale "non uccidere" e le sue pericolose sequele. – In sintesi. L'art. 580 c.p. sull'istigazione o aiuto al suicidio conserva nel sistema una precisa funzione, poiché protegge la vita umana, in particolare la vita delle persone più vulnerabili ed esposte. Ben fondati e saldi i divieti di istigazione e di rafforzamento del proposito di suicidio, i termini in cui la norma configura l'agevolazione della materiale esecuzione sono stati ormai rivisitati ad opera della Corte costituzionale. Non senza ragione il suicidio come tale, cioè il gesto del sopprimersi da sé medesimi, continua a essere visto dall'ordinamento non come un diritto soggettivo, ma come mera libertà di fatto, un evento negativo da scongiurare ("ogni singola persona conta"), il primo degli imperativi essendo, all'opposto, l'adoperarsi sin dove possibile, a livello individuale e

sociale, per superare/attenuare/lenire le tribolazioni fisiche o psichiche della persona che la portano talora ad agognare un simile passo. D'altra parte, l'inflizione di una pena per qualsiasi aiuto o assistenza al suicidio, anche quando questo è dal malato, provatamente capace di decisioni consapevoli, tenacemente perseguito per porre fine anzitempo ai propri tormenti, può ancora essere difesa da concezioni filosofiche o religiose assolute, ma ai giorni nostri pare contrastare con un diffuso sentire, orientato a una maggiore comprensione per i drammi di chi abbia a vivere esperienze al limite del sopportabile. Sul piano normativo, dunque, saranno da formulare tecnicamente con cura modifiche all'art. 580 che in situazioni estreme, previa ogni certificazione medica della irreversibilità della patologia e delle condizioni fisiche e mentali del malato, prevedano come non punibile un aiuto squisitamente disinteressato e gratuito, prestato a un atto che egli insista a voler compiere personalmente, assumendosene di fronte a terzi l'intera responsabilità.

Nettamente diverse sono invece le conclusioni per quanto riguarda l'eutanasia. Nessuna analogia può essere posta alla base della parificazione tra l'aiuto al suicidio e la causazione immediata della morte da parte del medico o di altri, mediante la diretta somministrazione al malato di un "farmaco" o in altro modo. Lo stacco tra aiuto al suicidio e omicidio del consenziente è stato ed è tuttora pacificamente ammesso e argomentato, penalisticamente ma non solo, guidato dalla distinzione tra compartecipazione e autoria e dalla primaria assunzione personale di responsabilità del gesto decisivo del suicida, garanzia ultima del permanere sino alla fine della sua volontà. Eliminata l'ambiguità di un'inaccettabile equiparazione tra diritto di rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari e suicidio, l'introduzione legislativa di forme attive di eutanasia, con i rischi di progressive estensioni, dev'essere ancora oggi, a mio avviso, contrastata con forza. Essa, infatti, avallerebbe deroghe infide al principio del non uccidere, che malgrado tutto resta unaassicurazione basilare per il consorzio umano. Inoltre, potrebbe pregiudicare o ritardare il graduale affermarsi di civili prassi di c.d. accompagnamento alla morte, conquiste della medicina moderna, dando anche possibile stura, nel tempo, a mutamenti insidiosi negli stessi paradigmi di approccio ai malati da parte della classe medica e, nei rapporti intersoggettivi in genere, ad atteggiamenti interessati ed egoistici dimentichi del rispetto solidale e partecipe dovuto ad ogni persona sofferente, specie – come a ragione ricorda la Corte – di quelle più fragili, anziane o in solitudine.

* * * * *

Utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi: le Sezioni unite ristabiliscono la legalità costituzionale

Cass., Sez. un., 28 novembre 2019 (dep. 2 gennaio 2020), n. 50, Pres. Carcano, est. Caputo

di Giulio Illuminati

1. Con una decisione meditata e molto articolata nella motivazione, le Sezioni unite della Cassazione hanno fissato alcuni punti fermi in materia di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni per i reati non rientranti fra quelli indicati nel decreto di autorizzazione del giudice. Più precisamente, la questione di diritto sollevata riguardava il **divieto di utilizzazione** in procedimenti diversi previsto dall'art. 270 comma 1 c.p.p. e la sua **applicabilità ai reati, non oggetto dell'intercettazione, che fossero emersi nel corso delle operazioni**

autorizzate. Le Sezioni unite hanno affermato che **l'inutilizzabilità non opera solo quando si tratti di reati connessi ex art. 12 c.p.p.**, e solo se per tali reati l'intercettazione risulti ammissibile (ai sensi degli artt. 266 e 267 c.p.p.).

Senza ripercorrere il **risalente dibattito riguardante l'interpretazione dell'art. 270 comma 1 c.p.p.** – che trova eco anche sul versante giurisprudenziale, rappresentato **esaurientemente nella motivazione** della sentenza – si può sinteticamente ricordare che la **dottrina** è in prevalenza nel senso di un'**applicazione rigorosa del divieto** e ritiene che le intercettazioni siano utilizzabili **esclusivamente per i reati espressamente menzionati nel decreto di autorizzazione** (salvi naturalmente i delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza, secondo l'eccezione prevista dallo stesso articolo). La **giurisprudenza** maggioritaria tendeva viceversa ad **ampliare il più possibile l'ambito dell'utilizzabilità, argomentando che "diverso procedimento" non corrisponde a "diverso reato"** e che pertanto, in caso di indagini unitarie, o semplicemente connesse o collegate, anche se non effettivamente riunite o viceversa suscettibili di separazione, per il nuovo reato scoperto durante l'intercettazione i risultati della stessa fossero sempre utilizzabili come prova.

Si può concordare sul fatto che **non sarebbe ragionevole attenersi ad una interpretazione esclusivamente formale dei concetti di diverso reato o di diverso procedimento.** Se si può escludere che rilevi la diversità del reato quando ad esempio si tratti di modifica della qualificazione giuridica, o di identificazione successiva di ulteriori autori (le intercettazioni com'è noto non richiedono che gli indizi di reato siano già individualizzati), è anche vero che **non si può far dipendere l'utilizzabilità o meno dei risultati da un evento casuale come la riunione o la separazione dei procedimenti**, tanto più che nel corso delle indagini essa dipende dalle scelte discrezionali del pubblico ministero.

Tuttavia l'argomento desunto dalla lettera dell'articolo sembra piuttosto debole. **La contrapposizione tra reato e procedimento**, richiamata anche dalla sentenza in esame, **non trova in realtà riscontro nel lessico del codice.** Un esempio lo si ricava proprio dall'**art. 12 c.p.p.**, che parla di connessione di procedimenti, ma per definirla non può che fare riferimento ai reati: ad ogni reato infatti corrisponde teoricamente un diverso procedimento anche quando tutti i reati sono attribuiti alla competenza del medesimo giudice, a prescindere dal fatto che poi in sede processuale vengano trattati congiuntamente o separatamente. **Che si parli di reati o di procedimenti, dunque, l'unica cosa che dovrebbe rilevare è che dalle intercettazioni sia emerso un fatto nuovo, non contemplato in precedenza.**

Secondo la **prassi** per lo più utilizzata dagli uffici della procura della Repubblica, il divieto di utilizzazione non viene ritenuto efficace quando si tratti del **medesimo filone di indagine, o comunque di indagini anche solo collegate**: ciò però **equivale praticamente a disapplicare l'art. 270 c.p.p.**, posto che un collegamento delle indagini è sempre *in re ipsa*, rientrandosi **quanto meno** nel caso in cui, come correttamente evidenziato dalle Sezioni unite, **la prova "deriva, anche in parte, dalla stessa fonte"** (art. 371 comma 2 lett. c) c.p.p.). Inoltre i risultati vengono considerati utilizzabili anche per i reati per i quali l'intercettazione non potrebbe essere autorizzata, stando ai limiti previsti in via generale dalla legge. In altre parole, **una volta che l'intercettazione sia stata legittimamente autorizzata all'origine, i suoi risultati potrebbero valere per qualunque reato successivamente emerso nel corso delle operazioni**, a prescindere dalla specifica presenza dei presupposti per una intercettazione. Si deve rilevare che **se invece il divieto fosse applicato l'intercettazione potrebbe essere utilizzata solo come *notitia criminis***, in base alla quale aprire un'indagine alla ricerca di elementi utili per l'accertamento del diverso reato.

2. La **soluzione** corretta va individuata facendo riferimento alla **ratio del divieto** di utilizzazione. Lo **statuto costituzionale delle intercettazioni** richiede la predeterminazione

tassativa dei presupposti di legge e un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria; nonché ulteriori "garanzie", volte a minimizzare la lesione del diritto inviolabile. **Circoscrivere l'utilizzabilità dei risultati è una garanzia** destinata ad evitare che gli effetti dell'interferenza si moltiplichino al di là di quanto strettamente necessario. Il divieto di cui all'art. 270 comma 1 c.p.p. ha dunque lo **scopo di mantenere costante il collegamento con le circostanze che giustificano la violazione del segreto** e con i motivi addotti nell'autorizzazione del giudice, che includono, oltre all'accertamento degli indizi di un reato fra quelli previsti dalla legge, anche la valutazione dell'assoluta indispensabilità ai fini della prosecuzione delle indagini. **La rottura di tale legame consentirebbe in sostanza l'utilizzazione dei risultati di intercettazioni che nessuno ha realmente autorizzato.** Si deve fra l'altro notare che secondo la legge (art. 267 comma 3 c.p.p.) il controllo sulla persistenza dei presupposti è, almeno sulla carta, previsto come necessario anche per ogni proroga dell'intercettazione già autorizzata per un determinato reato: ciò sembrerebbe confermare l'inutilizzabilità delle intercettazioni in assenza di un'autorizzazione specifica.

Il divieto di utilizzazione tuttavia **viene meno** quando si scoprono delitti diversi per i quali è **obbligatorio l'arresto in flagranza**. È un caso tipicamente eccezionale: attraverso il rinvio ad una norma dettata ad altri fini (che comporta una generalizzazione forse in parte discutibile) ci si riferisce sinteticamente ad un catalogo di reati considerati di maggiore allarme sociale. La scelta non ha altra logica che quella dettata dalle **esigenze di politica criminale**, che si è ritenuto sarebbero eccessivamente sacrificate qualora dall'intercettazione si ricavesse la prova di un reato particolarmente grave senza che si potesse farne uso se non come *notitia criminis*.

A chi eccepisce l'incongruità della ridotta utilizzabilità dei risultati (peraltro considerata un ragionevole punto di equilibrio dalla Corte costituzionale) si può obiettare che **la presenza di limiti edittali è di per sé garanzia contro gli abusi**, ed è intrinseca alla disciplina stessa delle intercettazioni, che infatti sono del tutto vietate per i reati che non superano una certa soglia di gravità. Salve alcune ipotesi particolari, infatti, non ci sarebbe in teoria alcuna ragione tecnica per ammettere o escludere il ricorso alle intercettazioni a seconda del tipo di reato: ma ovviamente la scelta al riguardo, che rientra nella discrezionalità del legislatore ordinario, ha il solo scopo di contenere il potere dell'autorità pubblica di limitare un diritto costituzionale.

Correttamente ricostruita, sotto il profilo in esame la disciplina delle intercettazioni corrisponde nel migliore dei modi al quadro previsto dalla Costituzione. Si deve ricordare che la Corte costituzionale, fin dal suo primo intervento del 1973 sul codice abrogato, ha evidenziato la necessità del **bilanciamento** fra l'interesse a prevenire e reprimere i reati e quello alla libertà e segretezza delle comunicazioni, che **spetta al giudice di volta in volta contemperare**, allo scopo di evitare che il diritto individuale sia "sproporzionatamente" sacrificato. Il richiamo al **principio di proporzionalità**, che è venuto progressivamente assumendo un ruolo centrale nella giurisprudenza costituzionale e soprattutto europea, consente di individuare dei limiti precisi alle interferenze nella vita privata consentite: ben al di là della semplice riserva di legge, che pure deve tradursi in regole chiare e dettagliate, che escludano ogni discrezionalità incontrollata. Secondo l'opinione consolidata, il principio di proporzionalità si articola nella **idoneità** della misura restrittiva ad ottenere il risultato investigativo previsto; nella **necessità** della stessa, vale a dire l'impossibilità di perseguire l'obiettivo dichiarato con mezzi meno intrusivi; e nella **proporzionalità in senso stretto**, da commisurare alla natura e alla gravità del reato.

Si comprende subito che parametri di questo genere **richiederebbero sempre una valutazione ex ante**, da esporre nella motivazione del provvedimento del giudice. In particolare, l'accertamento della gravità del reato, anche se opportunamente predeterminata dal legislatore, rappresenta un criterio imprescindibile, precisamente per evitare che, *ex post*, l'intercettazione vada ad incidere sul segreto di comunicazioni per le quali, in mancanza dei presupposti specifici, non dovrebbe essere consentita.

3. Le Sezioni unite hanno optato per una soluzione intermedia. Si sono fatte carico del problema concernente l'identità o la diversità dei procedimenti, ma hanno concluso che **all'autorizzazione iniziale devono ritenersi riconducibili anche quei fatti di reato che si trovino in un rapporto di connessione sostanziale** con quello per il quale l'intercettazione era stata disposta. Il legame, cioè, sarebbe in tal caso **originario e indipendente dallo specifico procedimento**, in quanto di carattere oggettivo e predeterminato. La connessione ai sensi dell'art. 12 c.p.p. giustificerebbe pertanto l'utilizzazione dei risultati dell'intercettazione anche per i reati non espressamente contemplati nell'autorizzazione.

Si può forse ammettere che, pure in mancanza di un preciso riscontro testuale, la norma così interpretata **soddisfi la tassatività della riserva di legge prescritta dall'art. 15 Cost.** Rimane però, insopprimibile, lo **scontro tra la motivazione del provvedimento e la violazione della segretezza** riguardante il reato diverso, violazione che si riproduce per ogni notizia sopravvenuta di cui si venga a conoscenza tramite l'intercettazione e che possa successivamente essere utilizzata e divulgata. In particolare, **il rispetto del principio di proporzionalità diventa in concreto non verificabile**, dato che si tratta di nuovi reati di cui non si aveva contezza al momento dell'autorizzazione, e per ciò stesso **sottratti alla valutazione dei gravi indizi e della indispensabilità** dell'intercettazione, così come previsto dalla legge.

Anche se restano dubbi sulla soluzione accolta, va tuttavia sottolineato, per altro verso, che è stato posto un **importante freno all'orientamento finora troppo largheggiante della giurisprudenza**. Infatti, in coerenza con il requisito del legame sostanziale tra i diversi reati, **la sentenza ha negato** che una relazione occasionale, quale quella derivante dal **collegamento delle indagini** ai sensi dell'art. 371 c.p.p., o dall'appartenenza ad un **medesimo contesto investigativo**, sia in grado di **escludere che si tratti di procedimenti diversi**. In questi casi dunque opera il divieto di cui all'art. 270 comma 1 c.p.p. (salva sempre l'eccezione concernente i delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza).

La precisazione è quanto mai necessaria per **scongiurare** che si possa procedere ad intercettazione sulla base di una **"autorizzazione in bianco"**, secondo la definizione della Corte costituzionale, fatta propria dalle Sezioni unite. Senza la predeterminazione vincolante – anche indiretta, come in caso di connessione – del reato o dei reati che possono essere oggetto dell'intercettazione, si lascerebbe aperta la strada alla possibilità di una **sorveglianza senza limiti delle comunicazioni di una persona, quando esistano gravi indizi (non necessariamente a suo carico), in attesa che prima o poi commetta un reato e ne fornisca la prova attraverso le sue stesse comunicazioni**: e ciò per un tempo, di proroga in proroga, tendenzialmente indeterminato. La riserva di legge e di giurisdizione, per non parlare del principio di proporzionalità, risulterebbero troppo facilmente aggirate.

C'è poco da aggiungere, infine, sulla **seconda parte del principio di diritto enunciato**: l'utilizzazione dei risultati continua ad essere **vietata quando il reato diverso** da quello in relazione al quale era stata disposta l'autorizzazione, anche se con questo connesso, **non rientra fra quelli per cui l'intercettazione è ammissibile**. È una **piana applicazione della legge**, senza che nemmeno si debba scomodare l'art. 15 Cost., posto che l'art. 266 c.p.p. vieta l'impiego di questo mezzo di indagine per i reati che non superino una soglia minima di gravità. I risultati sono dunque inutilizzabili ai sensi dell'art. 271 c.p.p., poiché non sembra si possa dubitare che derivino da intercettazioni eseguite fuori dai casi consentiti dalla legge. **L'autorizzazione non è un passepartout per disapplicare, una volta che sia stata concessa, i limiti stabiliti in via generale**. Il fatto che il segreto delle comunicazioni sia stato legittimamente infranto non implica che ogni forma di tutela sia per ciò stesso venuta meno, e che il diritto inviolabile non necessiti più di essere garantito in relazione agli ulteriori sviluppi dell'indagine.

Se così non fosse, fra l'altro, si potrebbe assistere al paradosso per cui, ove l'intercettazione non abbia fornito gli elementi attesi con riferimento ai reati che la consentivano e per i quali era stata autorizzata (e magari per questo motivo destinati all'archiviazione), i risultati finirebbero con l'essere utilizzabili come prova solo per quei reati occasionalmente scoperti che, di per sé, non avrebbero mai potuto legittimare il ricorso all'intercettazione.

È comprensibile che gli organi inquirenti non vogliano rinunciare nemmeno in parte ad uno strumento così invasivo e tutto sommato di facile impiego. Va però constatato che ciò **favorisce una certa pigrizia investigativa** perché, piuttosto che dover raccogliere faticosamente e con dispendio di tempo e di risorse materiali e mentali ogni elemento utile per le indagini, è molto più comodo richiedere un'intercettazione, **gettando una rete nella quale si spera che qualcosa resti impigliato**. Ma proprio per questo motivo la solidità dell'impianto accusatorio basato sulle intercettazioni è spesso solo apparente, dato che il più delle volte dalle comunicazioni captate si ricavano solo prove indiziarie, intrinsecamente equivoche e foriere di dubbi e cattive interpretazioni.

Opportunamente **le Sezioni unite non hanno assecondato questa deriva**, con una decisione che forse farà discutere, ma che intende dare il giusto riconoscimento alla necessità di tutelare i diritti fondamentali, a partire dalla Costituzione secondo la lettura promossa dalla Corte costituzionale.

* * * * *

La riforma dei due orologi: la prescrizione fra miti populistici e realtà costituzionale

di Oliviero Mazza

1. La prescrizione quale sanzione per la violazione del principio della ragionevole durata del processo. – In queste ore il tema della riforma della prescrizione del reato è al centro del dibattito politico. Compito del giurista non dovrebbe essere quello di piegare i propri argomenti in favore di una tesi di parte, ma di fornire elementi di chiarezza utili al confronto, ricordando, soprattutto, la cornice costituzionale ed europea all'interno della quale le scelte legislative saranno costrette a muoversi.

Ed è proprio questa la finalità delle brevi considerazioni che seguiranno, senza però dimenticare che sul terreno della prescrizione e della durata del processo penale si misura, forse più che su ogni altro, **il grado di civiltà di un popolo e la qualità della democrazia**.

Civiltà e democrazia che oggi appaiono in **crisi profonda**, almeno stando alla vulgata ministeriale per cui la prescrizione garantisce l'impunità ai colpevoli, gli avvocati difensori *chicaneurs* sono responsabili dell'allungamento dei tempi processuali, le impugnazioni sono orpelli inutili proposti solo a fini dilatori. Impostare su tali presupposti distorti la discussione significa cedere ai falsi miti che continuano a intorbidire l'opinione pubblica. Non va meglio quando si cerca di individuare il fondamento costituzionale della prescrizione sul terreno del diritto penale sostanziale, evocando il tempo dell'oblio sociale, del venir meno dell'interesse collettivo alla punizione del fatto. Nella vendicativa società contemporanea non esiste più il tempo dell'oblio, ma solo quello della memoria, non riscuotendo alcun credito l'idea «che, a certe condizioni, *temperi cedere*, sia una soluzione saggia»[1].

Occorre, invece, riportare la questione nella sua **reale dimensione costituzionale** che è quella del tempo dell'avvio e della celebrazione del processo, quel tempo che viene confiscato all'esistenza

dell'imputato in attesa di giudizio e che in una democrazia compiuta non può essere illimitato. **Nei rapporti fra autorità e cittadino** si deve trovare un **punto di equilibrio** rappresentato da un certo lasso di tempo raggiunto il quale o lo Stato è in grado di accertare compiutamente la responsabilità, vincendo la presunzione d'innocenza, oppure **l'accusato deve essere per sempre liberato dal giogo della pretesa punitiva** che fino a quel momento ne ha condizionato la vita.

Su questa solida premessa, una prima considerazione non può che riguardare i rapporti fra la disciplina della prescrizione e il principio costituzionale di **ragionevole durata del processo**. Comunque la si voglia leggere, garanzia oggettiva o soggettiva, diritto immediatamente precettivo o norma programmatica rivolta al legislatore, la previsione dell'art. 111 comma 2 Cost. impone **tempi certi e comunque limitati all'accertamento processuale** sulla base dell'assioma per cui un processo di durata potenzialmente illimitata è per ciò stesso irragionevole. Basterebbe questa semplice notazione per comprendere l'intrinseca illegittimità della più recente riforma Bonafede che blocca il corso della prescrizione alla sentenza di primo grado e rende gli imputati eterni giudicabili nei gradi di impugnazione.

L'art. 111 comma 2 Cost. assegna rilievo costituzionale al dato temporale che diviene requisito strutturale del giusto processo. **Fino ad oggi la prescrizione ha costituito, nella prassi applicativa, la sanzione per la violazione del principio costituzionale di ragionevole durata del processo**. E come tutte le sanzioni ha agito sia sul piano della **prevenzione speciale**, bloccando il singolo processo di durata irragionevole, sia sul piano della **prevenzione generale**, come deterrente per l'eccessiva durata dei processi, come stimolo potentissimo al contenimento dei tempi delle attività processuali.

Anche per i detrattori della prescrizione è **innegabile che i giudici e i pubblici ministeri lavorino più celermente quando sul loro tavolo corrono le lancette dell'orologio della prescrizione**. Quando, invece, questo orologio è bloccato, come accade attualmente per effetto della riforma Bonafede, i tempi del processo sono inevitabilmente destinati a dilatarsi. Attualmente perché gli **effetti deleteri** del blocco della prescrizione dopo la sentenza di primo grado **sono già attuali**, a dispetto della *fake news*, propalata dallo stesso Ministro della Giustizia, che vorrebbe l'applicazione delle nuove norme a regime solo tra qualche anno. **Pensiamo allo sventurato che, arrestato in flagranza di reato il 1° gennaio 2020, processato e condannato il giorno successivo, abbia proposto appello** avverso la sentenza di condanna (ma potrebbe essere stato anche assolto con appello del pubblico ministero): **già in questo mese di gennaio 2020 avrà assunto la triste condizione dell'eterno giudicabile in attesa di un giudizio d'appello che non incontrerà alcun limite temporale**.

Occorre allora chiedersi quale sarà il destino del principio costituzionale della ragionevole durata del processo, una volta venuta meno la sanzione per la sua violazione. Inutile dire che una regola non presidiata da sanzioni in caso di inosservanza rischia di rimanere priva di effettività.

Questo è lo scenario odierno: un principio, la ragionevole durata del processo, destinato a operare **solo quale regola di indirizzo** per il legislatore, ma non più direttamente applicabile nei singoli processi, **sprovvisto di conseguenze in caso di inosservanza**.

Avendo ben chiaro il ruolo giocato dalla prescrizione nel sanzionare l'inosservanza del principio costituzionale, nessuno potrebbe predicarne l'abbandono. **Anzi, sarebbe da rimeditare la legittimità dello stratificarsi di previsioni volte a rendere molti reati, francamente troppi, già oggi imprescrittibili o difficilmente prescrivibili**. È chiaro che un termine di prescrizione troppo ampio, ad esempio di 18-20 anni, non potrebbe assolvere al ruolo di presidio effettivo per la durata ragionevole del processo.

Poste queste premesse, si può già trarre una prima conclusione. **La prescrizione non è in sé capace di garantire la durata ragionevole del processo, ma rappresenta la sanzione per i casi**

limite in cui comunque tale ragionevole durata è stata superata, a volte anche ampiamente superata. Una sorta di **valvola di sicurezza** in grado di attivarsi automaticamente quando ormai si è oltrepassata ogni soglia di tollerabilità civile della pena processuale, sulla base del presupposto, di carneluttiana memoria, che la pendenza stessa del processo costituisca una pena per l'imputato.

2. Il principio della durata ragionevole del processo quale garanzia strumentale per la tutela di altri valori costituzionali. – L'**obiezione** che viene normalmente mossa a questo inquadramento della prescrizione-sanzione è che si può registrare uno **scollamento fra i tempi del reato e i tempi del processo**. Il reato potrebbe essere stato scoperto tardivamente, con prescrizione che matura già alle prime battute di un processo di durata estremamente ridotta, oppure il reato potrebbe essere stato individuato immediatamente dopo la sua commissione, lasciando così ampio spazio alla celebrazione di un processo di lunga durata. La considerazione risponde indubbiamente al vero, ma **non coglie nel segno se si considera il principio costituzionale nella sua effettiva portata e in tutti i suoi corollari**.

Occorre ammettere che, almeno finora, è **mancato un adeguato approfondimento dogmatico del principio sancito dall'art. 111 comma 2 Cost.** Soprattutto la dottrina è responsabile di tale mancanza, essendosi concentrata solo sul contraddittorio, quasi dimenticando ogni altro aspetto essenziale del giusto processo costituzionale, dal principio di legalità processuale, a quello di immediatezza, alla tempestiva contestazione dell'accusa per finire, appunto, con la ragionevole durata del processo.

Non è questa la sede per rimediare a tale carenza di approfondimento, ciò nondimeno è indispensabile per il prosieguo dell'argomentazione fornire almeno un generale inquadramento dogmatico alla questione.

La ragionevole durata del processo è un valore in sé, essendo teleologicamente orientata a scongiurare la già ricordata pena processuale, **ma è, soprattutto, una garanzia strumentale sia per assicurare l'effettività di altri cardini del giusto processo**, dal diritto di difesa, al contraddittorio fino alla presunzione d'innocenza che non potrebbe reggere in rapporto alla figura degli eterni giudicabili introdotti nel sistema dalla riforma Bonafede, sia per rendere concretamente attuabile la finalità rieducativa della pena che risulterebbe inevitabilmente frustrata se la condanna sopravvenisse in un tempo troppo lontano dal reato, quando la personalità del condannato sarebbe inevitabilmente mutata rispetto al contesto in cui è stata tenuta la condotta deviante.

Considerando, dunque, il profilo strumentale del principio, quale **garanzia di secondo grado**, volta a soddisfare le primarie esigenze tanto di effettività dei **diritti di difesa** in senso lato quanto di **finalismo rieducativo della pena**, non è difficile cogliere il **corollario** necessitato del diritto a essere giudicati in tempi ragionevoli costituito dal diritto a **essere processati entro un tempo ragionevole dalla commissione del reato**.

Non avrebbe altrimenti senso predicare la **ragionevole durata dello svolgimento processuale**, anche quale garanzia del diritto di difesa, se **ancor prima**, non fosse garantito il preciso **diritto a un processo per fatti non eccessivamente risalenti**. Qualora, infatti, si registrasse un eccessivo scollamento temporale fra il reato e il processo, tutto il castello delle garanzie processuali, compresa la concentrazione dell'accertamento, finirebbe per crollare, così come sarebbe vanificata la finalità costituzionalmente imposta alla pena.

Si può dunque ritenere, a livello di interpretazione sistematica del dato costituzionale, che il diritto alla ragionevole durata del processo implichi, quale corollario indefettibile, il diritto a che il processo stesso prenda avvio in un tempo tale da non pregiudicare l'esercizio effettivo del diritto inviolabile di difesa.

Così correttamente inquadrare tanto la portata del principio costituzionale quanto la *ratio* della prescrizione-sanzione, è agevole concludere che **il processo può avere una durata irragionevole ancor prima della prescrizione**, nel caso, ad esempio, della scoperta immediata del reato, **ma quando risulta maturata la prescrizione, il processo è sempre di durata irragionevole** in quanto lo Stato si palesa inadempiente all'obbligo costituzionalmente imposto, non essendo riuscito, peraltro nei tempi da lui stesso prestabiliti, a scoprire, dimostrare e accertare **definitivamente** il reato e le relative responsabilità.

3. Lo sviluppo ordinario del processo e i giudizi di impugnazione. – Il riferimento all'accertamento definitivo non è casuale. Nel sistema costituzionale non è consentito scindere il giudizio di primo grado da quelli di impugnazione, posto che, in forza della presunzione d'innocenza, il reato e la colpevolezza assumono giuridica esistenza solo dopo la condanna definitiva. Lo sviluppo ordinario del processo contempla anche l'eventuale celebrazione dei giudizi introdotti dalle impugnazioni, non a caso, denominate ordinarie.

L'**accertamento di responsabilità è una questione aperta fino al giudicato** e si compone di vari passaggi, tra i quali il nuovo giudizio di merito al quale può essere chiamato il giudice d'appello in presenza di una valida impugnazione che tocchi tutti i capi e tutti i punti della sentenza di primo grado.

L'**appello**, in particolare, non risponde alla logica del controllo della decisione di primo grado, ma a quella del **nuovo giudizio**, trattandosi di impugnazione devolutiva. Anche la recente riforma in tema di specificità dei motivi non ha, almeno per ora, modificato la natura del giudizio d'appello: il motivo deve essere connotato da specificità estrinseca per superare il vaglio di ammissibilità, ossia deve rappresentare una critica ragionata alla decisione impugnata, ma poi la cognizione del giudice di seconde cure non riguarderà la fondatezza dei motivi, dovendo giudicare direttamente ed *ex novo* i punti oggetto di critica (art. 597 c.p.p.). La presentazione dell'appello non fa sorgere il diritto a un controllo sulla correttezza del giudizio subito, ma attribuisce all'appellante il diritto a un nuovo giudizio di merito sui punti impugnati. Discorso diverso per la **Cassazione**, il cui giudizio sui motivi rientra effettivamente nella **logica del controllo**. Ma anche in questo caso, la **ricostruzione che vorrebbe distinguere il diritto a essere giudicati in tempi ragionevoli in primo grado dal diritto a un controllo, senza più limiti di tempo, sulla correttezza del giudizio subito**[2] **si pone in aperto contrasto con la portata cronologica della presunzione d'innocenza**: fino alla condanna definitiva la responsabilità dell'imputato è materia *sub iudice*, oggetto di accertamento processuale da contenersi in tempi ragionevoli. Del resto, per comprendere l'errore di impostazione insito nella distinzione sopra riportata basterebbe pensare ai casi di annullamento con rinvio che conducono alla celebrazione di un nuovo giudizio di merito. Fino a quando non sopravviene il giudicato, l'imputato è un presunto innocente in attesa di giudizio, senza ulteriori possibili distinzioni.

Alla luce di quanto detto, **non si possono negare i rapporti strettissimi fra la disciplina della prescrizione e il principio costituzionale della ragionevole durata del processo** o, addirittura, considerarli una «**giuridicolaggine**»[3]: la prescrizione è la sanzione per l'inosservanza del principio della durata ragionevole del processo e del suo corollario costituito dal diritto a che il processo abbia inizio in un tempo ragionevole dalla commissione del reato. Senza tale corollario il principio perderebbe la sua funzione di garanzia strumentale all'effettività del diritto di difesa. Dunque, quando matura (*rectius*, maturava) la prescrizione, il principio costituzionale risulta violato e l'estinzione del reato non è altro che la sanzione per l'inosservanza del principio stesso. **Non persuade** nemmeno l'obiezione mossa da chi, in una **visione esclusivamente sostanzialistica** del problema, ritiene che «una **prescrizione del processo, agganciata a discipline processuali** della ragionevole durata del processo, farebbe della prescrizione (cioè

della non punibilità) uno strumento ‘sanzionatorio’ (in senso improprio, metaforico) di disfunzioni del processo, e **aprirebbe la strada alla non punibilità di delitti anche molto gravi in ragione della fuoriuscita da termini di durata del processo** (o di una sua singola fase), **senza riguardo al tempo trascorso dal commesso reato** (che potrebbe essere anche molto breve, qualora il processo tempestivamente instaurato si sia poi arenato)»[4].

La pena non può prescindere dal processo, non esiste la punizione senza la dimensione processuale (*nulla poena sine iudicio*), diritto e processo sono le due facce della stessa medaglia. **Se il processo non è giusto**, se non è in grado di garantire i diritti fondamentali dell’accusato, è **impossibile punire**. È quindi **naturale che le disfunzioni del processo portino alla non punibilità** ed è coerente col sistema costituzionale che la prescrizione sia, nei fatti, la sanzione per la violazione del principio di ragionevole durata del processo inteso come garanzia primaria, ma anche, se non soprattutto, come garanzia strumentale per la tutela di altri beni costituzionali che vanno dal diritto di difesa, al contraddittorio, alla presunzione d’innocenza fino alla funzione rieducativa della pena.

4. La rilevanza costituzionale della prescrizione e la riforma dei due orologi. – Così impostata la questione, la conclusione appare scontata: la **disciplina della prescrizione del reato ha rilevanza costituzionale e non può essere abrogata o sostanzialmente modificata**, come avvenuto con la riforma Bonafede, **senza determinare una diretta violazione dell’art. 111 comma 2 Cost.** e una indiretta lesione di tutti gli altri interessi costituzionalmente rilevanti che risultano oggetto di protezione in via mediata.

Il delineato rapporto principio/sanzione rende palese l’**attuale paradosso** di una **pluralità di discipline** della prescrizione del reato, **sia in modo diacronico** – che per comodità espositiva potremmo denominare pre-Cirielli (ante 2005), Cirielli (2005), Orlando (2017), Bonafede (2020) – **sia in modo sincronico**, essendo i termini e le stesse modalità di calcolo della prescrizione differenziati **in funzione della gravità** (o presunta tale) **dei reati**, delle **circostanze** e del corrispondente **binario processuale**. In sintesi, un coacervo inestricabile di tempi spesso privi di qualsivoglia razionalità, a volte addirittura di difficile calcolabilità. Siamo ben lungi dalla netta sanzione che come una lama affilata dovrebbe calare sul processo in caso di superamento del principio di durata ragionevole, nella sua duplice accezione sopra indicata.

La **vera questione** che dovrebbe porsi la politica sarebbe, pertanto, quella di **razionalizzare** la materia della prescrizione in modo tale da consentirle di svolgere il ruolo di sanzione effettiva per l’inosservanza del principio.

Certamente, **la riforma Bonafede non è emendabile, ma solo suscettibile di abrogazione, non potendosi in nessun modo escludere dal calcolo del tempo i giudizi d’impugnazione**. E lo **stesso difetto presenta la riforma Orlando**, solo attenuata dal meccanismo di sospensione in luogo del blocco *sine die*. A Costituzione invariata, **i giudizi d’impugnazione sono parte integrante dello svolgimento processuale e il tempo ragionevole del processo va giocoforza calibrato anche sulla loro durata**. Si è già detto che è la **portata cronologica della presunzione d’innocenza** a segnare il tempo del processo fino al giudicato. Non a caso, l’imputato va considerato in attesa di giudizio sino alla decisione irrevocabile. È concettualmente sbagliato e costituzionalmente inammissibile introdurre un distinguo fra giudizio di primo grado e impugnazioni che sarebbero volte al controllo di tale giudizio: nel corso di tutti i gradi di giudizio la responsabilità dell’imputato è questione aperta, *sub iudice*. Dunque, tanto la riforma Orlando quanto quella Bonafede presentano evidenti profili di **contrarietà all’art. 27 comma 2 nel combinato disposto con l’art. 111 comma 2 Cost.**

Le **linee di intervento**, peraltro **costituzionalmente obbligate**, sono così ben tracciate: **abrogare le riforme Orlando e Bonafede**, accomunate dal vizio genetico di segnare una cesura fra il

giudizio di primo grado e quelli di impugnazione, nonché dalla conseguente abnorme dilatazione dei tempi della prescrizione, e **rivedere tutto il sistema della prescrizione, riducendone i termini e abolendo i casi di imprescrittibilità**. Solo così sarebbe possibile ricondurre la prescrizione alla sua funzione di sanzione per l'inosservanza del principio costituzionale di ragionevole durata dell'accertamento.

Questo disegno riformista appare, nell'attuale congiuntura politica, un'**utopia**. La maggioranza di governo vede uniti in coalizione proprio i partiti che hanno generato le ultime due riforme Orlando e Bonafede di cui si auspica l'abrogazione. A questa considerazione politico-parlamentare, si aggiunga che nella società, scossa da pulsioni vendicativo-populiste, troverebbe scarsissimo credito l'idea, ancorché costituzionalmente orientata, di abolire i casi di imprescrittibilità del reato e di ridurre a razionalità tutti i termini oggi irragionevoli.

Alla presa d'atto dell'impraticabilità di soluzioni radicali si accompagna la constatazione che, proprio negli ultimi giorni, **sembra farsi strada nel dibattito politico l'idea della cosiddetta prescrizione processuale**, alla quale affidare il compito di **garantire almeno la durata ragionevole del processo**, ossia quel profilo di garanzia diretta che si riconosce comunemente all'art. 111 comma 2 Cost.

A prescindere dalla denominazione, prescrizione processuale o del reato, una nuova disciplina della durata del processo dovrebbe confrontarsi con i canoni europei dell'art. 6 § 1 Cedu sui quali è ricalcato, almeno in parte, l'art. 111 comma 2 Cost.

Per semplificare il discorso, **la ragionevole durata del processo**, predicata da entrambe le previsioni delle Carte fondamentali, **non è un concetto casistico**, indefinibile e, come tale, inattuabile. L'argomento per cui la ragionevole durata sarebbe un concetto relativo, condizionato dalle peculiarità della singola vicenda processuale e come tale non generalizzabile[5], prova troppo. Se è vero che l'art. 6 § 1 CEDU trova un'applicazione eminentemente casistica da parte della Corte europea, è altrettanto vero che **dalle rilevazioni statistiche** effettuate sulle decisioni assunte da quel Giudice si possono ricavare **solide indicazioni di massima utili per definire un termine generale di durata ragionevole del processo**. In tal senso, il rapporto CEPEJ del 2012 ha individuato le **soglie massime** di durata ragionevole: per un **processo normale**, che per noi potrebbe riguardare le contravvenzioni, svoltosi nei tre gradi di giudizio, compresa la fase delle indagini, **quattro anni e tre mesi**; per un processo **complesso**, che per noi potrebbe riguardare i delitti, svoltosi sempre nei tre gradi di giudizio, compresa la fase delle indagini, **otto anni e cinque mesi** [6].

Il **legislatore interno sarebbe dunque obbligato**, proprio in forza del principio enunciato dall'art. 111 comma 2 Cost., a **garantire che ogni processo non ecceda queste soglie**, a prescindere dalle **peculiarità del caso concreto che potrebbero, semmai, giustificare un'ulteriore riduzione del tempo del processo**, non certo il superamento di termini massimi già parametrati alla complessità dell'accertamento e al correlativo onere di celerità incombente sulle autorità procedenti, al netto dei ritardi addebitabili all'imputato che ovviamente vengono esclusi dal computo nelle decisioni europee.

Il **dovere di attuare nella legislazione i termini massimi** di durata ragionevole del processo trova il suo fondamento non solo nell'espressa previsione dell'art. 111 comma 2 Cost., scritta e pensata avendo come **riferimento proprio l'art. 6 § 1 CEDU, ma anche nell'art. 117 comma 1 Cost.**: considerato che la potestà legislativa va esercitata nel rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, il legislatore non può eludere il dovere costituzionale di conformarsi all'art. 6 § 1 CEDU, così come interpretato dalla Corte EDU [7], garantendo ai processi una durata che di regola, al netto dei ritardi attribuibili alla volontà dell'imputato e sterilizzati dalle cause di sospensione, non ecceda il termine massimo di durata ragionevole espresso dalla giurisprudenza europea nell'interpretazione dell'art. 6 § 1 CEDU.

I termini appena ricordati, 4 anni e 3 mesi ovvero 8 anni e cinque mesi, dovrebbero costituire la base di qualsiasi riforma, processuale o sostanziale, volta a stabilire un tetto cronologico per la durata dei processi.

Se, dunque, si volesse limitare l'intervento al piano dei tempi processuali, **l'istituto da considerare** non sarebbe la prescrizione del reato, ma più precisamente la **procedibilità dell'azione** che non potrebbe essere iniziata o proseguita decorso un certo lasso di tempo.

Sotto il profilo dogmatico, il binomio tempo/improcedibilità appare molto più corretto rispetto a tempo/estinzione del reato. A ben considerare, **il reato viene ad assumere giuridica esistenza solo dopo il suo accertamento definitivo**, ossia solo dopo l'irrevocabilità della sentenza di condanna che afferma la sussistenza del fatto-reato e ne ascrive la commissione all'imputato. Prima di tale momento, e quindi nel corso del processo, il reato non esiste giuridicamente e sarebbe, di conseguenza, impossibile affermarne l'estinzione per effetto del decorso del tempo. Ma si tratta di una **questione puramente teorico-ricostruttiva**, dato che, nella dimensione legislativa, le cause di estinzione del reato convenzionalmente intervengono prima del suo accertamento, irrevocabile o meno.

La causa di improcedibilità legata al decorso del tempo potrebbe riguardare il superamento del limite complessivo di ragionevole durata indicato dalla giurisprudenza europea, ossia 4 anni e 3 mesi per le contravvenzioni e 8 anni e 5 mesi per i delitti, oppure potrebbe essere calibrata **anche sul superamento di più brevi termini di fase**, sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 303 c.p.p. per la durata della custodia cautelare. Del resto, così come la privazione provvisoria della libertà personale deve cessare in seguito ai ritardi addebitabili all'autorità procedente, allo stesso modo la pena processuale deve concludersi se lo Stato non è in grado di condurre l'accertamento con la dovuta celerità. **Il riferimento all'art. 303 c.p.p. va inteso, però, solo per l'idea di fondo**, ossia per la partizione in **termini di fase e complessivi diversamente articolati in funzione della gravità del reato o della pena inflitta**, non certo per l'attuale disciplina resa contorta e farraginosa dall'interpretazione giurisprudenziale, spesso altamente creativa.

Il richiamo all'art. 303 c.p.p. è solo l'esemplificazione di un fenomeno spesso trascurato vale a dire che le norme processuali sono profondamente intrise del fattore cronologico: si pensi ai termini di durata delle indagini preliminari, a tutti i termini acceleratori, ai termini perentori, ma anche a quelli meramente ordinatori. Il tempo è da sempre una componente essenziale della disciplina processuale, si tratta solo di valorizzare questa dimensione cronologica collegandola a un'efficace sanzione qual è certamente l'improcedibilità dell'azione.

Se vi fosse una seria volontà politica, la legge di attuazione dell'art. 111 comma 2 Cost., nel senso dell'improcedibilità dettata dai ritardi dell'autorità procedente, sarebbe praticamente già scritta: basterebbe tenere fermo il limite cronologico massimo dettato dalla giurisprudenza europea e, in questa cornice, portare ad emersione i tempi del processo che già si trovano nel codice di procedura penale.

L'improcedibilità dell'azione legata al decorso del tempo darebbe così concreta e corretta attuazione all'idea grossolana della prescrizione processuale di cui si discute da tempo e che sembra riemergere anche nelle più recenti proposte di riforma. **Rimarrebbe il nodo del tempo del reato** e dei problemi che un **processo avviato a grande distanza dal fatto** solleva sia per l'effettività dei diritti processuali dell'accusato, sia per la qualità dell'accertamento, sia, infine, per la funzione rieducativa della pena eventualmente inflitta.

Il diritto a che il processo abbia inizio e si concluda a una distanza di tempo ragionevole dalla commissione del fatto **non può essere garantito dalla "prescrizione processuale", ma resta affidato alla prescrizione del reato**, oggi comunque troppo dilatata per assolvere anche a questo più limitato compito. Prescrizione del reato e prescrizione del processo (*rectius*, improcedibilità dell'azione) sono, quindi, destinate a rimanere **sempre in parallelo, una bisognosa dell'altra**, e

meritano una complessiva riforma dei tempi della giustizia penale, la **riforma dei due orologi**, quello che misura il tempo del reato e quello che scandisce i tempi del processo.

5. La ricorrente tentazione della riforma processuale e la macchina giudiziaria senza benzina.

– Solo dopo aver imposto limiti cronologici certi, tanto all’avvio del processo quanto alla sua ragionevole durata, si potrà anche pensare di deflazionare il carico giudiziario attraverso l’allargamento di percorsi alternativi. Il legislatore ha, infatti, il preciso compito di garantire a ogni accusato che il suo processo, **nel rito ordinario** e nei tre eventuali gradi ordinari di giudizio, **si svolga in tempi ragionevoli, non potendo confidare *ex ante* sull’efficacia di procedimenti deflativi** del dibattimento, **come del resto insegna la storia stessa del codice di procedura penale, nato trent’anni fa nell’illusione di destinare addirittura il 90% del carico giudiziario alla definizione extra-dibattimentale**. Non si può pensare di garantire la durata ragionevole del processo ordinario limitandone l’accesso e prevedendo sempre più ampie alternative. Occorre tenere nettamente separati il tema dei riti speciali da quello della prescrizione, tanto del reato quanto del processo. **È un luogo comune sbagliato quello di credere che il mancato funzionamento dei procedimenti speciali, quantomeno nei termini quantitativi auspicati dal legislatore, sia stato determinato dall’aspettativa della prescrizione**. Le scelte processuali degli imputati sono condizionate da una pluralità di fattori, molti dei quali non preventivabili e nemmeno razionalizzabili. In particolare, l’interesse preminente a rinviare il più possibile l’irrevocabilità e l’esecutività della condanna, strategia processuale che oggi sarebbe oggettivamente e paradossalmente favorita dal prevedibile allungamento dei tempi dei giudizi d’impugnazione conseguente proprio al blocco della prescrizione dopo la decisione di primo grado.

Non **bisogna, più in generale, cadere nell’errore politico di sovrapporre la riforma del processo con la legge sulla sua ragionevole durata**. Si tratta di questioni correlate, ma concettualmente distinte. Interrompere l’azione una volta decorso il tempo limite stabilito dalla giurisprudenza europea è un dovere costituzionalmente imposto, non solo dall’art. 111 comma 2 Cost., ma anche dall’art. 117 comma 1 Cost. **Riformare il processo penale, invece, può essere opportuno, ma non è un’attività costituzionalmente doverosa**, soprattutto se i progetti sono quelli, scadenti e deludenti, rappresentati dalle più recenti bozze ministeriali. La vigente disciplina processuale non presenta profili di così manifesta incostituzionalità che ne rendano urgente una radicale riforma; al contrario, già l’attuale durata dei processi penali e ancor più quella illimitata dei giudizi post riforma Bonafede si pongono al di fuori del perimetro delle garanzie costituzionali ed europee.

In aggiunta alla riforma dei due orologi, l’intervento realmente indifferibile non riguarda il versante legislativo, ma molto più banalmente quello organizzativo. Il dibattito politico è falsato in radice dalla mancata considerazione della **principale causa dell’eccessiva durata** dei processi penali costituita dalla **scarsità delle risorse economiche dedicate alla giustizia penale**. Prima di ritoccare nuovamente la veste lacerata e consunta del codice di procedura penale, bisognerebbe investire ingenti risorse su un **reclutamento straordinario dei magistrati e del personale amministrativo, infrangendo il tabù del numero chiuso, di fatto, dell’ordine giudiziario**.

Finora non si è voluto affrontare il problema di trovare rimedi all’inefficienza della macchina giudiziaria che non riesce a compiere il tragitto che va dal reato al giudicato nei tempi (comunque eccessivi) della prescrizione. Si è ignorata la reale causa della patologia che non risiede certo né nella lunghezza del percorso processuale modulato su tutti i gradi di giudizio, né nei tempi di percorrenza dettati dalla prescrizione e nemmeno nel modello più o meno garantista o efficientista

della macchina giudiziaria, ma molto semplicemente nella mancanza della benzina, ossia delle risorse umane e materiali necessarie per far funzionare la vettura.

Si è preferito scaricare il costo temporale dell'inefficienza sull'imputato, presumendone illegittimamente la responsabilità dopo la condanna di primo grado (Orlando) o, peggio ancora, prevedendo la sostanziale irrilevanza dei giudizi di impugnazione (Bonafede). Tuttavia, in un regime democratico e liberale, non è ammissibile che lo Stato faccia pagare ai cittadini imputati la sua incapacità di processarli in temi ragionevoli, soprattutto quando non si vogliono investire le risorse necessarie a garantire il funzionamento del sistema giudiziario. Nel valutare la riforma Bonafede, e prima ancora quella Orlando, bisogna uscire dagli steccati del diritto per coglierne l'intrinseca immoralità, connotato che supera la palese incostituzionalità di una gravissima svolta autoritaria.

[1] D. Pulitanò, [La giustizia penale e il tempo](#), in *Sistema penale*, 12/2019, p. 16.

[2] G. Giostra, [Un giusto equilibrio dei tempi, sfida per la nuova prescrizione](#), in *Sistema penale*, 13 gennaio 2020.

[3] Così testualmente G. Giostra, *Un giusto equilibrio dei tempi, sfida per la nuova prescrizione*, cit.

[4] D. Pulitanò, *La giustizia penale e il tempo*, cit., p. 15.

[5] G. Giostra, *Un giusto equilibrio dei tempi, sfida per la nuova prescrizione*, cit.

[6] Cfr. *Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) - Analyse des délais judiciaires dans les Etats membres du Conseil de l'Europe à partir de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme (Etat au 31 juillet 2011)*. Questi dati risultano sostanzialmente confermati anche dalla più recente *Analyse des délais judiciaires dans les Etats membres du Conseil de l'Europe à partir de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme* adottata sempre dal CEPEJ nel corso della trentunesima riunione plenaria tenutasi a Strasburgo il 3 e 4 dicembre 2018.

[7] V. Corte cost., sent. n. 348 e 349 del 2007; n. 49 del 2015.

* * * * *

In vigore la “riforma fiscale”: osservazioni a prima lettura della legge 157/2019 in materia di reati tributari, confisca allargata e responsabilità degli enti

[Legge 19 dicembre 2019, n. 157 – Conversione in legge, con modificazioni,
del decreto-legge 26 ottobre 2019, n. 124, recante disposizioni urgenti
in materia fiscale e per esigenze indifferibili \(G.U. n. 301 del 24 dicembre 2019\)](#)

di Stefano Finocchiaro

1. Pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 24 dicembre 2019, è dallo scorso Natale in vigore la **legge 19 dicembre 2019, n. 157**, con cui è stato convertito, con modificazioni, il decreto-legge 26 ottobre 2019, n. 124 (c.d. decreto fiscale), il cui art. 39 contempla varie **modifiche al sistema penaltributario**[1].

Di seguito, evidenziando di volta in volta le modificazioni al decreto apportate dalla legge di conversione, ripercorreremo **tutte le novità introdotte dalla riforma: i.** l'intervento sul **trattamento sanzionatorio dei reati tributari** di cui al d.lgs. 74/2000 (*infra*, §

2); *ii.* l'introduzione della **confisca allargata** per i medesimi reati tributari (*infra*, § 3); *iii.* la previsione della **responsabilità degli enti** ex decreto 231 per illeciti penali tributari (*infra*, § 4). Prima di addentrarci in tale disamina, è però utile rammentare che **l'efficacia delle modifiche in materia penale previste dal decreto-legge era stata *ab initio* posticipata al momento dell'entrata in vigore della legge di conversione** (art. 39, comma 3, d.l. 124/2019). Pertanto, quelle disposizioni del decreto – nella versione elaborata dal Governo – non sono mai state in vigore, risolvendosi in una sorta di “bozza” del disegno di legge di conversione, produttivo non di effetti giuridici innovativi per l'ordinamento, ma solo di effetti politici: una sorta di manifestazione d'intenti, un *escamotage* che ha avuto l'effetto di assicurare un binario privilegiato all'approvazione parlamentare della riforma, ma che snatura il ruolo assegnato dalla Costituzione alla decretazione d'urgenza, con conseguenti **dubbi di legittimità costituzionale**. Nel commentare su [questa Rivista](#) il testo del decreto-legge n. 124/2019 avevamo infatti osservato, in primo luogo, come il differimento dell'efficacia del decreto palesasse l'insussistenza di quella straordinaria necessità e urgenza che dovrebbe caratterizzare le materie fatte oggetto di decretazione governativa ai sensi dell'art. 77 Cost.; in secondo luogo, come l'impiego stesso del decreto-legge per effettuare riforme in materia penale rappresenti una tendenza che, sebbene ormai diffusa, determina una dequotazione del ruolo dell'istituzione democratica parlamentare, stridente con la *ratio* della riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.[2].

D'altro canto, questo peculiare differimento dell'efficacia del decreto, **sventa ogni possibile questione intertemporale** attinente alla successione tra decreto-legge e legge di conversione. Non si pone neppure, cioè, il problema dell'applicabilità delle disposizioni del decreto non confluite nella presente legge ai c.d. fatti concomitanti, cioè alle condotte commesse dopo l'emanazione del decreto e prima della sua conversione in legge con modificazioni. In altri termini, ogni disposizione dell'art. 39 del decreto fiscale non confluita nella presente legge può considerarsi *tamquam non esset*.

Veniamo, dunque, alle **novità** apportate dalla riforma.

2. Le modifiche in materia di reati tributari di cui al d.lgs. n. 74/2000.

La legge 157/2019 si conferma ispirata ad un **inasprimento della politica sanzionatoria** in materia penaltributaria: un irrigidimento che si pone in controtendenza rispetto alla precedente riforma del 2015[3] e che si esprime in un duplice senso. In primo luogo **si elevano le cornici edittali di pena** per molti di questi reati, con ricadute per alcuni di essi anche sui termini di prescrizione; in secondo luogo **si abbassano le soglie di punibilità** ivi previste, così estendendosi l'area di rilevanza penale dell'evasione fiscale.

Entrambi questi effetti, tuttavia, sono stati smorzati dalle modificazioni apportate dalla legge di conversione, che in questo senso **ammorbidisce l'effetto innovativo della riforma**. Sotto il primo profilo, si segnala che l'innalzamento delle pene per i reati di cui agli artt. 4 e 5 d.lgs. 74/2000, pur confermato, è stato ridimensionato (*infra*, § 2.3 e § 2.4). Sotto il secondo profilo, il prospettato abbassamento delle soglie di punibilità, mantenuto all'art. 4, non viene invece confermato rispetto ai reati di omesso versamento ex art. 10-*bis* e 10-*ter*, le cui soglie rimangono pertanto invariate (*infra*, § 2.7). Inoltre, le suindicate novità volte ad irrigidire il sistema penaltributario vengono controbilanciate da un ampliamento dell'ambito applicativo della causa di non punibilità dell'art. 13, comma 2, che viene estesa anche ai reati di cui agli artt. 2 e 3 (*infra*, § 2.8). Procediamo però con ordine.

2.1. Innanzitutto, confermandosi quanto previsto nel decreto-legge, con riferimento al reato di **“dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni**

inesistenti" (art. 2): i) **la pena viene elevata** dalla reclusione da un anno e sei mesi a sei anni a quella della **reclusione da 4 a 8 anni**; ii) viene introdotto un **comma 2-bis** in forza del quale il previgente trattamento sanzionatorio (reclusione da un anno e sei mesi a sei anni) viene mantenuto nella sola ipotesi in cui l'ammontare degli elementi passivi fittizi sia inferiore a 100.000 euro[4].

Siffatto irrigidimento sanzionatorio viene tuttavia temperato dall'applicabilità, esclusa prima della presente riforma, della **causa di non punibilità di cui all'art. 13, comma 2 in caso di pagamento del debito tributario** (*infra*, § 2.8).

Può incidentalmente osservarsi come sia stata implicitamente confermata dal legislatore la scelta di configurare la fattispecie di cui all'art. 2 come **reato "senza soglia"**, vale a dire punibile a prescindere dall'importo dell'imposta evasa. Della legittimità costituzionale di tale scelta, al metro del principio di ragionevolezza e uguaglianza dell'art. 3 Cost., aveva di recente dubitato il Tribunale di Palermo, il quale aveva pertanto sollecitato il sindacato della Consulta, lamentando in sostanza che il delitto in esame non fosse assoggettato alle medesime soglie di punibilità contemplate dall'art. 3 (dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici). Con la **sentenza n. 95 del 2019**, la **Corte costituzionale** ha tuttavia ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale. Nella sentenza si osserva che «tramite la norma censurata, il legislatore ha inteso "isolare", nell'ambito dell'ampia gamma dei mezzi fraudolenti utilizzabili a supporto di una dichiarazione mendace, uno specifico artificio, al quale viene annesso, sulla base dell'esperienza, uno spiccato coefficiente di "insidiosità" per gli interessi dell'erario». Questa «precisa strategia, espressiva dell'ampia discrezionalità del legislatore in materia di politica criminale» non può essere considerata manifestamente irragionevole o arbitraria «tenuto conto del particolare ruolo che la fattura e i documenti ad essa equiparati sul piano probatorio dalla normativa fiscale assolvono nel quadro dell'adempimento degli obblighi del contribuente, nonché della capacità di sviamento dell'attività accertativa degli uffici finanziari che l'artificio in questione possiede».

2.2. Sempre in modo identico rispetto a quanto "annunciato" nel decreto-legge, viene intensificato il trattamento sanzionatorio del reato di "**dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici**" (art. 3): si passa dalla pena della reclusione da un anno e sei mesi a sei anni alla pena della **reclusione da 3 a 8 anni**. Non viene in questo caso toccata la soglia di punibilità.

Anche rispetto a questa fattispecie, peraltro, vale quanto detto circa la prevista applicabilità della causa di non punibilità di cui all'art. 13, comma 2 (*infra*, § 2.8).

2.3. La legge di conversione ha invece apportato alcune modificazioni alle novità relative al reato di "**dichiarazione infedele**" (art. 4).

Viene confermata, senza alcuna modifica rispetto al decreto, la **riduzione delle soglie di punibilità** previste tanto alla *lettera a* (ove la soglia di **imposta evasa** passa da 150.000 a **100.000 euro**), quanto alla *lettera b* della norma (ove la soglia degli **elementi attivi sottratti all'imposizione** è ridotta da tre milioni a **due milioni** di euro). Quest'ultima viene quindi riportata esattamente a quella vigente fino a prima della riforma del 2015, mentre la soglia di punibilità di cui alla *lettera a*, pure abbassata, viene mantenuta ad un livello comunque superiore a quello precedente al 2015, quando cioè si attestava sui cinquantamila euro.

La legge eleva inoltre la cornice edittale della norma, smorzando però in questo caso l'intervento previsto nel decreto-legge. Quest'ultimo prevedeva che si passasse dalla reclusione da uno a tre anni alla reclusione da 2 a 5 anni, mentre la legge di conversione ha assestato la **cornice da un minimo di 2 anni ad un massimo di 4 anni e sei mesi**.

Il decreto-legge viene altresì modificato nella parte in cui prevedeva l'abrogazione della **disposizione di cui al comma 1-ter** dell'art. 4, disposizione in forza della quale si escludeva

la punibilità delle “**valutazioni**” che, singolarmente considerate, differissero in misura inferiore al 10% da quelle corrette, precisando altresì che gli importi compresi in tale percentuale non fossero computati ai fini del superamento delle soglie di punibilità. Sarebbe stata così rimossa una disposizione che di fatto riproduceva in relazione alla sola dichiarazione infedele il disposto dell’abrogato art. 7, comma 2, d.lgs. 74/2000[5] e che aveva destato più di una perplessità per il fatto di limitare quantitativamente delle valutazioni in un ambito nel quale – in forza del disposto del comma 1-*bis* del medesimo articolo 4 – esse sembrano già escluse dall’area di rilevanza penale [6].

La legge di conversione ha invece **mantenuto in vigore il comma 1-ter**, prevedendo però che le valutazioni non debbano essere “singolarmente” considerate, bensì “**complessivamente**” considerate.

2.4. Viene confermato l’aggravamento sanzionatorio anche per il reato di “*omessa dichiarazione*” (art. 5), il cui **minimo edittale** viene raddoppiato, portandolo a **2 anni**, e il cui **massimo edittale** – previsto tanto al comma 1, quanto al comma 1-*bis* – viene elevato a **5 anni**. Si tratta di un aumento inferiore a quello, pari a 6 anni, prospettato nel testo del decreto-legge, e dunque non sufficiente a permettere le intercettazioni (art. 266 c.p.p.), ma cionondimeno idoneo a consentire l’applicazione della misura cautelare della custodia in carcere (art. 280, comma 2, c.p.p.).

2.5. Viene confermato, senza alcuna modificazione rispetto al testo del decreto-legge, l’inasprimento sanzionatorio per il reato di “*emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti*” (art. 8), ove la previgente pena della reclusione da un anno e sei mesi a sei anni viene elevata a quella della **reclusione da 4 a 8 anni**; con la precisazione – inserita in un **nuovo comma 2-bis** – che **la pena rimane invece quella della reclusione da un anno e sei mesi a sei anni «se l’importo non rispondente al vero indicato nelle fatture o nei documenti, per periodo d’imposta, è inferiore a euro centomila»**.

2.6. Lo stesso vale per il reato di “*occultamento o distruzione di documenti contabili*” (art. 10), ove si passa dalla pena della reclusione da un anno e sei mesi a sei anni ad una cornice che va da **un minimo di 3 anni a un massimo di 7 anni di reclusione**.

2.7. La legge di conversione ha invece **posto nel nulla le prospettate modifiche delle soglie di punibilità dei reati di omesso versamento (artt. 10-bis e 10-ter)**.

Il decreto-legge prevedeva infatti che, nel reato di “*omesso versamento di ritenute dovute o certificate*” (art. 10-*bis*), la soglia di 150.000 euro venisse abbassata a 100.000 euro; mentre nel reato di “*omesso versamento di IVA*” (art. 10-*ter*) la soglia di 250.000 euro venisse portata a 150.000 euro.

Un simile intervento avrebbe determinato un’estensione dell’area di rilevanza penale di queste condotte illecite, laddove la stessa era invece stata fortemente ridimensionata solo quattro anni prima dalla già citata riforma del 2015. Si rammenterà infatti che, fino ad allora, la soglia era fissata sia all’art. 10-*bis* che all’art. 10-*ter* nella misura di 50.000 euro; misura che era stata nel 2015 triplicata all’art. 10-*bis* e quintuplicata all’art. 10-*ter* con conseguente *abolitio criminis* parziale.

L’attuale **Governo voleva inizialmente ridurre l’effetto di depenalizzazione prodotto da quella riforma**, attestando il confine dell’area di rilevanza penale ad un livello mediano, che avrebbe determinato la necessità di fare applicazione della regola della c.d. legge intermedia *ex* art. 2, comma 2, c.p.[7]. Questo **intento è stato però neutralizzato dagli emendamenti al decreto confluiti nella legge di conversione**, che lascia pertanto invariate le soglie di punibilità di cui agli artt. 10-*bis* e 10-*ter*.

2.8. Come anticipato, la legge introduce un'ulteriore novità, che non era contemplata dal decreto-legge: la **causa di non punibilità del pagamento del debito tributario** di cui all'art. 13, comma 2 viene **estesa anche ai reati di dichiarazione fraudolenta** di cui agli artt. 2 e 3 (mentre era in precedenza riferita ai soli reati di omessa o infedele dichiarazione di cui agli artt. 4 e 5).

Anche i reati di cui agli artt. 2 e 3, dunque, non saranno punibili se i debiti tributari, comprese sanzioni e interessi, siano stati estinti mediante **integrale pagamento degli importi dovuti**, a seguito del ravvedimento operoso o della presentazione della dichiarazione omessa entro il termine di presentazione della dichiarazione relativa al periodo d'imposta successivo, sempreché il ravvedimento o la presentazione siano intervenuti **prima che l'autore del reato abbia avuto formale conoscenza di accessi, ispezioni, verifiche o dell'inizio di qualunque attività di accertamento amministrativo o di procedimenti penali**.

Si conferma in questo modo la tendenza politica a favorire istituti volti a valorizzare la "resipiscenza" del contribuente, *sub specie* di pagamento all'erario delle somme dovute in conseguenza dell'evasione fiscale. Pagamento che, come si osserverà tra un attimo, è altresì utile ad evitare, ove integrale, o a ridimensionare, ove parziale, il sequestro e la confisca.

3. La confisca "allargata" per i reati tributari.

Fondamentale, all'interno del novellato assetto penale tributario, è l'introduzione di un nuovo **art. 12-ter**, che prevede l'applicabilità della **c.d. confisca allargata ex art. 240-bis c.p.** in caso di condanna o patteggiamento per una serie di delitti indicati dalla norma stessa (artt. 2, 3, 8, 11), allorché l'evasione fiscale superi una certa entità valoriale (100.000 euro o 200.000 euro, a seconda dei casi).

3.1. Come noto, la confisca c.d. allargata di cui all'art. 240-bis c.p. – norma in cui è recentemente confluita la misura precedentemente prevista dall'art. 12-sexies l. 356/1992 – ha ad oggetto il denaro, i beni o le altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica. Questa confisca, dunque, consiste in una forma di ablazione fondata essenzialmente sulla **sproporzione patrimoniale**, sproporzione che permette una presunzione *iuris tantum* di origine illecita dei beni, secondo un meccanismo di accertamento non dissimile da quello proprio della confisca di prevenzione di cui al c.d. codice antimafia (d.lgs. 159/2011) [8]. In forza, poi, del rinvio che l'art. 240-bis c.p. opera all'art. 578-bis c.p.p., il giudice di appello o la Corte di cassazione, nel dichiarare il reato tributario estinto per prescrizione o per amnistia, potranno decidere sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, purché procedano ad un previo accertamento della responsabilità dell'imputato.

3.2. Questa peculiare forma di confisca "allargata", più in particolare, sarà applicabile in caso di condanna o patteggiamento:

- a) per il delitto previsto dall'**art. 2**, quando l'ammontare degli elementi passivi fittizi è superiore a **200.000 euro** (non più 100.000, come prevedeva il testo del decreto-legge);
- b) per il delitto previsto dagli **art. 3**, quando l'imposta evasa è superiore a **100.000 euro** (non più anche per l'art. 5, come prevedeva il testo del decreto-legge);
- c) per il delitto di cui all'**art. 8**, quando l'importo non rispondente al vero indicato nelle fatture o nei documenti è superiore a **200.000 euro** (non più 100.000 come prevedeva il testo del decreto-legge);

d) per il delitto di cui all'**art. 11, comma 1**, quando l'ammontare delle imposte, delle sanzioni e degli interessi è superiore a **100.000 euro**;

e) per il delitto di cui all'**art. 11, comma 2**, quando l'ammontare degli elementi attivi inferiori a quelli effettivi o degli elementi passivi fittizi è superiore a **200.000 euro** (non più 100.000 come prevedeva il testo del decreto-legge).

Diversamente da quanto prevedeva il testo del decreto-legge, dunque, rimangono **esclusi** dall'ambito applicativo della confisca allargata (non solo i reati di omesso versamento *ex artt. 10-bis e 10-ter*, già esclusi dal decreto, ma anche) i reati di cui agli **artt. 4, 5, 10 e 10-quater**. Inoltre la soglia di evasione legittimante la confisca viene, in relazione agli artt. 2, 8 e 11, comma 2, portata a 200.000 euro, in rialzo rispetto ai 100.000 euro indicati nel decreto.

Pur ridimensionando in tal senso la sfera operativa della nuova misura ablatoria patrimoniale, la legge di riforma conferma la creazione di un **regime differenziato all'interno di ogni singola fattispecie incriminatrice**: superata la soglia di rilevanza penale del fatto, per far scattare l'operatività della confisca allargata è necessario superare un'ulteriore soglia. Vi sarà dunque una fascia di condotte sottoposte al *solo* regime "ordinario" della confisca prevista dall'**art. 12-bis**, e un'altra fascia di condotte più gravi (che cioè superino anche le soglie indicate dall'**art. 12-ter**) rispetto alle quali sarà applicabile *anche* la confisca c.d. allargata di cui all'**art. 240-bis c.p.**[9]. Si conferma, insomma, l'annunciato irrigidimento del trattamento *lato sensu* penale per i cosiddetti "grandi evasori", su cui incide «un ventaglio di misure sempre più ramificato ed incisivo», non solo personale, ma anche patrimoniale[10].

3.3. Un limite all'operatività della confisca è peraltro desumibile dallo stesso **art. 240-bis c.p.**, che contiene una clausola in base alla quale *"in ogni caso il condannato non può giustificare la legittima provenienza dei beni sul presupposto che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego dell'evasione fiscale, salvo che l'obbligazione tributaria sia stata estinta mediante adempimento nelle forme di legge"*. L'inciso è volto ad escludere dall'oggetto della confisca allargata quanto l'imputato abbia già restituito all'erario, evitando una duplicazione di apprensione del provento illecito. Tale precauzione – proprio nell'ambito dei reati tributari – era già adottata nel diritto vivente in forza di un consolidato indirizzo giurisprudenziale[11], ed era stata addirittura "rafforzata" dal legislatore del 2015 prevedendo, al secondo comma dell'**art. 12-bis**, che la confisca sia esclusa non solo per la parte che il contribuente ha effettivamente già versato all'erario, bensì anche per quella che **"si impegna"** a versare[12]. A seguito dell'odierna riforma, tuttavia, la rilevanza dell'impegno a pagare l'imposta evasa *ex art. 12-bis*, comma 2, sembrerebbe poter operare solamente in relazione alla confisca "ordinaria" prevista da quello stesso articolo, mentre per la confisca allargata introdotta all'**art. 12-ter** sembrerebbe rilevare solamente l'*effettiva* restituzione all'erario.

Ci sembra peraltro verosimile (e auspicabile) che la giurisprudenza continui, anche in questo settore, a circoscrivere l'applicabilità in concreto della confisca in esame mediante il ricorso al requisito della c.d. **"ragionevolezza temporale"**. Attraverso questo "limite implicito", il momento di acquisizione del bene di valore sproporzionato non dovrebbe risultare eccessivamente lontano dall'epoca di realizzazione del reato per cui è intervenuta condanna[13].

3.4. La nuova forma di confisca, per espressa previsione normativa, **si applicherà "esclusivamente alle condotte poste in essere successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione"**. Sembrano volersi così scongiurare eventuali applicazioni giurisprudenziali in senso retroattivo di quella che – a torto o ragione – viene ancora generalmente qualificata come **misura di sicurezza**, pertanto **non soggetta al divieto di retroattività in malam partem**. Proprio in ragione di tale qualificazione, peraltro, la presente

“clausola di irretroattività” potrebbe essere interpretata nel senso di non ostare alla possibilità che la confisca, pur applicata a condotte poste in essere *dopo* l’entrata in vigore della legge, vada a colpire cespiti acquisiti in epoca *anteriore* alla medesima data[14]. In questo senso, chi commetta un delitto tributario sopra la soglia indicata dall’art. 12-ter in epoca *successiva* all’entrata in vigore della presente riforma dovrebbe mettere in conto che gli sarà applicabile una confisca che è in grado di colpire anche acquisti di valore sproporzionato effettuati *precedentemente*, seppur – come si è accennato – entro il limite implicito della ragionevolezza temporale.

4. La novità in materia di responsabilità da reato degli enti.

Last but not least l’ingresso di alcuni reati tributari nel catalogo dei reati-presupposto della responsabilità dell’ente ex d.lgs. 231/2001.

4.1. Quella che si presentava nel decreto-legge come una novità, per quanto “storica”, comunque “minimalista”, in quanto limitata al solo reato di cui all’art. 2 d.lgs. 74/2000, viene dalla legge di conversione estesa anche agli artt. 3, 8, 10 e 11 d.lgs. 74/2000.

Più in particolare, viene aggiunto nel decreto 231 un nuovo art. 25-*quinquiesdecies* (“Reati tributari”) che commina in capo all’ente responsabile:

- a) per il delitto di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti previsto dall’art. 2, comma 1, la sanzione pecuniaria fino a cinquecento quote;
- b) per il delitto di **dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti** previsto dall’art. 2, comma 2-bis, la sanzione pecuniaria fino a quattrocento quote;
- c) per il delitto di **dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici** previsto dall’art. 3, la sanzione pecuniaria fino a cinquecento quote;
- d) per il delitto di **emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti** previsto dall’art. 8, comma 1, la sanzione pecuniaria fino a cinquecento quote;
- e) per il delitto di **emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti** previsto dall’art. 8, comma 2-bis, la sanzione pecuniaria fino a quattrocento quote;
- f) per il delitto di **occultamento o distruzione di documenti contabili** previsto dall’art. 10, la sanzione pecuniaria fino a quattrocento quote;
- g) per il delitto di **sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte** previsto dall’art. 11, la sanzione pecuniaria fino a quattrocento quote.

Se l’ente ha conseguito un **profitto di rilevante entità**, la sanzione pecuniaria è **aumentata di un terzo**.

In tutti questi casi, si applicano le **sanzioni interdittive** di cui all’art. 9, comma 2, lettera c (divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio), lettera d (esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l’eventuale revoca di quelli già concessi) e lettera e (divieto di pubblicizzare beni o servizi).

4.2. Dall’introduzione dell’art. 25-*quinquiesdecies* discende evidentemente l’**esigenza di modificare i modelli organizzativi**, adattandoli in funzione della prevenzione del rischio di tale tipologia di reati[15].

Ciò è vieppiù necessario alla luce del fatto che l’ente risulta oggi esposto non solo a sanzioni pecuniarie ed interdittive, ma anche all’applicazione del **sequestro e della confisca, diretta e per equivalente**, del prezzo o profitto del reato tributario realizzato nell’interesse o a vantaggio dell’ente.

Si tratta di un'importante novità: il profitto del reato tributario, *sub specie* di risparmio d'imposta, era infatti stato ritenuto sequestrabile e confiscabile solo in via "diretta" in capo all'ente, quest'ultimo non potendo solitamente intendersi "persona estranea al reato". Tale circostanza, peraltro, aveva verosimilmente condizionato la scelta di accogliere la tesi giurisprudenziale per cui sarebbe sempre "diretta" la confisca di denaro e, quindi, la confisca della somma corrispondente all'imposta evasa[16]. Una tesi però fondata, secondo autorevole dottrina, su di una «forzatura semantica»[17], che potrebbe a questo punto esporsi ad una rimeditazione, senza che ciò implichi necessariamente un indebolimento dei mezzi di contrasto dell'evasione fiscale commessa in ambiti societari.

4.3. L'introduzione dei reati tributari nel catalogo dei reati-presupposto *ex d.lgs. 231/2001* rappresenta un **esito sollecitato tanto dal diritto dell'Unione europea**, in particolare dalla c.d. **direttiva PIF**[18], quanto da una parte consistente della dottrina[19], seppur spesso attenta anche a sottolineare possibili criticità discendenti dalla necessità di rispettare il principio del *ne bis in idem*[20].

Sotto il profilo dell'adempimento agli obblighi eurounitari, la riforma sembra fare, al contempo, "troppo e troppo poco".

Sembra fare "troppo" perché – rinviando *in toto* alle menzionate norme incriminatrici di cui al d.lgs. 74/2000 – va oltre a quelli che erano gli obblighi sovranazionali, che riguardano solo imposte (in particolare l'IVA) che impattano sulle finanze europee e che attengono a condotte commesse in sistemi fraudolenti transfrontalieri (art. 3 lett. d della direttiva): la responsabilità dell'ente, invero, sorgerà in caso di reati tributari consistenti *anche* nell'evasione di imposte sui redditi esorbitanti dalla competenza unionale e anche a prescindere dal carattere transfrontaliero della condotta. A ben vedere, questa soluzione, per quanto non imposta dalla direttiva, è senz'altro con essa **conforme** (lasciando essa liberi gli stati di prevedere misure ulteriori a quelle, minime, richieste) e potrebbe anzi considerarsi **giustificata** dall'esigenza di assicurare ragionevolezza al sistema complessivamente inteso, senza operare una discriminazione interna in base al tipo di tributo evaso.

Per altro verso, escludendosi taluni reati, tra cui quelli di cui agli artt. 4, 5 e 10-*quater* d.lgs. 74/2000, la riforma sembra fare "troppo poco". Invero, **non paiono pienamente rispettati gli obblighi sovranazionali di incriminazione**, oltre che di rispetto del principio di ragionevolezza e uguaglianza[21]. Infatti, ai sensi dell'art. 6 della direttiva PIF, gli Stati membri sono tenuti ad adottare le misure necessarie affinché le persone giuridiche possano essere ritenute responsabili per *tutte* le frodi che offendano interessi finanziari dell'Unione europea ai sensi degli artt. 3, 4 e 5 della medesima direttiva. In particolare, nel definire il concetto di "frode che offende gli interessi dell'UE", l'art. 3 § 2, lett. d) della direttiva, fa riferimento: i) all'utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti relativi all'IVA, cui consegua la diminuzione di risorse del bilancio dell'Unione; ii) alla mancata comunicazione di un'informazione relativa all'IVA in violazione di un obbligo specifico, cui consegua lo stesso effetto; ovvero iii) alla presentazione di dichiarazioni esatte relative all'IVA per dissimulare in maniera fraudolenta il mancato pagamento o la costituzione illecita di diritti a rimborsi dell'IVA.

Tra i primi commenti alla riforma è stato in particolare rilevato come la **mancata ricomprensione** tra i reati presupposto **dell'art. 5 d.lgs. 74/2000**, con conseguente impossibilità di far fronte efficacemente a condotte di evasione mediante esteroinvestizione societaria, costituisca «un *vulnus* alla coerenza del sistema, rivelando un *deficit* di comprensione di alcuni dei più gravi fenomeni di evasione fiscale che avrebbero imposto una più severa risposta sanzionatoria»[22].

Resta ad ogni modo da rilevare come la materia della responsabilità dell'ente da reato tributario si presenti in questo momento particolarmente fluida e potenzialmente suscettibile di ulteriori

modifiche, data in particolare la pendenza della **delega legislativa conferita al Governo dalla legge 4 ottobre 2019, n. 117**, il cui art. 3, lett. e) richiede di «integrare le disposizioni del Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, [...] prevedendo espressamente la responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche anche per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea e che non sono già compresi nelle disposizioni del medesimo Decreto legislativo». Potrebbe, quest'ultima, essere una buona occasione per rimettere mano con maggiore coerenza al sistema della responsabilità dell'ente per reati tributari.

[1] Sul "decreto-legge fiscale" n. 124/2019, v. A. Perini, [Brevi note sui profili penali tributari del d.l. n. 124/2019 \(decreto fiscale\)](#), in *questa Rivista*, 3 dicembre 2019 e, volendo, S. Finocchiaro, [Le novità in materia di reati tributari e di responsabilità degli enti contenute nel c.d. decreto fiscale \(d.l. n. 124/2019\)](#), in *questa Rivista*, 18 novembre 2019.

[2] Sotto il primo profilo avevamo già osservato che l'art. 15, comma 3, l. 400/1988 – norma che, come affermato dalla Corte costituzionale, «costituisce esplicitazione della *ratio* implicita nel secondo comma dell'art. 77 Cost.» (sentt. nn. 170 del 2017, 220 del 2013, 22 del 2012) – prescrive che «i decreti devono contenere misure di *immediata applicazione* e il loro contenuto deve essere specifico, omogeneo e corrispondente al titolo» (corsivo aggiunto). La stessa giurisprudenza costituzionale appare tuttavia al riguardo non proprio univoca: da un lato, osserva che il decreto-legge «entrerebbe in contraddizione con le sue stesse premesse, se contenesse disposizioni destinate ad avere effetti pratici differiti nel tempo» (sent. n. 220 del 2013), dall'altro, afferma che «la straordinaria necessità ed urgenza non postula inderogabilmente un'immediata applicazione delle disposizioni normative contenute nel decreto-legge, ma ben può fondarsi sulla necessità di provvedere con urgenza, anche laddove il risultato sia per qualche aspetto necessariamente differito» (sentt. nn. 16 e 170 del 2017). Sotto il secondo e distinto profilo attinente alla *ratio* della riserva di legge, non possiamo qui che ribadire il rinvio alle autorevoli e sempre attuali riflessioni, tra gli altri, di E. Dolcini, *Leggi 'ad personam', riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2004, p. 50 ss.; F. Bricola, *Teoria generale del reato*, in *Nss. Dig. it.*, vol. XIX, 1973, p. 39 ss.; G. Delitala, *Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 965 ss.

[3] Il riferimento è al d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158, su cui si veda, tra i molti, I. Caraccioli, *I nuovi reati tributari. Commento al D.lgs. 24 settembre 2015, n. 158*, Milano, 2016; C. Nocerino, S. Putinati (a cura di), *La riforma dei reati tributari. Le novità del d.lgs. n. 158/2015*, Giappichelli, 2015. Per un commento allo schema di decreto si rinvia alle riflessioni svolte da S. Cavallini, [Osservazioni 'di prima lettura' allo schema di decreto legislativo in materia penaltributaria](#), in *Dir. pen. cont.*, 20 luglio 2015; nonché, volendo, S. Finocchiaro, [Sull'imminente riforma in materia di reati tributari: le novità contenute nello 'schema' di decreto legislativo](#), in *Dir. pen. cont.*, 16 luglio 2015.

[4] Una simile riduzione di pena legata all'entità della passività fittizia era in passato già stata prevista (con una soglia di euro 154.937,07) al terzo comma della disposizione, ma era successivamente stata rimossa a seguito dell'abrogazione di tale comma ad opera d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 settembre 2011, n. 148.

[5] Con la precisazione che, a differenza che nell'art. 7, al comma 1-ter dell'art. 4 si fa (ceva) riferimento genericamente alle valutazioni e non solo a quelle "estimative". Sul punto cfr. anche E.D. Basso-A. Viglione, *I nuovi reati tributari*, Giappichelli, 2017, p. 114 s.

[6] In questo senso S. Cavallini, *Osservazioni*, cit., p. 9.

[7] Ai sensi dell'art. 2, comma 2, c.p. è infatti sufficiente che il fatto non costituisca reato secondo "una" legge posteriore. Sulla *lex intermedia*, in dottrina, per tutti, C. Pecorella, *Legge intermedia: aspetti problematici e prospettive de lege ferenda*, in Dolcini-Paliero (a cura di), *Studi in onore di*

Giorgio Marinucci, I, Milano, 2006, p. 611 ss., nonché G. L. Gatta, *Abolition criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 124. In giurisprudenza cfr. ad esempio Cass., sez. II pen., 7 luglio 2009, n. 35079.

[8] Confisca "allargata" e confisca "di prevenzione" costituiscono «altrettante species di un unico genus», secondo quanto da ultimo affermato da Corte cost., sent. 24 gennaio 2019 (dep. 27 febbraio 2019), n. 24, con nota, tra gli altri, di V. Maiello, *La prevenzione ante delictum da pericolosità generica al bivio tra legalità costituzionale e interpretazione tassativizzante*, in *Giur. cost.*, fasc. 1/2019, p. 332; di F. Mazzacuva, *L'uno due dalla Consulta alla disciplina delle misure di prevenzione: punto di arrivo o principio di un ricollocamento sui binari costituzionali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 987 ss.; e, volendo, di S. Finocchiaro, [Due pronunce della corte costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione a seguito della sentenza de Tommaso della Corte Edu](#), in *Dir. pen. cont.*, 4 marzo 2019.

[9] È stato osservato in dottrina (M. Bontempelli, [La confisca o le confische da illecito \(penale\) tributario?](#), in questa *Rivista*, 4 dicembre 2019, p. 25) come le due forme di confisca si distinguerebbero in base all'oggetto della misura patrimoniale: la confisca "ordinaria" ex art. 12-bis avrebbe ad oggetto il prezzo o il profitto del reato tributario; mentre la confisca "allargata" ex art. 12-ter avrebbe ad oggetto i beni di valore sproporzionato. Al modello della confisca del profitto (o del prezzo) del reato si affiancherebbe cioè un modello di "confisca senza il profitto del reato", ricomprendente la confisca "per sproporzione", ma anche la confisca "per equivalente" e quella "per reimpiego" di cui all'art. 24 cod. antimafia.

[10] Cfr. G. Ruta, [La riforma dei reati tributari, una prima lettura](#), in *Questione giustizia*, 23 dicembre 2019.

[11] Cfr., ex multis, Cass. pen., sez. III, 15 aprile 2015, n. 20887; cfr., nello stesso senso, Cass. pen., sez. III, 16 maggio 2012, n. 30140; Cass. pen., sez. III, 3 dicembre 2012, n. 46726.

[12] Sul punto cfr. ad esempio N. Pisani, *Impegno al pagamento del debito tributario ai sensi dell'art. 12 bis d.lgs. 74/2000: riflessioni sulla natura giuridica della confisca in materia tributaria*, in *Riv. resp. amm. soc. enti*, 2017, I, p. 73 ss.; S. Delsignore, *Commento all'art. 12-bis*, in Nocerino-Putinati (a cura di), *La riforma dei reati tributari. Le novità del d.lgs. n. 158/2015*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 288; e, volendo, S. Finocchiaro, [L'impegno a pagare il debito tributario e i suoi effetti su confisca e sequestro](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, fasc. 4/2015, p. 163 ss.

[13] Cfr., ad esempio, Cass. pen., sez. I, 16 aprile 2014, n. 41100; Cass. pen., sez. IV, 7 maggio 2013, n. 35707; Cass. pen., sez. I, 11 dicembre 2012, n. 2634; Cass. pen., sez. I, 5 febbraio 2001, n. 11049; Cass. pen., sez. V, 23 aprile 1998, n. 2469. In questo senso si è anche espressa Corte cost., sent. 21 febbraio 2018, n. 33, su cui si permetta un rinvio a S. Finocchiaro, [La Corte costituzionale sulla ragionevolezza della confisca allargata. Verso una rivalutazione del concetto di sproporzione?](#), in *Dir. pen. cont.*, fasc. 2/2018.

[14] A favore della confiscabilità di beni acquistati precedentemente all'entrata in vigore della norma che prevede la confisca allargata – proprio perché qualificata come misura di sicurezza non avente "sicura natura sanzionatoria" – è orientata la prevalente giurisprudenza: si veda, ad esempio, Cass., sez. II pen., sent. 12 ottobre 2018 (dep. 14 dicembre 2018), n. 56374.

[15] Sottolinea questo aspetto anche [Paolo Ielo, in un'intervista di Giovanni Negri sulle pagine del Sole 24 ore](#), ove si osserva altresì la maggiore utilità del contrasto economico e della previsione di una responsabilità dell'ente nel settore della criminalità da profitto rispetto ai ben meno efficaci aumenti edittali delle pene detentive.

[16] In questo senso si era orientata la giurisprudenza prevalente, in particolare a seguito della sentenza delle Sezioni unite *Gubert* (Cass., Sez. Un. pen., 30 gennaio 2014-dep. 5 marzo 2014, n. 10561, *Gubert*; sul punto ribadita da Cass., Sez. Un. pen., 26 giugno 2015-dep. 21 luglio 2015, n. 31617, *Lucci*).

- [17] Al riguardo, per tutti, F. Mucciarelli, C. E. Paliero [Le sezioni unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche](#), in *Dir. pen. cont.*, 30 luglio 2015
- [18] Sulla direttiva PIF (Direttiva UE/2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale) cfr., tra gli altri, E. Basile, [Brevi note sulla nuova Direttiva PIF. Luci e ombre del processo di integrazione UE in materia penale](#), in *Dir. pen. cont.*, 12 dicembre 2017, e F. La Vattiatà, [La nuova direttiva PIF. Riflessioni in tema di responsabilità da reato degli enti giuridici, gruppi societari e reati tributari](#), in *Giurisprudenza penale*, 2019, 9.
- [19] Al riguardo, non senza varietà di accenti, R. Alagna, *I reati tributari ed il regime della responsabilità da reato degli enti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, p. 397; P. Aldrovandi, *I profili evolutivi dell'illecito tributario*, Padova, 2005, p. 230 ss.; S. Beltrani, *Responsabilità degli enti e reati tributari* (Commento a Cass. Pen., n. 25774, 4 luglio 2012), in *Resp. amm. soc. enti*, 2013, III, p. 205 ss.; F. D'Arcangelo, *La responsabilità degli enti per i delitti tributari dopo le SS.UU. 1235/10*, in *Resp. amm. soc. enti.*, 2011, IV, p. 125 ss.; G.L. Gatta, [I profili di responsabilità penale nell'esercizio della corporate tax governance](#), in *Dir. pen. cont.*, 4 giugno 2018, p. 5; A. Perini, *Brevi considerazioni in merito alla responsabilità degli enti conseguente alla commissione di illeciti fiscali*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, II, p. 88; C. Santoriello, *I reati tributari nella responsabilità da reato degli enti collettivi: ovvero dell'opportunità di configurare la responsabilità amministrativa delle società anche in caso di commissione di reati fiscali*, in *Archivio penale*, fasc. 1/2017, p. 82 ss.; P. Sorbello, *Evasione fiscale e politica criminale: considerazioni sull'inopportunità sistemica della mancata corresponsabilizzazione degli enti nei reati tributari*, in *Ind. pen.*, 1/2011, p. 167 ss. Sul punto si veda anche la c.d. commissione Greco del 2007 (Commissione di studio per la riforma del d. lgs. 231/2001) e, al riguardo, P. Ielo, *Commissione Greco: dall'usura alla frode verso una più ampia responsabilità degli enti*, in *Guida dir.*, 2010, fasc. 1, p. 23; nonché la [Relazione al disegno di legge di delegazione europea 2018](#) in cui pure si osservava che “a termini di direttiva, è doveroso l'ampliamento del catalogo dei reati-presupposto della responsabilità degli enti collettivi ex decreto legislativo n. 231 del 2001 alle frodi in materia di IVA [...]”.
- [20] Con accento critico, attirando l'attenzione su un potenziale attrito con il principio del *ne bis in idem* e, più in generale, su di un cumulo sanzionatorio sproporzionato: A. Ingrassia-S. Cavallini, *Brevi riflessioni sulla relazione tra il d.lgs. 231/2001 e i reati tributari*, cit., p. 109 ss.; I. Caraccioli, *Reati tributari e responsabilità degli enti*, in *Riv. resp. amm. enti*, 2007, I, p. 155, nonché, più di recente, A. Perini, [Brevi note sui profili penali tributari del d.l. n. 124/2019 \(decreto fiscale\)](#), cit., e F. M. Magnelli, [Sulla \(in\)compatibilità del sistema repressivo degli illeciti fiscali con lo statuto transnazionale del ne bis in idem: tra proporzionalità e 231](#), in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 12.
- [21] Sul punto si rinvia nuovamente alle osservazioni critiche di E. Basile, [Riflessioni de lege ferenda sul recepimento della direttiva PIF: la repressione delle frodi e lo strano caso dell'art. 316-ter c.p.](#), in *Dir. pen. cont.*, 31 maggio 2019, in ptc. pp. 18 e 19. Può essere inoltre utile rammentare il considerando n. 14 della Direttiva, a tenore del quale: “Nella misura in cui gli interessi finanziari dell'Unione possono essere lesi o minacciati dalla condotta imputabile a persone giuridiche, queste dovrebbero essere responsabili dei reati commessi in loro nome, quali definiti nella presente direttiva”.
- [22] Così G. Ruta, [La riforma dei reati tributari, una prima lettura](#), cit.

* * * * *

Per la Consulta la presunzione di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia è legittima solo se relativa: cade la preclusione assoluta all'accesso ai permessi premio ex art. 4-bis comma 1 ord. pen.

Corte cost., sent. 23 ottobre 2019 (dep. 4 dicembre 2019), n. 253, Pres. Lattanzi, Red. Zanon

di Silvia Bernardi

1. Come già segnalato ai lettori in occasione del deposito della sentenza qui richiamata in epigrafe, la Consulta ha dichiarato l'**illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis comma 1 ord. pen.** nella parte in cui non prevede che anche i condannati per reati ostativi che non abbiano collaborato con la giustizia possano accedere ai **permessi premio**, qualora siano stati in concreto acquisiti «*elementi tali da escludere sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti*». Più precisamente, il giudice delle leggi ha riconosciuto che la **presunzione assoluta di pericolosità sociale** dei detenuti non collaboranti di cui alla norma in esame è illegittima per **contrasto con gli artt. 3 e 27 c. 3 Cost.** e deve essere sostituita da una presunzione soltanto *relativa*, che possa cioè essere vinta da prova contraria.

L'art. 4-bis ord. pen., come è noto, è stato introdotto dal d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. in l. 12 luglio 1991, n. 203, e immediatamente modificato dal d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. con modif. in l. 7 agosto 1992, n. 356, il quale ha plasmato il comma 1 di tale disposizione nel modo in cui oggi noi lo conosciamo: la peculiare *ratio* di tale disciplina è propriamente quella di **differenziare il trattamento penitenziario dei condannati per reati di criminalità organizzata o altri gravi delitti** dal trattamento dei condannati "comuni", subordinando l'accesso alle misure premiali e alternative previste dall'ordinamento penitenziario alla **necessaria collaborazione con la giustizia** ai sensi dell'art. 58-ter ord. pen.

La pronuncia della Corte costituzionale sembra tuttavia aver definitivamente rivelato l'illegittimità di questo sistema, mettendo radicalmente in discussione – anche se solo con riguardo alla concedibilità dei permessi premio – l'assolutezza del "doppio binario penitenziario". Ci sembra perciò utile, nell'attesa di ospitare contributi di maggiore approfondimento, ripercorrere brevemente la vicenda costituzionale in esame e soffermarci sui principali passaggi argomentativi della decisione in commento, onde chiarirne la portata e avanzare alcune ipotesi rispetto alle ripercussioni che essa potrebbe avere sul nostro sistema giuridico nel prossimo futuro.

2. Ad avviare il giudizio di costituzionalità nel caso che ci interessa sono stati due distinti rimettenti, la prima sezione della Suprema Corte di cassazione[1] e il Tribunale di sorveglianza di Perugia[2].

Ambedue i giudici *a quibus* erano chiamati a decidere in ordine a due **richieste di permessi premio** provenienti da soggetti che stavano scontando la **pena dell'ergastolo** per reati ostativi – nello specifico **reati di "contesto mafioso"**[3] – e che tuttavia avrebbero dovuto essere dichiarate inammissibili, trattandosi di **soggetti che non avevano collaborato con la giustizia**: la disciplina di cui all'art. 4-bis c. 1 ord. pen. impediva infatti in radice la possibilità per la magistratura di sorveglianza di valutare nel merito la pericolosità sociale del detenuto non collaborante, come invece richiesto dall'art. 30-ter ord. pen. ai fini della concessione di permessi premio[4].

Entrambi i giudici dubitavano però della compatibilità di tale normativa con i **principi di uguaglianza-ragionevolezza e di rieducazione del condannato** di cui agli artt. 3 e 27 c. 3 Cost. e

decidevano così di adire il giudice delle leggi, sottolineando come le questioni fossero di per sé rilevanti a prescindere dall'effettiva spettanza del beneficio invocato nei casi di specie, atteso che l'eliminazione della preclusione oggetto di censure appariva preliminare rispetto all'analisi nel merito delle istanze dei detenuti.

Accanto a tali caratteri comuni, un elemento di differenziazione tra le due ordinanze di rimessione concerne però la portata delle questioni di legittimità individuate dai diversi giudici: in effetti, mentre la prima sezione della Cassazione ha censurato la norma in questione «nella parte in cui esclude che il condannato all'ergastolo, per **delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis cod. pen., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste**, che non abbia collaborato con la giustizia, possa essere ammesso alla fruizione di un permesso premio», il Tribunale di sorveglianza di Perugia ha esteso i suddetti dubbi di legittimità altresì ai casi in cui l'istanza provenga da soggetti che siano stati direttamente condannati per **partecipazione** in un'associazione di tipo mafioso.

3. Nel merito, gli argomenti utilizzati dai rimettenti per sostenere la non manifesta infondatezza delle questioni appaiono in larga parte sovrapponibili, seppure con alcune significative differenze.

In base a un primo argomento – sviluppato dalla Corte di cassazione, ma non fatto proprio dal secondo giudice *a quo* – la preclusione di cui all'art. 4-bis comma 1 ord. pen. sarebbe **irragionevole in quanto equipara ai fini della presunzione di pericolosità soggetti effettivamente affiliati a un'associazione criminale di tipo mafioso e soggetti estranei al sodalizio** che abbiano commesso reati “avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste”. A sostegno di ciò, vengono richiamate quelle pronunce con cui la stessa Corte costituzionale si è in passato occupata, in materia cautelare, del tema delle presunzioni legali di pericolosità riferite a soggetti imputati o indiziati per reati di criminalità organizzata[5]: in esse, infatti, la Consulta ha da un lato ribadito che le **presunzioni assolute limitative di diritti fondamentali** si pongono in **contrasto con l'art. 3 Cost.** laddove siano **arbitrarie e irrazionali**, ossia non rispondano a «dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*»[6]; e, dall'altro, ha essa stessa rimarcato la peculiarità dei casi in cui il reato è espressione di un vincolo permanente di adesione al sodalizio mafioso rispetto ai reati di mero “contesto mafioso”, reputando irragionevole l'estensione ai secondi di presunzioni di pericolosità ritagliate sui primi.

Un secondo argomento – condiviso, invece, da entrambi i giudici *a quibus* – muove da un diverso filone giurisprudenziale della Corte costituzionale, ossia da quelle pronunce che negli ultimi anni hanno iniziato a scardinare alcuni tasselli del sistema ostativo: le sentenze nn. 239 del 2014[7] e 76 del 2017[8], con cui la Consulta ha aperto **anche ai detenuti non collaboranti** la possibilità di accedere a quelle particolari **forme di detenzione domiciliare previste dalla legge nell'interesse della prole minore**, e la sentenza n. 149 del 2018, con cui la Corte ha dichiarato l'**illegittimità della speciale preclusione di cui all'art. 58-quater c. 4 ord. pen.**, che si applicava ai condannati per i delitti di sequestro di persona a scopo di terrorismo, eversione o estorsione da cui fosse derivata la morte del sequestrato (soggetti già sottoposti al doppio binario *ex art. 4-bis c. 1 ord. pen.*, nei cui confronti le condizioni di accesso ai benefici erano rese ancora più sfavorevoli)[9]; pronuncia particolarmente rilevante, quest'ultima, per aver solennemente riconosciuto i **principi di progressività trattamentale e di flessibilità della pena** quali necessari corollari del principio di rieducazione.

Alla luce di questa giurisprudenza, i rimettenti dubitano della compatibilità con gli artt. 3 e 27 Cost. di una norma che elevi a “prova legale” o indice “incontrovertibile” del venir meno della pericolosità sociale del condannato la collaborazione con la giustizia, la quale **impedisce di**

valutare individualmente le concrete emergenze relative al singolo condannato, così come le **ragioni che possono averlo indotto a non collaborare con la giustizia**; viene infatti sottolineato da entrambi i giudici che la mancata collaborazione del condannato non può essere considerata univocamente dimostrativa della mancata rescissione dei legami con l'organizzazione criminale di riferimento, potendo invece dipendere da fattori differenti, quali il timore per l'incolumità propria o dei propri familiari (a causa di ritorsioni del gruppo criminale), la volontà di non rendere dichiarazioni accusatorie nei confronti di amici o congiunti, o il rifiuto di collaborazioni meramente utilitaristiche.

A incrementare i dubbi di legittimità costituzionale da ultimo esplicitati concorrerebbe poi, secondo quanto sostenuto sia dalla Suprema Corte, sia dal Tribunale di sorveglianza di Perugia, la considerazione delle **peculiarità dell'istituto dei permessi premio** previsto dall'art. 30-ter ord. pen. Si osserva infatti che questo strumento, a differenza delle misure alternative alla detenzione, assolve a una **funzione limitata e contingente**, ossia quella di consentire al detenuto di curare specifici interessi affettivi, culturali o lavorativi: la concessione di tali benefici, dunque, da un lato dovrebbe rispondere a presupposti specifici e differenziati, dall'altro si pone ancora più come necessaria per realizzare la progressione trattamentale e per non frustrare la stessa funzione rieducativa della pena.

4. Il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso nel giudizio dinanzi alla Consulta dall'Avvocatura dello Stato, ha di contro sostenuto l'infondatezza delle questioni sollevate. Secondo la difesa statale, la norma oggetto di censure esprimerebbe una **precisa scelta di politica criminale del legislatore**, animata da finalità di prevenzione generale e di garanzia della sicurezza della collettività; la stessa, peraltro, si fonderebbe sull'assunto, condiviso dal legislatore, secondo cui la **collaborazione** è per i detenuti di cui all'art. 4-bis c. 1 ord. pen. **l'unico mezzo idoneo a dimostrare l'assenza di pericolosità sociale**, ossia l'effettiva rescissione dei legami con la criminalità organizzata: la preclusione assoluta appare allora l'unica soluzione adeguata per «evitare l'uscita dal carcere – anche solo per poche ore – di condannati verosimilmente ancora pericolosi, in particolare in ragione dei loro persistenti legami con la criminalità organizzata».

5. A fronte di simili questioni, il primo passo della Consulta è quello di delimitare correttamente il *thema decidendum* del giudizio di specie.

Anzitutto, viene sottolineato che oggetto di questione **non** è la disciplina del c.d. **ergastolo ostativo**, rispetto alla quale si è invece pronunciata la **Corte europea dei diritti dell'uomo** nella recentissima vicenda *Viola c. Italia*, che ha visto la condanna dello Stato italiano per violazione dell'art. 3 Cedu[10]; tale istituto, frutto della combinazione dell'art. 4-bis c. 1 ord. pen. e dell'**art. 2 c. 2 d.l. 13 maggio 1991, n. 152** – il quale impedisce al non collaborante condannato per reati ostativi di avvalersi della **liberazione condizionale**[11] – è stato infatti censurato dai giudici di Strasburgo in quanto inadeguato a garantire al condannato a pena perpetua (che non collabori con la giustizia) una concreta "prospettiva di liberazione"[12]. Le questioni sollevate dalla Corte di cassazione e dal Tribunale di sorveglianza di Perugia, tuttavia, non toccano il citato art. 2 d.l. n. 152 del 1991, né richiamano, quale parametro di costituzionalità, l'art. 117 c. 1 Cost. con riferimento all'art. 3 Cedu.

In secondo luogo, il giudice delle leggi specifica che la legittimità di cui all'art. 4-bis c. 1 ord. pen. può essere valutata con **esclusivo riguardo alla concedibilità al non collaborante dei permessi premio** ex art. 30-ter ord. pen., non interessando le censure dei giudici *a quibus* le altre misure alternative e premiali oggetto di preclusione da parte della norma in esame; e che, nonostante i casi oggetto dei giudizi *a quibus* concernessero istanze provenienti da soggetti condannati alla

pena dell'ergastolo (per l'appunto, ostativo), i vizi di costituzionalità paventati riguardano indifferentemente **tutti i soggetti condannati per reati ostativi di "contesto mafioso"**, a pena tanto temporanea, quanto perpetua.

Oltre a ciò, la Corte precisa poi di dover vagliare preliminarmente le censure mosse dal Tribunale di sorveglianza di Perugia, atteso che quest'ultime, riferendosi alla **posizione del soggetto condannato sia per partecipazione in associazione mafiosa, sia per reati di "contesto mafioso"**, assorbirebbero – se fondate – quelle proposte dalla Corte di cassazione.

6. Nel merito, le questioni di legittimità come sopra definite sono considerate **fondate**. La Consulta reputa infatti **incompatibile con gli artt. 3 e 27 c. 3 Cost. la presunzione assoluta di pericolosità sociale** del condannato per reati ostativi che non collabori con la giustizia su cui si fonda la preclusione di cui all'art. 4-bis c. 1 ord. pen.: e ciò non perché sia irragionevole presumere che il soggetto che scelga di non collaborare con la giustizia non abbia reciso i legami con il gruppo criminale di provenienza e sia, pertanto, socialmente pericoloso e immeritevole di permessi premio, quanto perché una presunzione siffatta dovrebbe necessariamente essere **relativa**, dunque vincibile da prova contraria.

Nello specifico, l'assolutezza della presunzione in parola è reputata contraria alla Costituzione sotto tre "distinti, ma complementari" profili.

i) Sotto il primo profilo, viene affermata la **libertà del detenuto** – qualsiasi detenuto – **di non collaborare con la giustizia**, senza che tale sua scelta possa essere di per sé causa di un trattamento deteriore. La legge, di conseguenza, può far eventualmente dipendere dalla collaborazione del condannato l'applicazione di **misure premiali** aggiuntive rispetto al trattamento ordinario[13], ma **non** può comminare "**sanzioni**" al non collaborante per perseguire finalità *estrane* rispetto a quelle costituzionalmente preposte all'esecuzione della pena, quali finalità di carattere investigativo, di politica criminale e di pubblica sicurezza: pena il contrasto con i principi di cui agli artt. 3 e 27 Cost.

ii) Sotto il secondo profilo, l'assolutezza della presunzione *de qua* contrasta con l'art. 27 c. 3 Cost. perché impedisce alla magistratura di sorveglianza di valutare la specifica situazione del singolo detenuto e di adattarvi di rimando il relativo trattamento penitenziario. La stessa Corte costituzionale, del resto, nella recente sentenza n. 149 del 2018 ha indicato quale "criterio costituzionalmente vincolante" l'effettuazione di una **valutazione individualizzata e caso per caso nella materia dei benefici penitenziari**, conformemente a quanto richiesto dai **principi di rieducazione, di proporzionalità e di individualizzazione della pena**[14]; la disciplina di cui all'art. 4-bis c. 1 ord. pen., invece, preclude in radice la possibilità di apprezzare secondo criteri individualizzati le specificità dei casi concreti, a partire dalle ragioni che possono aver indotto il condannato a non collaborare con la giustizia.

iii) Da ultimo, la presunzione assoluta di pericolosità in questione viene considerata **irrazionale alla stregua del criterio dell'id quod plerumque accidit** e conseguentemente contraria ai principi di uguaglianza e di rieducazione del condannato. Come si ricordava sopra, la giurisprudenza della Consulta ha nel tempo chiarito che le presunzioni legali assolute violano l'art. 3 Cost. «se non rispondono a dati di esperienza generalizzati», ossia «tutte le volte in cui sia possibile formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa»; questo sarebbe proprio il caso, secondo la pronuncia qui in commento, della presunzione di pericolosità di cui all'art. 4-bis c. 1 ord. pen., la quale – nell'assolutizzare l'equazione tra mancata collaborazione e mancata rescissione dei legami con l'organizzazione criminale – irragionevolmente non tiene conto né degli **effetti che il decorso del tempo della pena può avere sull'evoluzione della personalità del detenuto**, né

della **possibilità che durante l'esecuzione muti il contesto esterno al carcere** (ad esempio nell'ipotesi in cui l'organizzazione criminale di riferimento del detenuto si estingue).

7. In conseguenza a quanto riscontrato dalla Corte, l'art. 4-bis c. 1 ord. pen. viene dichiarato **illegittimo** nella parte in cui non prevede che anche in assenza di collaborazione con la giustizia il condannato possa usufruire di **permessi premio** «allorché siano stati acquisiti **elementi tali da escludere**, sia l'**attualità di collegamenti** con la criminalità organizzata, sia il **pericolo del ripristino** di tali collegamenti».

In base all'oggetto specifico delle questioni di legittimità sollevate dai rimettenti, tale dichiarazione di illegittimità deve essere riferita ai **soggetti condannati per reati di "contesto mafioso"**, ovverosia per i delitti di cui all'art. 416-bis c.p. e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste da tale articolo o per agevolare le associazioni ivi contemplate. Ciò nondimeno, la Corte ritiene necessario estendere l'ambito di applicazione della propria pronuncia, in via consequenziale, altresì a **tutte le rimanenti fattispecie "ostative"** indicate dalla norma censurata, al fine di non compromettere la stessa "coerenza intrinseca" della disciplina in questione.

La presunzione di persistenza di collegamenti con la criminalità organizzata contenuta nel comma 1 dell'art. 4-bis ord. pen. diviene in questo modo, anche se solo per quanto riguarda la concessione dei permessi premio, una **presunzione relativa**. La stessa Consulta, nondimeno, si cura di precisare che – a fronte della mancata collaborazione del condannato per reati ostativi – detta presunzione potrà comunque essere vinta solo in base a **valutazioni particolarmente rigorose**, che non si limitino a considerare la regolare condotta carceraria, la semplice partecipazione al percorso rieducativo o mere dichiarazioni di dissociazione del detenuto, ma si fondino anzitutto sull'**esame del contesto sociale esterno al carcere**, avvalendosi di dettagliate informazioni acquisite dai comitati provinciali per l'ordine e la sicurezza pubblica e dalle Procure nazionale e distrettuali antimafia e antiterrorismo. La **prova** delle condizioni a supporto della concessione dei permessi premio, peraltro, ricadrebbe **in parte sullo stesso condannato**, il quale sarebbe tenuto a fornire una specifica allegazione degli elementi capaci di sostenere la sua istanza.

* * *

8. La pronuncia qui in commento segna indubbiamente un **radicale cambio di passo della Consulta** con riguardo all'atteggiamento manifestato nei confronti del sistema stabilito dall'art. 4-bis ord. pen.: per la prima volta il giudice delle leggi riconosce il **frontale contrasto tra tale disciplina e gli artt. 3 e 27 Cost.**, con una decisione che, pur accertando solo parzialmente l'illegittimità costituzionale della norma, appare invero minare in radice le fondamenta del "doppio binario" così come finora lo abbiamo conosciuto.

Fino a questo momento, infatti, la Corte costituzionale aveva sempre "salvato" il regime ostativo da aperte censure di legittimità per incompatibilità con il principio di rieducazione del condannato. Così era avvenuto, anzitutto, nella **sentenza n. 306 del 1993**, la quale, se da un lato aveva ammesso che «la condotta di collaborazione ben può essere frutto di mere valutazioni utilitaristiche in vista dei vantaggi che la legge vi connette, e non anche segno di effettiva risocializzazione» e che la disciplina in questione comportava «una rilevante compressione della finalità rieducativa della pena», aveva comunque valorizzato il fatto che la **collaborazione con la giustizia** possa essere ragionevolmente ritenuta **di per sé indicativa della rottura dei legami con la criminalità organizzata**, accanto alla scelta del legislatore di «privilegiare finalità di prevenzione generale e di sicurezza della collettività»[15]. Ancora più chiara era stata la **sentenza n. 273 del 2001**, la quale aveva direttamente avallato la scelta fatta dalla legge di considerare la

mancata collaborazione del soggetto condannato per reati ostativi come un «**indice legale della persistenza dei collegamenti con la criminalità organizzata** e, quindi, della mancanza del sicuro ravvedimento del condannato»[16].

Persino quando era stata chiamata a esprimersi direttamente circa la **legittimità costituzionale del c.d. ergastolo ostativo**, nella **sentenza n. 135 del 2003**, la Corte aveva deciso di non destabilizzare il sistema predisposto dall'art. 4-bis ord. pen., mettendo in luce come la perpetuità *de facto* della pena detentiva in tali situazioni non sia una conseguenza automatica della legge, bensì sia il **frutto di una precisa scelta del condannato**, che non vuole collaborare pur essendo nelle condizioni di farlo: nei casi di collaborazione impossibile o inesigibile, infatti, la preclusione in parola non opera[17].

È pertanto la prima volta che la Consulta non si limita a rimandare al criterio di giudizio utilizzato dal legislatore nella disposizione in esame, ma si preoccupa di esaminare nello specifico la **razionalità di quel criterio**, al fine di verificare la compatibilità della valutazione compiuta in astratto dalla legge con i principi cui la Costituzione vincola l'esecuzione della pena detentiva; razionalità che, stavolta, viene negata.

Dei tre profili posti dalla Consulta a fondamento della propria decisione e sopra esaminati, in effetti, ci sembra che sia il terzo a rivestire una portata preminente: negare la ragionevolezza dell'*unico e imprescindibile* criterio di valutazione della pericolosità sociale del condannato "ostativo" utilizzato dal legislatore nell'art. 4-bis c. 1 ord. pen., cioè, era a nostro giudizio condizione necessaria per sancire la **prevalenza delle esigenze di individualizzazione del trattamento sanzionatorio** – sottostanti ai principi di uguaglianza e di rieducazione del condannato – rispetto alle finalità (di prevenzione generale e speciale, oltre che propriamente investigative) perseguite dalla disciplina in esame.

9. Secondo la Corte, dunque, presumere in assoluto, senza possibilità di prova contraria, che il detenuto non collaborante sia in perdurante rapporto con l'organizzazione criminale è irragionevole: e ciò non tanto, ci pare, perché tale presunzione non corrisponderebbe a ciò che avviene "nella grande maggioranza dei casi" (come farebbe pensare il richiamo al principio dell'*id quod plerumque accidit*), quanto piuttosto perché è **irragionevole pensare che non possano in concreto presentarsi delle situazioni che facciano "eccezione" alla "regola" stabilita dal legislatore**. La Consulta considera, a tal proposito, il fatto che **tanto il contesto esterno al carcere, quanto la personalità del detenuto possano cambiare** durante l'esecuzione della pena; sarebbe stato però più convincente, forse, valorizzare a tal fine il fatto che **la scelta di non collaborare con la giustizia potrebbe dipendere** – alla luce delle peculiarità del caso concreto – **da una pluralità di fattori differenti**, e non sia per questo univocamente indicativa del permanere del vincolo con l'associazione criminale.

La Corte non richiama però, in questa sede, quest'ultimo argomento, che invece era stato particolarmente enfatizzato non solo dai giudici *a quibus*, ma anche, in una differente vicenda, dalla Corte di Strasburgo: nella già citata **sentenza Viola c. Italia**, infatti, i giudici europei hanno sancito a chiare lettere che «la mancanza di collaborazione **non** può essere sempre imputata ad una scelta libera e volontaria, né giustificata soltanto dalla persistenza dell'adesione ai "valori criminali" e al mantenimento di legami con il gruppo di appartenenza»; e che, pertanto, «se **altre circostanze o altre considerazioni possono spingere il condannato a rifiutarsi di collaborare**, o se la collaborazione può eventualmente essere proposta a uno scopo meramente opportunistico, l'immediata equivalenza tra l'assenza di collaborazione e la presunzione inconfutabile di pericolosità sociale finisce per non corrispondere al percorso reale di rieducazione del ricorrente»[18].

10. Quel che certo, comunque, è che la Corte costituzionale abbia negli ultimi anni dimostrato di voler prendere particolarmente “sul serio” il principio di rieducazione del condannato e i corollari che ne discendono, in ciò dimostrando una particolare sintonia con la Corte europea dei diritti dell’uomo. Sicché, alla luce dei più recenti arresti di entrambe tali Corti, ci pare che **il regime ostativo** come voluto dal legislatore del 1992 **non possa oggi più trovare spazio nel nostro ordinamento**.

Non sfugge, difatti, che sebbene la sentenza che abbiamo qui preso in esame investa solo parzialmente la legittimità dell’art. 4-*bis* c. 1 ord. pen. gli argomenti utilizzati dalla Consulta potrebbero agevolmente giustificare **nuove pronunce di incostituzionalità della disciplina de qua**, le quali parimenti *relativizzano* la presunzione di pericolosità su cui si fonda la preclusione normativa anche con riferimento alla concessione del lavoro all’aperto, delle misure alternative alla detenzione e, non da ultimo, della liberazione condizionale.

In particolare, ci sembra che le medesime ragioni che hanno indotto la Corte a censurare la preclusione assoluta alla concessione dei permessi premio ai non collaboranti potrebbero essere addotte, a maggior ragione, per espungere dal nostro sistema costituzionale il c.d. **ergastolo ostativo**, della cui illegittimità ci pare non si possa più dubitare. La pronuncia qui in commento, in effetti, *supera* il precedente arresto costituito dalla sentenza n. 135 del 2003, avendo chiaramente messo in luce l’irrazionalità di una presunzione assoluta che associ in maniera incontrovertibile alla mancata collaborazione la persistente pericolosità sociale del reo (e con ciò l’impossibilità di un suo progressivo rientro nella società libera); a ben vedere, anzi, una volta ammessosi che l’assenza di collaborazione non può essere univocamente ricondotta alla persistenza di rapporti con il crimine organizzato, **il contrasto con il principio di ragionevolezza e con il principio di rieducazione del condannato** appare **ancora più marcato** con riferimento alla condizione degli ergastolani ostativi, cui – come da tempo denunciato dalla dottrina[19] – viene radicalmente negata ogni prospettiva di reinserimento sociale, qualora non collaborino, anche in quei (magari rari, ma comunque possibili) casi in cui non debbano più essere reputati in concreto socialmente pericolosi.

Per di più, rispetto all’ergastolo ostativo sarebbe certamente invocabile quale parametro di costituzionalità, in aggiunta agli artt. 3 e 27 c. 3 Cost., **l’art. 117 Cost.**, atteso che la sentenza *Viola c. Italia* nel decretare l’incompatibilità di questo istituto con l’art. 3 Cedu ha chiaramente accertato un **vizio strutturale del nostro ordinamento**, la cui rimozione – attraverso un intervento che deve avere carattere generale – sembrerebbe esigere un ulteriore intervento del nostro giudice delle leggi.

11. In alternativa a nuovi interventi della Consulta, **potrebbe essere lo stesso legislatore**, per una volta, **a intervenire**, modificando la disciplina di cui all’art. 4-*bis* c. 1 ord. pen. in modo da renderla compatibile e con la Costituzione, e con la Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Una **proposta di legge** in tal senso, in realtà, è stata elaborata già nel 2013 dalla **Commissione Palazzo** ed è oggi all’esame della Commissione Giustizia della Camera[20]: essa – anticipando di fatto l’intervento della Corte costituzionale – mira nello specifico «a trasformare l’attuale presunzione di non rieducatività in assenza di collaborazione da assoluta in relativa»[21], ammettendo che la preclusione all’accesso alle misure alternative e premiali possa venire meno «altresì nei casi in cui risulti che la mancata collaborazione non escluda il sussistere dei presupposti, diversi dalla collaborazione medesima, che permettono la concessione dei benefici summenzionati».

Certo, una tale riforma dovrebbe andare significativamente **controcorrente** rispetto agli indirizzi manifestati negli ultimi anni da un’importante parte della classe politica italiana, che con riguardo al diritto penale sanzionatorio si è fatta portatrice di (e ha al contempo alimentato)

istanze fortemente repressive, radicate in una vasta porzione dell'opinione pubblica. Le reazioni spiccatamente *polemiche* avute da diversi esponenti politici – tra cui alcuni membri dell'attuale Esecutivo – a seguito delle pronunce della Consulta e della Corte di Strasburgo non lasciano, per la verità, ben sperare con riguardo a un esito positivo di un simile percorso legislativo: non ci resta dunque che augurarci che il *vulnus* costituzionale e convenzionale rilevato da tali pronunce non venga ignorato o “aggirato” dal nostro legislatore, di questi tempi ben poco propenso ad attendere alle ragioni della rieducazione.

[1] Cass. pen, Sez. I, ordinanza del 20 novembre 2018 (dep. 20 dicembre 2018), n. 57913, con commento di M.C. Ubiali, [*Ergastolo ostativo e preclusione all'accesso ai permessi premio: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 3 e 27 Cost.*](#), in *Dir. pen. cont.*, 28 gennaio 2019.

[2] Trib. sorveglianza Perugia, ordinanza del 28 maggio 2019, pubblicata in G.U. Rep. Ita., I serie speciale, n. 34, 21 agosto 2019, 37 ss.

[3] La disciplina di cui all'art. 4-bis comma 1 ord. pen. – che, come si è detto, condiziona l'assegnazione al lavoro all'esterno e la concessione di permessi premio e misure alternative alla collaborazione con la giustizia del condannato – si applica invero a una pluralità di fattispecie, il cui numero è significativamente cresciuto dal 1991 a oggi: nello specifico, l'elenco comprende «delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza, delitti di cui agli articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319 bis, 319 ter, 319 quater, primo comma, 320, 321, 322, 322 bis, 416 bis e 416 ter del codice penale, delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, delitti di cui agli articoli 600, 600 bis, primo comma, 600 ter, primo e secondo comma, 601, 602, 609 octies e 630 del codice penale, all'articolo 12, commi 1 e 3, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni, all'articolo 291 quater del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, e all'articolo 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309».

[4] La norma così recita: «Permessi premio. 1. Ai condannati che hanno tenuto regolare condotta ai sensi del successivo comma 8 e che non risultano socialmente pericolose, il magistrato di sorveglianza, sentito il direttore dell'istituto, può concedere permessi premio di durata non superiore ogni volta a quindici giorni per consentire di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro. La durata dei permessi non può superare complessivamente quarantacinque giorni in ciascun anno di espiazione. (...)».

[5] Il riferimento è a Corte cost., sentenza del 25 marzo 2013 (dep. 29 marzo 2013), n. 57, con cui la Consulta ha riconosciuto l'illegittimità dell'art. 275 c. 3 c.p.p. nella parte in cui considerava la misura della custodia cautelare in carcere quale l'unica adeguata a soddisfare le esigenze cautelari anche nel caso di indagato o imputato per delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività di associazioni mafiose (ossia di un soggetto comunque estraneo rispetto alla compagine associativa criminale); e a Corte cost., sentenza del 25 febbraio 2015 (dep. 26 marzo 2015), n. 48, con cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per i soggetti indagati o imputati per concorso esterno in associazione mafiosa, di cui all'art. 275 c. 3 c.p.p.

- [6] Così in particolare Corte cost., sentenza del 25 marzo 2013 (dep. 29 marzo 2013), n. 57, § 4.2
- [7] Corte cost., sentenza del 22 ottobre 2014, n. 239, con cui la Consulta ha riconosciuto l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis c. 1 ord. pen. nella parte in cui includeva «fattispecie e misure alternative tra loro eterogenee» e più precisamente non escludeva dalla preclusione in parola la detenzione domiciliare speciale *ex art. 47-quinquies* ord. pen. per le madri di prole di età inferiore ai dieci anni e quella di cui all'art. 47-ter c. 1 lett. a) e b) per le donne incinte o le madri o i padri di prole di età inferiore ai dieci anni.
- [8] Corte cost., sentenza dell'8 marzo 2017 (dep. 12 aprile 2017), n. 76, con cui, similmente, veniva considerata illegittima la non concedibilità della detenzione domiciliare *ex art. 47-quinquies* c. 1-bis ord. pen. alle detenute madri.
- [9] Corte cost., sentenza del 21 giugno 2018 (dep. 11 luglio 2018), n. 149, con cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 58-quater c. 4 ord. pen. nella parte in cui precludeva l'accesso ai benefici penitenziari nei confronti dei soggetti condannati all'ergastolo per sequestro di persona a scopo di estorsione ovvero di terrorismo o eversione che avessero cagionato la morte del sequestrato i quali non avessero *effettivamente* espiato almeno ventisei anni di pena. In proposito cfr., per tutti, E. Dolcini, [Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo \(e di rieducazione del condannato\)](#), in *Dir. pen. cont.*, 18 luglio 2018.
- Più di recente, peraltro, la Corte costituzionale, con sentenza del 9 ottobre 2019 (dep. 8 novembre 2019), n. 229, ha dichiarato l'illegittimità di tale norma anche nella parte in cui precludeva l'accesso ai benefici ai soggetti condannati a pena temporanea per i medesimi reati prima che avessero effettivamente espiato almeno i due terzi della pena irrogata: in proposito si può rimandare a S. Bernardi, [Dalla Consulta un'ulteriore affermazione dei principi di flessibilità e progressività nell'esecuzione della pena detentiva: definitivamente smantellata la disciplina dell'art. 58-quater, co. 4 ord. penit.](#), in questa *Rivista*, 21 novembre 2019.
- [10] Corte eur. dir. uomo, sentenza del 13 giugno 2019, ric. n. 77633/16, Marcello Viola c. Italia (n. 2), definitiva dal 7 ottobre 2019. Per alcuni commenti a tale decisione può rimandarsi a E. Dolcini, *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2019, 925 ss.; D. Galliani – A. Pugiotto, *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo (A proposito della sentenza Viola v. Italia n. 2)*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, fasc. 4/2019, 191 ss.; V. Manca, *Le dichiarazioni della tutela dei diritti fondamentali dei detenuti nel dialogo tra le Corti: da Viola c. Italia alla attesa della Corte costituzionale*, in *Arch. pen. (web)*, fasc. 2/2019, 1 ss.; M.S. Mori – V. Alberta, *Prime osservazioni sulla sentenza Marcello Viola c. Italia (n.2) in materia di ergastolo ostativo*, in *Giur. Pen. (web)*, 6/2019, 1 ss.; M. Pelissero, *Verso il superamento dell'ergastolo ostativo: gli effetti della sentenza Viola c. Italia sulla disciplina delle preclusioni in materia di benefici penitenziari*, in *SIDIBlog*, 21 giugno 2019; S. Santini, [Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta "via di scampo": dalla Corte di Strasburgo un monito al rispetto della dignità umana](#), in *Dir. pen. cont.*, 1° luglio 2019.
- [11] Si ricorda infatti che ai sensi dell'art. 176 c. 3 c.p. l'ergastolano "comune" può accedere alla liberazione condizionale trascorsi ventisei anni di pena, purché ovviamente ne sussistano in concreto i requisiti. Allo stato, dunque, nel nostro ordinamento l'ergastolo ha i tratti di una pena *de iure* e *de facto* perpetua solo con riferimento all'ergastolano ostativo non collaborante. Sul problema della compatibilità con l'art. 27 Cost. della pena dell'ergastolo, in generale, e dell'ergastolo ostativo, in particolare, cfr. per tutti E. Dolcini, [La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni](#), in A.A.VV., *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Torino, 2019, 11 ss., oltre che in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2018, 1 ss.
- [12] Non è purtroppo questo il luogo adatto per dar conto dello sviluppo giurisprudenziale della Corte europea in tema di art. 3 Cedu e pena perpetua; ci limiteremo pertanto a ricordare che, a partire dalla sentenza della Grande Camera del 12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro*, la Corte ha

costantemente ribadito il principio per cui la pena dell'ergastolo, di per sé non incompatibile con la Convenzione, ammonta tuttavia a trattamento inumano e degradante in tutti i casi in cui l'ordinamento interno non assicuri al condannato nessuna reale prospettiva, *de iure* o *de facto*, di essere rimesso in libertà una volta che la protrazione della detenzione non appaia più sorretta da nessuna ragione giustificatrice, né di ordine punitivo, né di ordine preventivo. Vero *leading case* in questa materia è un'ulteriore pronuncia della Grande Camera, emessa il 9 luglio 2013 nel caso *Vinter e a. c. Regno Unito*, con cui la Corte ha censurato per incompatibilità con la Convenzione l'istituto del *whole life order* inglese, affermando la necessità che l'ordinamento interno assicuri al condannato a pena perpetua la possibilità, trascorso un congruo periodo di detenzione, di chiedere e ottenere una revisione della propria situazione in vista di una possibile liberazione. Dei medesimi principi è stata successivamente fatta applicazione più volte da parte della Corte europea – ricordiamo, tra tutte, due ulteriori sentenze della Grande Camera, emesse il 26 aprile 2016, nel caso *Murray c. Paesi Bassi*, e il 17 gennaio 2017, nel caso *Hutchinson c. Regno Unito* – da ultimo, per l'appunto, con la pronuncia *Viola c. Italia*. Per una più accurata trattazione su questo tema di può rimandare, per tutti, a D. Galliani – A. Pugiotto, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in AA.VV., *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Torino, 2019, 169 ss., e a P. Pinto de Albuquerque, *L'ergastolo e il diritto europeo alla speranza*, *ibidem*, 221 ss.

[13] Meccanismi propriamente premiali sono del resto già associati alla collaborazione con la giustizia nell'ambito del "doppio binario penitenziario": ai sensi dell'art. 58-ter c. 1 ord. pen., infatti, ai condannati per i delitti di cui al 4-bis che collaborino con la giustizia non si applicano gli ordinari limiti di pena previsti in materia di lavoro all'esterno, di permessi premio e di semilibertà dagli artt. 21 c. 1, 30-ter c. 4 e 50 c. 2 ord. pen., il che significa che costoro possono godere immediatamente di tali misure, senza dover previamente scontare una parte della pena irrogata.

[14] Del resto, si legge nella stessa Corte cost., sentenza del 21 giugno 2018 (dep. 11 luglio 2018), n. 149, § 7, che «una volta che il condannato (...) abbia raggiunto, nell'espiazione della propria pena, soglie temporali ragionevolmente fissate dal legislatore, e abbia dato prova di positiva partecipazione al percorso rieducativo, eventuali preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari possono dunque legittimarsi sul piano costituzionale soltanto laddove presuppongano pur sempre valutazioni individuali, da parte dei competenti organi giurisdizionali, relative alla sussistenza di ragioni ostative di ordine specialpreventivo – sub specie di perdurante pericolosità sociale del condannato».

[15] Corte cost., sentenza dell'11 giugno 1993 (dep. 7 agosto 1993), n. 306, §§ 9 e 11.

[16] Corte cost., sentenza del 5 luglio 2001 (dep. 20 luglio 2001), n. 273, § 5.

[17] Corte cost., sentenza del 9 aprile 2003 (dep. 24 aprile 2003), n. 135, § 4.

[18] Così Corte eur. dir. uomo, sentenza del 13 giugno 2019, ric. n. 77633/16, Marcello Viola c. Italia (n. 2), §§ 118 e 120.

[19] Possiamo richiamare, per tutti, i contributi recentemente pubblicati in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1495 ss., nella sezione "Commenti e dibattiti" sotto il titolo *Ergastolo 'ostativo': profili di incostituzionalità e di incompatibilità convenzionale. Un dibattito. Contributi al seminario di studi svoltosi il 16 novembre 2017 presso l'Università degli Studi di Milano*; in G. Brunelli – A. Pugiotto – P. Veronesi (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti. Atti del Seminario. Ferrara, 27 settembre 2019*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, fasc. 10/2019; oltre che in A.A.VV., *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Torino, 2019, 11 ss.

[20] Trattasi della proposta di legge C.1925 della XVIII Legislatura, dal titolo «Modifiche agli articoli 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e 2 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, in materia di revisione delle

norme sul divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia», presentata dall'on. Vincenzo Bruno Bossio. Il testo della proposta elaborata dalla Commissione Palazzo può essere consultato su [Dir. pen. cont., 19 febbraio 2014](#).

[21] Così F. Palazzo, *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali*, in *Dir. pen. cont.*, 10 febbraio 2014.

* * * * *

L'ostatività ai benefici penitenziari non può operare nei confronti dei condannati minorenni: costituzionalmente illegittimo l'art. 2 comma 3 d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121

[Corte cost., sent. 5 novembre 2019 \(dep. 6 dicembre 2019\), n. 263, Pres. Carosi, Red. Amato](#)

di Silvia Bernardi

1. Con la sentenza indicata in epigrafe, la Corte costituzionale ha dichiarato l'**illegittimità costituzionale dell'art. 2 comma 3 d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121** (recante «Disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni, in attuazione della delega di cui all'art. 1, commi 82, 83 e 85, lettera p), della legge 23 giugno 2017, n. 103»), stabilendo che la disciplina prevista dall'**art. 4-bis comma 1 ord. pen.** per i reati "ostativi" **non** può applicarsi con riguardo alla concessione delle misure penali di comunità e dei permessi premio nei confronti dei **condannati minorenni**.

La disposizione censurata – che, nel contesto della riforma dell'esecuzione penale minorile, estendeva ai minori la regola per cui i condannati per reati di criminalità organizzata o altri gravi delitti possono accedere alle misure alternative e premiali solo attraverso la **collaborazione con la giustizia**, salvi i casi di collaborazione irrilevante e impossibile – contrasta infatti con l'**art. 76 Cost.**, da un lato, e con gli **artt. 27 c. 3 e 31 c. 2 Cost.**, dall'altro.

La pronuncia in esame segue di pochi giorni quella – di cui abbiamo già dato conto su *questa Rivista*[1] – con cui la Consulta (nella **sentenza n. 253 del 2019**) ha dichiarato la **parziale illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis comma 1 ord. pen.**, nella parte in cui configura una preclusione assoluta all'accesso ai **permessi premio** per i condannati per reati ostativi non collaboranti anche qualora siano in concreto emersi elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o il pericolo di un loro ripristino. Se però in quell'occasione la Corte ha ritenuto necessario trasformare la presunzione di pericolosità sottostante alla disciplina di cui all'art. 4-bis c. 1 ord. pen. da assoluta a relativa, aprendo alla possibilità di dimostrare l'assenza di pericolosità sociale del detenuto anche in caso di mancata collaborazione, stavolta l'**intervento** del giudice delle leggi è **ancora più pervasivo**: nei confronti dei condannati minorenni detta **presunzione** viene infatti **integralmente caducata**, facendo venir meno la preclusione con riguardo a tutte le misure alternative e premiali previste dal d.lgs. n. 121 del 2018.

Data la rilevanza della pronuncia, ci sembra utile ripercorrerne in questa sede i passaggi fondamentali, auspicando che questa *Rivista* possa in futuro ospitare contributi di maggiore approfondimento sul tema.

2. Le censure di legittimità aventi a oggetto l'art. 2 c. 3 del d.lgs. 121 del 2018 sono state sollevate dal Tribunale per i minorenni di Reggio Calabria, in funzione di tribunale di sorveglianza, a fronte della presentazione di un'istanza di concessione della detenzione domiciliare da parte di un detenuto che, condannato a cinque anni di detenzione per il delitto di cui all'art. 416-bis c.p. e reati in materia di armi commessi quand'era minorenne, doveva scontare una pena residua pari a un anno, cinque mesi e quattordici giorni di reclusione. Trattandosi di un soggetto che **non aveva collaborato con la giustizia**, tuttavia, la possibilità di ammetterlo a misure di comunità appariva legalmente preclusa.

Secondo il giudice *a quo*, nondimeno, siffatta disciplina violava diverse norme e principi costituzionali.

In primo luogo, essa ledeva l'art. 76 Cost. in quanto contrastava con i **principi e criteri direttivi posti dall'art. 85, lett. p), nn. 5) e 6), della legge-delega n. 103 del 2017**; in base a tale previsione, infatti, la riforma organica del sistema di esecuzione penale minorile doveva perseguire gli obiettivi di «ampliamento dei criteri per l'accesso alle misure alternative alla detenzione» e di «eliminazione di ogni automatismo e preclusione per la revoca o per la concessione dei benefici penitenziari, in contrasto con la funzione rieducativa della pena e con il principio dell'individuazione del trattamento».

In secondo luogo, la preclusione in parola, fondata su una presunzione (assoluta) di pericolosità radicata esclusivamente sul titolo di reato commesso, violava il **principio di rieducazione** del condannato di cui all'art. 27 c. 3 Cost., il quale, letto in connessione con gli artt. 2, 3 e 31 c. 2 Cost., esprimerebbe l'esigenza «di valutazioni, da parte dello stesso giudice, fondate su **prognosi individualizzate** in funzione del recupero del minore deviante».

Da ultimo, secondo il rimettente tale disciplina contrastava altresì con l'art. 117 c. 1 Cost., con riferimento alla **direttiva 2016/800/UE** e all'art. 49 § 3 della **Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea**: la richiamata direttiva, infatti, vincola espressamente il legislatore nazionale a garantire al minore – nell'ambito del procedimento penale – il diritto a una valutazione individuale (art. 7), la maggiore limitazione possibile del tempo trascorso in privazione della libertà personale (art. 10) e il ricorso, ogniqualvolta possibile, a misure alternative alla detenzione (art. 11); l'art. 49 § 3 della Carta di Nizza, invece, stabilisce i principi di proporzionalità e di flessibilità del trattamento sanzionatorio.

3. In via preliminare, la Consulta **respinge l'eccezione di inammissibilità** avanzata dall'Avvocatura dello Stato, secondo la quale il giudice *a quo* avrebbe dovuto censurare non l'art. 2 c. 3 del d.lgs. n. 121 del 2018, quanto piuttosto l'art. 4 c. 4 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, che già prevedeva l'operatività dell'art. 4-bis ord. pen. – contestualmente introdotto nella legge sull'ordinamento penitenziario – anche nei confronti dei condannati per reati commessi durante la minore età.

Osserva infatti la Corte che, benché la preclusione in parola si applicasse ai condannati minorenni già prima dell'intervento del 2018, il fatto che il legislatore abbia appositamente scelto di riprodurla nell'ambito della riforma organica del sistema di esecuzione penale minorile^[2] attribuisce a tale previsione **carattere innovativo e non meramente ricognitivo**; correttamente, dunque, essa è stata indicata dal rimettente quale oggetto delle individuate censure di legittimità.

4. Passando all'esame nel merito, il giudice costituzionale considera anzitutto **fondata** la questione sollevata con riferimento all'art. 76 Cost. Viene messo in luce, in proposito, come il d.lgs. n. 121 del 2018 costituisca «l'**approdo di un processo evolutivo** che si snoda nel corso di alcuni decenni», processo che ha visto succedersi diversi interventi della Corte costituzionale

volti a modellare taluni aspetti della fase esecutiva della pena in maniera maggiormente conforme alle esigenze dei condannati minori: a partire dalla **sentenza n. 168 del 1994**, con cui venne dichiarato illegittimo l'ergastolo per i soggetti infradiciottenni[3], fino alla più recente **sentenza n. 90 del 2017**, con cui si è accertata l'illegittimità dell'art. 656 c. 9 lett. a) c.p.p. nella parte in cui impediva la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva nei confronti dei minorenni condannati per reati ostativi[4]. Delle istanze sottese a tale evoluzione si era del resto fatta correttamente portatrice la **legge-delega n. 103 del 2017**, che, come già ricordato sopra, gettava le basi per un nuovo modello di esecuzione penale minorile improntato alla **massima espansione delle misure alternative e di comunità** e all'**eliminazione di automatismi o preclusioni** che impedissero la piena individualizzazione del trattamento penitenziario del minore.

Ciò nondimeno, confermando l'applicabilità della preclusione di cui all'art. 4-bis c. 1 ord. pen. anche sul terreno dell'esecuzione penale minorile, la norma censurata si poneva «in **aperta distonia** non solo rispetto al senso complessivo dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale in tema di esecuzione minorile, ma anche con le **direttive impartite dal legislatore delegante**»; palese, dunque, la violazione dei principi e criteri direttivi impartiti dalla legge delega, e con essi dell'art. 76 Cost.

5. Fondata è anche la questione di legittimità concernente la violazione degli **artt. 27 c. 3 e 31 c. 2 Cost.**; secondo la Corte, infatti, l'operatività della preclusione di cui all'art. 4-bis c. 1 ord. pen. determinava la prevalenza delle finalità di prevenzione generale e di difesa sociale su quelle di educazione e risocializzazione, con conseguente violazione dei principi di proporzionalità e individualizzazione della pena che presiedono al nuovo ordinamento penitenziario minorile.

A sostegno di tale conclusione viene peraltro ricordato che (anche con riferimento ai detenuti adulti) l'illegittimità della preclusione in questione per contrasto con gli artt. 3 e 27 c. 3 Cost. è stata appena riconosciuta dalla Corte costituzionale con la citata **sentenza n. 253 del 2019**, benché solo con riferimento ai permessi premio[5]: non vi sono pertanto dubbi circa il **contrasto** di tale modello decisorio con la **finalità rieducativa del condannato**, che nei casi in cui l'esecuzione della pena concerna reati commessi da minorenni «si pone **in termini ancora più gravi**», atteso che con riferimento ai soggetti minori di età tale finalità «è da considerarsi, se non esclusiva, certamente preminente». In questo senso già deponeva, del resto, la richiamata sentenza n. 90 del 2017, che aveva censurato la mancata concessione della sospensione dell'esecuzione della pena nei confronti dei minori proprio alla luce dei principi di cui agli artt. 27 e 31 Cost.[6]

6. La Consulta, invece, non prende in considerazione le censure inerenti alla violazione dell'**art. 117 Cost.**, considerate **assorbite** nelle questioni già accolte.

7. In conclusione, sancita l'illegittimità dell'art. 2 c. 3 del d.lgs. 121 del 2018 per contrasto con gli artt. 76, 27 e 31 Cost., è oggi integralmente venuta meno nel nostro ordinamento la possibilità di applicare la disciplina prevista dall'art. 4-bis c. 1 ord. pen. nel caso di reati ostativi commessi da minori. Come si diceva in apertura, la Corte costituzionale ha con ciò chiarito che in questo settore **non può essere lasciato spazio a presunzioni di pericolosità di sorta**, nemmeno se relative.

Questo certamente non significa, come precisa la stessa Consulta, che nei confronti dei condannati minori la fruibilità dei benefici ora sia sempre dovuta: al contrario, sarà il tribunale di sorveglianza a valutare caso per caso, senza stringenti vincoli legali, la pericolosità sociale del condannato e l'effettiva meritevolezza delle misure extramurarie, tenendo opportunamente

conto «delle ragioni della mancata collaborazione, delle condotte concretamente riparative e dei progressi compiuti nell'ambito del percorso riabilitativo».

[1] Si rinvia in proposito a S. Bernardi, *Per la Consulta la presunzione di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia è legittima solo se relativa: cade la preclusione assoluta all'accesso ai permessi premio ex art. 4-bis comma 1 ord. pen.*, in questa *Rivista*, 28 gennaio 2019.

[2] In merito alla quale può rimandarsi, per una ricostruzione nel dettaglio, al contributo di L. Caraceni, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in *Dir. pen. cont.*, 16 novembre 2018.

[3] Corte cost., sent. 27 aprile 1994 (dep. 28 aprile 1994), n. 168.

[4] Corte cost., sent. 22 febbraio 2017 (dep. 28 aprile 2017), n. 90, rispetto alla quale può rimandarsi al commento di F. Manfredini, *Verso l'esecuzione penale minorile: la Consulta dichiara illegittime le ipotesi ostative alla sospensione dell'ordine di carcerazione*, in *Dir. pen. cont.*, 4 luglio 2017. Le altre pronunce richiamate dalla Consulta quali ulteriori "tappe" di questo percorso evolutivo sono: Corte cost., sent. 5 aprile 1995 (dep. 14 aprile 1995), n. 125; Corte cost., sent. 9 aprile 1997 (dep. 22 aprile 1997), n. 109; Corte cost., sent. 10 dicembre 1997 (dep. 17 dicembre 1997), n. 403; Corte cost., sent. 12 febbraio 1998 (dep. 18 febbraio 1998), n. 16; Corte cost., sent. 16 dicembre 1998 (dep. 30 dicembre 1998), n. 450; Corte cost., sent. 22 novembre 1999 (dep. 1 dicembre 1999), n. 436.

[5] Contrasto ritenuto sussistente sia «perché all'assolutezza della presunzione sono sottese esigenze investigative, di politica criminale e di sicurezza collettiva che incidono sull'ordinario svolgersi dell'esecuzione della pena, con conseguenze afflittive ulteriori a carico del detenuto non collaborante», sia «perché tale assolutezza impedisce di valutare il percorso carcerario del condannato, in contrasto con la funzione rieducativa della pena, intesa come recupero del reo alla vita sociale, ai sensi dell'art. 27, terzo comma, Cost.»; per un'analisi più dettagliata degli argomenti alla base della decisione di accoglimento di cui alla sentenza n. 253 del 2019 può rimandarsi a S. Bernardi, *Per la Consulta la presunzione di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia è legittima solo se relativa*, cit.

[6] In quella sede, infatti, la Consulta ha ricordato l'«esigenza di specifica individualizzazione e flessibilità del trattamento che l'evolutivezza della personalità del minore e la preminenza della funzione rieducativa richiedono», censurando l'art. 656 c. 9 lett. a) c.p.p. – nella parte in cui applicava al condannato per reati commessi da minorenne – alla luce del fatto che tale norma si fondava su una presunzione di pericolosità esclusivamente radicata sul titolo di reato commesso, la quale cioè impediva agli organi giurisdizionali di effettuare una valutazione nel merito del singolo caso concreto e, conseguentemente, di valorizzare le specifiche esigenze educative del condannato: in questo senso cfr. sempre F. Manfredini, *Verso l'esecuzione penale minorile*, cit.

* * * * *

**La sicurezza sul lavoro ai tempi dell'Ilva, atto secondo:
il Riesame di Taranto concede la proroga di utilizzo dell'Altoforno**

Tribunale di Taranto, I sez. penale, Ord. 7 gennaio 2020, Pres. Licci, Est. Caroli

di Stefano Zirulia

1. Pubblichiamo l'ordinanza del Tribunale del riesame di Taranto che il 7 gennaio 2020 ha **accolto l'appello presentato dai legali della società Ilva in amministrazione straordinaria** avverso la pronuncia con la quale, lo scorso dicembre, il giudice monocratico aveva respinto l'istanza di **proroga della facoltà d'uso dell'altoforno n. 2**, sequestrato nell'ambito di un procedimento per omicidio colposo e omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro attualmente pendente in fase dibattimentale. Per effetto del provvedimento in esame gli amministratori avranno a disposizione **ulteriori 14 mesi** (decorrenti dal 19.11.2019) **per installare le misure di sicurezza** prescritte nel 2015 dalla Procura di Taranto congiuntamente alla concessione della facoltà d'uso ex art. 85 disp. att. c.p.p.; misure **finalizzate ad automatizzare mansioni pericolose che tuttora vengono svolte manualmente dagli operai**. Nel dettaglio, il Riesame ha concesso «9 mesi per l'attivazione del caricatore automatico della massa a tappare nella Mat; 10 mesi per l'attivazione del campionatore automatico della ghisa; 14 mesi per l'attivazione del caricatore delle aste della Maf e sostituzione della Maf».

2. Questa Rivista ha già dato conto delle motivazioni che avevano indotto il primo giudice interrogato a negare il proprio consenso alla proroga della facoltà d'uso (sul punto sia consentito rinviare a S. Zirulia, [*La sicurezza sul lavoro ai tempi dell'Ilva: il Tribunale di Taranto respinge la richiesta di prorogare la facoltà d'uso dell'altoforno*](#), 23.12.2019); nonché del più ampio contesto all'interno di quale si colloca il "filone sicurezza sul lavoro" del complesso *affaire* relativo all'acciaieria ionica (cfr. S. Zirulia, [*La \(perenne\) crisi dell'Ilva e il c.d. scudo penale: tra reati ambientali e sicurezza sul lavoro*](#), 18.11.2019).

Rinviando a tali contributi per ulteriori dettagli, di seguito verranno sinteticamente illustrate le **motivazioni poste dal Riesame alla base della decisione** di riformare la decisione di segno contrario resa dal giudice di prime cure.

3. Anzitutto, secondo il collegio, **il primo giudice non ha tenuto conto che il termine concesso ad Ilva fino al momento della richiesta di proroga è stato sfruttato per adempiere almeno in parte le prescrizioni impartite dalla Procura nel 2015**, portando a compimento la prescrizione n. 1, ossia la valutazione del rischio, e almeno parzialmente la prescrizione n. 5, relativa all'aggiornamento delle pratiche operative. Inoltre, ad avviso del collegio sussistono ulteriori elementi che dimostrano «la fattiva e concreta volontà di Ilva [...] di adempiere nel più breve tempo possibile alle prescrizioni residue»: in particolare, **gli amministratori straordinari hanno commissionato e ordinato la realizzazione delle opere necessarie alla completa automazione delle operazioni del foro di colata alla società Paul Wurth s.p.a., pagando circa un terzo del relativo costo**.

4. Il cuore del provvedimento di Riesame è peraltro costituito dal passaggio in cui **il collegio rimprovera al giudice di prime cure di avere sopravvalutato il rischio connesso alla perdurante marcia dell'altoforno n. 2**.

Osserva al riguardo il Riesame che «i consulenti RMS di Ilva hanno quantificato in 6 eventi $\times 10^{-4}$ anni (si legga “sei per dieci alla meno quattro”, ossia **6 eventi in 10.000 anni**) il rischio che, in presenza di un operatore, si verifichi nell’altoforno n. 2 una fiammata analoga a quella che uccise Alessandro Morricella». L’ordinanza soggiunge, poi, che il custode giudiziario dell’altoforno «invece ha stimato in 6×10^{-3} (ossia **6 eventi in 1.000 anni**) l’analogo rischio». Anche adottando questa seconda e più pessimistica previsione – prosegue l’ordinanza – «i dati appena illustrati consentono dunque di **porre idealmente sul piatto della bilancia questa prima cifra** (rischio pari a 0,0006 nel prossimo anno), **sull’altro invece il danno derivante con certezza per Ilva s.p.a. dall’anticipazione del fine vita dell’altoforno (al gennaio 2020 anziché a fine 2023), cui sommare gli ulteriori danni della perdita di quote di mercato e delle ampie ricadute occupazionali**». Ecco allora – conclude il collegio – che «il bilanciamento in esame può dunque risolversi, allo stato degli atti, in termini favorevoli all’accoglimento dell’istanza di proroga della facoltà d’uso dell’altoforno n. 2».

A supporto di tale conclusione vengono altresì richiamate le **sentenze della Corte Costituzionale sui decreti salva-Ilva** (sent. n. 85 del 2013 e n. 58 del 2018), **dalle quali il collegio ricava ulteriori indicazioni per procedere alla formulazione del bilanciamento di interessi in questione**: non rimettere alla stessa Ilva le scelte in ordine alla definizione delle opere necessarie alla messa in sicurezza (requisito nelle specie soddisfatto, trattandosi delle misure prescritte nel 2015 dalla Procura); imporre la tempestività dell’adempimento (concedendo soltanto i tempi «*strettamente necessari*» all’installazione delle opere); definire con precisione quali misure debbano essere adottate (nel caso di specie, «*l’automazione delle operazioni del campo di colata*»).

5. Infine, rispetto all’argomento del giudice di prime cure secondo cui ulteriori concessioni dovevano considerarsi inammissibili anche in ragione dei colpevoli ritardi di Ilva nell’adottare le prescrizioni della Procura (ritardi riconosciuti anche dal Riesame in occasione della concessione della precedente proroga), il collegio osserva perentoriamente che «**i rischi trascorsi sono inesistenti e non devono pesare sull’attuale giudizio di bilanciamento**».

La visuale retrospettiva risulterebbe inoltre «incompleta poiché, mentre pone l’accento sui rischi per i lavoratori già tollerati, non considera che dal 2015 ad oggi – senza che sia accaduto alcun infortunio – è stata consentita la produzione di un ente che ex d.l. n. 207 del 2012 è “di importanza strategica nazionale”». Ancora, negare la proroga sortirebbe «l’effetto paradossale di dichiarare lo spegnimento di quello tra i tre altoforni attivi che ha subito il più intenso processo di messa in sicurezza e di vanificare – proprio a ridosso del raggiungimento del risultato – l’impegno per la messa in sicurezza sinora profuso da Ilva in a.s.».

Secondo il Riesame, in definitiva, «**l’unica visuale consentita al giudice della cautela è il margine di rischio futuro, connesso all’eventuale accoglimento dell’istanza**». La circostanza che i precedenti termini non siano stati rispettati non può essere inquadrata in quella che l’ordinanza definisce «una logica decadenziale», ossia «come se dall’ordinamento normativo potesse arguirsi un limite – precostituito in astratto – alla facoltà d’uso ex art. 85 disp. att. c.p.p., oltre al quale necessariamente nulla potrebbe concedersi». Ciò in quanto «il limite esiste ma deve essere ricercato nell’analisi del caso concreto, dunque **aggiornando il giudizio alla documentata progressiva riduzione del rischio ed all’altrettanto documentata irriducibile tempistica dell’automazione delle operazioni inerenti il foro di colata**». Alla luce di tali ragioni l’ordinanza concede la proroga richiesta, prescrivendo il rispetto delle tempistiche già ricordate nell’incipit della presente scheda.

* * *

6. Chi scrive aveva già avuto occasione di esprimere le proprie considerazioni adesive rispetto alla posizione espressa dall’ordinanza del giudice monocratico che aveva inizialmente

respinto l'istanza di proroga di utilizzo dell'altoforno (cfr. S. Zirulia, *La sicurezza sul lavoro ai tempi dell'Ilva*, cit.); considerazioni **alle quali qui si intende rinviare in chiave critica** rispetto alla divergente posizione espressa dal Tribunale del riesame.

Gli argomenti formulati dai giudici d'appello nel provvedimento qui in esame stimolano peraltro alcune ulteriori riflessioni. Tralasciando, per motivi di spazio, alcune possibili criticità nei passaggi relativi alla valutazione del rischio (dove, a ben vedere, il collegio omette di confrontarsi *funditus* con il diverso approccio di tipo qualitativo – anziché matematico-quantitativo – adottato dal giudice di prime cure^[1]), nel prosieguo ci si soffermerà, ancorché brevemente, sul problematico **ruolo assunto dalla magistratura tarantina** (da ultimo attraverso il provvedimento in esame) **nella ricostruzione** (o forse dovremmo dire nella *definizione*) **dei margini di rischio che l'ordinamento è disposto a tollerare in nome di esigenze produttive di carattere strategico**. Anzi, forse è proprio questo ordine di riflessioni, che pure in questa sede ci si può soltanto limitare ad abbozzare, il lascito più significativo (e per certi aspetti preoccupante) della tormentata vicenda che ruota attorno alla facoltà d'uso dell'altoforno sequestrato nell'ormai lontano 2015 e che nondimeno ha continuato a marciare fino ad oggi.

Come è noto, il tema del rischio consentito attraversa fin dalle origini l'intera vicenda giudiziaria dell'Ilva di Taranto: **il delicato bilanciamento tra il diritto alla salute di lavoratori e residenti, da un lato, e le esigenze produttive ed occupazionali, dall'altro lato, ha prodotto a partire dal 2012** (quando cioè l'acciaieria è stata posta sotto sequestro preventivo nell'ambito del "filone ambientale") **una fitta legislazione "salva-Ilva"**, il cui *fil rouge* è rappresentato dal tentativo dei Governi che via via si sono succeduti di cristallizzare *ex lege* punti di equilibrio provvisori, volti a garantire continuità all'esercizio dell'attività industriale, scandendo al contempo una tabella di marcia (non priva di criticità, specie in punto di mancato rispetto delle relative tempistiche) protesa verso il risanamento ambientale.

La vicenda dell'altoforno ha, per certi aspetti, finito per rovesciare questo rapporto tra Governo e potere giudiziario. Il primo, dopo la sentenza della Consulta che nel 2018 ha bocciato la legislazione "salva-Ilva" in materia di sicurezza sul lavoro (sent. n. 58 del 2018), sembra avere rinunciato in tale settore al *modus operandi* della decretazione provvisoria (che invece tuttora garantisce la continuità della produzione sterilizzando il sequestro preventivo disposto per i reati ambientali). **La magistratura, dal canto suo, concedendo una facoltà d'uso dell'altoforno che ormai si protrae "provvisoriamente" dal 2015, ha finito per farsi carico della definizione del quantum di rischio tollerabile per gli adetti a determinate mansioni dell'area a caldo**.

È vero che l'art. 85 disp. att. c.p.p. affida proprio alla giurisdizione il delicato compito di valutare l'*an* della restituzione della *res* sequestrata, nonché di prescrivere tempi e modalità della riduzione del *periculum in mora* ad essa connesso; ma – si badi – tale facoltà trova nella stessa disposizione codicistica un preciso limite, nel senso che laddove le prescrizioni non siano portate a termine entro i tempi previsti, la procedura restitutoria non può considerarsi perfezionata e gli effetti ablatori del sequestro devono logicamente riespandersi. Ciò non preclude, in linea di principio, che vengano concesse delle proroghe per portare a compimento le prescrizioni; ma al contempo è evidente che **i tempi supplementari non possano allungarsi *sine die*, o comunque per una durata macroscopicamente superiore a quanto originariamente concesso, poiché ciò finirebbe per contraddire la *ratio* stessa dell'istituto, intimamente allacciata alla sua provvisorietà**. Rispetto al caso di specie, anche ammettendo (come rilevato dal Riesame) che le tempistiche dettate dalla Procura nel 2015 non si riferissero all'effettiva realizzazione delle opere di automazione bensì soltanto alla loro progettazione, **nessuno ha mai ipotizzato tempistiche di realizzazione anche solo avvicinabili agli oltre quattro anni ormai trascorsi ed ai più di cinque che trascorreranno per effetto della proroga da ultimo concessa**.

Proprio qui si rinviene, ad avviso di chi scrive, il principale punto debole dell'ordinanza in commento, rappresentato dal passaggio in cui essa **cancella espressamente la rilevanza del rischio trascorso, definendolo "inesistente"**: un'affermazione forse scontata dal punto di vista fenomenologico (un rischio che non si concretizza è *come se* non fosse mai esistito), ma assai problematica sotto il profilo giuridico, nella misura in cui non tiene conto del fatto che – come poc'anzi ricordato – l'inutile trascorrere del tempo, senza cioè che le prescrizioni impartite vengano completamente attuate, non può non accompagnarsi – prima o poi – alla revoca del beneficio. L'impressione, in altre parole, è che **soltanto espungendo il fattore temporale dal giudizio di bilanciamento il Riesame abbia potuto ritenere che la concessione dell'ennesima proroga corrispondesse ad un nuovo punto di equilibrio tra le contrapposte esigenze**. Così facendo, tuttavia, il collegio si è sganciato dai binari dell'art. 85 disp. att. c.p.p. e si è allontanato dal paradigma della discrezionalità tecnica, ancorata a sicuri riferimenti normativi, proprio della giurisdizione in senso stretto; per avventurarsi su sentieri ontologicamente più vicini a quei **contemperamenti costi-benefici spettanti al legislatore** (e che in effetti in più occasioni il governo ha effettuato attraverso la decretazione d'urgenza "salva-Ilva"). Ancora una volta, dunque, le vicende dell'Ilva lasciano le proprie tracce sull'accidentato terreno dove il diritto penale incontra il principio di separazione dei poteri, suscitando **interrogativi destinati, per ora, a rimanere senza risposta**: per quanto tempo ancora si potrà prorogare l'esercizio di lavorazioni oggettivamente insicure? Può esistere un'area di rischio "consentito in via giudiziaria"? E soprattutto: chi dovrebbe rispondere di eventuali incidenti che malauguratamente dovessero verificarsi nelle more dell'adeguamento, eventi dei quali tutto si potrà dire fuorché che non fossero prevedibili in concreto?

[1] Si rinvia, per tale diversa impostazione, alle pp. 8-15 del [provvedimento riformato](#).

* * * * *

**La Cassazione si confronta, sia pure in fase cautelare,
con la nuova fattispecie di 'tortura' (art. 613 bis c.p.)**

Cass., Sez. I, sent. 15 maggio 2018 (dep. 1 agosto 2018), n. 37317, Pres. Iasillo, Est. Cocomello
Cass., Sez. V, sent. 8 luglio 2019 (dep. 20 novembre 2019), n. 47079, Pres. Vessicchelli, Est. Belmonte
Cass., Sez. V, sent. 11 ottobre 2019 (dep. 11 dicembre 2019), n. 50208, Pres. de Gregorio, Est. Borrelli

di Angela Colella

1. Con le tre sentenze in commento, la Suprema Corte si è finalmente confrontata, sia pure in fase cautelare, con la nuova fattispecie di tortura introdotta all'art. 613 bis c.p. dalla legge n. 110 del 2017.

2. La pronuncia più risalente in ordine di tempo (oltre che la più sintetica), è la **n. 37317**, resa dalla Prima Sezione il **15 maggio 2018**. A differenza delle altre, la stessa riguarda un caso che non ha avuto grande rilievo mediatico (quantomeno a livello nazionale), e che conviene pertanto

ricostruire nelle sue linee essenziali alla luce degli atti di indagine richiamati nella motivazione[1].

Come si legge nel secondo paragrafo del considerato in diritto, i due giovani indagati, dopo che la persona offesa era salita a bordo della propria autovettura, l'avevano minacciata con una pistola e l'avevano costretta a rimanere dentro l'auto e a raggiungere quindi la località appartata dove, agendo in concorso tra loro, ne avevano fatto bersaglio di umiliazioni e violenze. Più nel dettaglio, i due avevano ripetutamente percosso l'uomo oggetto dell'aggressione con un bastone, gli avevano fatto stendere la mano su un cordolo e poi lo avevano colpito sulle dita al fine di spezzarglielle, gli avevano tirato un bastone sui denti, rompendoglieli, gli avevano immerso più volte nell'acqua la testa avvolta in una coperta, come per affogarlo, e lo avevano infine umiliato, costringendolo a restare nudo e a pulire il suo stesso sangue.

Nel dichiarare inammissibile il primo motivo di ricorso, il Collegio ha anzitutto rilevato che, oltre a porre in essere una **condotta** correttamente qualificata come **crudele** (sulla base della particolare efferatezza, insensibilità e gratuità delle violenze inflitte, nonché dei comportamenti particolarmente umilianti la vittima, come quelli di urinarle addosso, farla restare nuda e costringerla a pulire il suo stesso sangue), gli indagati avevano altresì perpetrato nei suoi confronti **violenze e minacce gravi**, *“ossia condotte che, unitamente agli altri elementi materiali del reato, sono, comunque idonee a configurare, in alternativa all'aver agito con crudeltà, l'ipotesi delittuosa contestata”*.

Analogamente, andavano superate le censure della difesa in ordine alla sussistenza della condizione di minorata difesa della vittima, che nella previsione dell'art. 613 bis c.p. è contemplata come condizione alternativa allo stato di privazione della libertà personale. Nel caso di specie, infatti, la **privazione della libertà personale della vittima** doveva ritenersi certamente sussistente, considerato che il provvedimento del Tribunale del riesame aveva ritenuto assorbito in quello di tortura il reato di sequestro di persona originariamente contestato.

Contrariamente a quanto sostenuto da uno dei ricorrenti, infine, il provvedimento impugnato forniva, nella sua globale motivazione – come tale comprensiva anche della dettagliata e minuziosa descrizione del fatto, così come emergente dalle dichiarazioni della persona offesa e dagli altri atti di indagine – una puntuale ricognizione delle **acute sofferenze fisiche e psichiche** provocate alla persona offesa, tra le quali andavano certamente annoverati i colpi sulla mano finalizzati alla rottura delle dita, la bastonatura sui denti, l'immersione in acqua della testa avvolta in una coperta, e rispetto alle quali andava, altresì, valorizzata *“la durata del protrarsi della condotta”*.

4. A fronte di soluzioni senz'altro lineari e, come tali, in larga parte condivisibili, l'unico passaggio motivazionale che desta qualche perplessità è quello relativo al presunto **assorbimento nel delitto di tortura di quello di sequestro di persona**; una soluzione, questa, che la Prima Sezione della Cassazione *non* avalla espressamente, ma dalla quale neppure prende le distanze.

Alla luce della diversa oggettività giuridica dei due reati e del fatto che la privazione della libertà personale della vittima costituisce, *ove presente*, un *mero presupposto della condotta* punita dall'art. 613 bis c.p., sul quale non necessariamente si appunta alcun disvalore[2], non pare infatti di poter ravvisare tra quest'ultima norma e quelle di cui agli artt. 605, 630, 289 bis c.p. un rapporto inquadrabile alla luce dei principi di sussidiarietà o di consunzione, tale da giustificare la soluzione adottata dal Tribunale del riesame di Lecce.

Sulla base della ricostruzione in fatto offerta dalla Suprema Corte, nel caso di specie si sarebbe forse potuto giungere ad escludere il delitto di cui all'art. 605 c.p. non in virtù di un ipotetico assorbimento nel delitto di tortura, ma dell'orientamento, consolidato nella giurisprudenza di

legittimità, secondo cui per la configurabilità del suddetto reato occorre che la privazione della libertà personale si protragga *oltre il tempo necessario per la commissione del reato concorrente* (sia esso violenza sessuale, rapina, violenza sessuale di gruppo, o, appunto, tortura)[3].

5. La seconda pronuncia – la **n. 47079 dell'8 luglio 2019** – è senz'altro la più ambiziosa.

La Quinta Sezione della Corte di Cassazione si è espressa a seguito del ricorso proposto avverso l'ordinanza del 20 maggio 2019 del Tribunale della Libertà dei Minori di Taranto. La vicenda – alla quale la scorsa primavera anche i media nazionali hanno dato grande risalto, e da cui prende le mosse anche la terza delle sentenze in commento – è quella delle vessazioni perpetrate da un gruppo di giovani, la maggior parte dei quali minorenni, ai danni di un anziano disabile nel Comune di Manduria[4].

Come si legge nella parte motiva dedicata alla ricostruzione in fatto, il 5 aprile 2019 alcuni agenti della Polizia di Stato, sollecitati da numerosi vicini di casa che già da qualche settimana avevano effettuato segnalazioni ed esposti, erano intervenuti presso l'abitazione dello S., un uomo *“descritto come schivo e privo di contatti con l'esterno”*, che *“spesso si chiudeva in casa e non parlava con nessuno”*, il quale *“era da tempo bersaglio di spedizioni aggressive da parte di giovani ignoti”*, soprattutto in orario notturno.

Lo stesso S., raggiunto dal personale della Polizia di Stato, aveva confermato quanto dichiarato dai vicini, riferendo *“di essere schernito e aggredito da tempo da parte di ignoti che, in più occasioni, erano anche penetrati in casa sua, recentemente anche percuotendo la con mazze sulle mani, sui fianchi, sul ventre e sulle ginocchia; avevano distrutto suppellettili di casa e rubato trecento euro prima di fuggire”*, e aveva altresì chiarito che, non aveva sporto in precedenza denuncia *“perché provato fisicamente e per paura di ritorsioni”*.

In effetti, gli agenti giunti *in loco* avevano dato atto *“di averlo rinvenuto in casa in preda alla paura, in stato confusionale e in degradanti condizioni di trascuratezza igienica e di salute, avendo egli dichiarato di non mangiare da una settimana, neppure essendo uscito di casa per la spesa, per timore di imbattersi nei suoi aggressori”*, e così pure di aver riscontrato i danni al portone di casa, alle finestre e alle serrande.

Al momento dell'intervento, l'uomo, ricoverato d'urgenza per grave insufficienza renale, quindi sottoposto ad intervento chirurgico per accertata perforazione viscerale e infine deceduto il 23 aprile 2019, *“presentava anche evidenti tracce di sangue coagulato alle labbra, alle gengive tra i denti, compatibili con traumi pregressi, nonché ecchimosi estese a entrambi gli arti inferiori, riconducibili a percosse o cadute”*.

Nel rigettare i ricorsi, conformemente alle richieste del Procuratore Generale, la Quinta Sezione ha anzitutto rilevato come le doglianze relative alla riconducibilità dei fatti contestati allo schema legale della nuova fattispecie delittuosa di cui all'art. 613 bis c.p. fossero in buona parte giustificate *“dalla recente introduzione, nell'ordinamento, del delitto di tortura, e dal dibattito dottrinario che ne è seguito, nell'ambito del quale sono stati segnalati dai primi commentatori nodi interpretativi ancora non affrontati dalla giurisprudenza di legittimità”*: di qui, la necessità di un *“preliminare approccio analitico finalizzato a delineare, sul piano euristico, i contorni della fattispecie”*.

Dopo un breve richiamo ad alcune (per lo più risalenti) pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di art. 3 CEDU (per vero non tutte aventi ad oggetto fattispecie nelle quali i giudici di Strasburgo avevano ravvisato veri e propri atti di tortura), e dopo aver menzionato l'art. 13 co. 4 della Costituzione, la sentenza evidenzia come l'art. 613 bis c.p. si collochi tra i delitti contro la libertà individuale, *“e, più precisamente, in chiusura della sezione relativa ai delitti contro la libertà morale”*: in ragione della *sedes materiae* prescelta, il **bene giuridico tutelato** dal reato in esame deve dunque individuarsi nella cd. *“libertà morale o psichica, comunemente intesa come diritto dell'individuo di autodeterminarsi liberamente, in assenza di coercizioni psichiche”*.

La Corte ha poi preso atto della scelta del legislatore italiano “ di non identificare in via esclusiva la tortura con il reato proprio del funzionario pubblico, ma di includere nella nozione anche le condotte poste in essere da soggetti privi di qualifica”; una soluzione, questa, che “pur non condivisa da quanti ritengono che il fenomeno della tortura, nella sua essenza, includa esclusivamente i fatti di violenza fisica o morale perpetrati da pubblici ufficiali nei confronti di individui che, per varie ragioni, si trovano sottoposti al loro potere (cd. tortura di Stato), in tal senso deponendo sia la nozione storica di tortura, sia quella di diritto internazionale art. 1 della Convenzione ONU del 1984”, da un lato “tiene conto dell’esperienza proveniente dalla realtà criminologica che dimostra come la tortura possa assumere anche una dimensione inter-privatistica” e, dall’altro, “risulta maggiormente coerente con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, che interpreta il divieto di tortura di cui all’articolo 3 CEDU come riferito a tutti i soggetti dell’ordinamento, pubblici o privati che siano”, e adotta una **definizione ampia di tortura**, consistente “nell’atto di cagionare scientemente a un soggetto indifeso intense sofferenze, di natura fisica o psichica, a prescindere dalla qualità soggettiva dell’autore della condotta”.

Quanto alla **natura della fattispecie**, l’art. 613 bis c.p. introduce “un reato doloso, formalmente vincolato per le modalità della condotta (violenze o minacce gravi, crudeltà), per l’evento naturalistico (acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico) e per il soggetto passivo (persona privata della libertà personale o affidata alla custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza della gente, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa)”, e richiede, inoltre, “una condotta plurima o abituale, o in alternativa, che il fatto comporti un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona”.

Si tratta, inoltre, di un **reato eventualmente abituale** – suscettibile, in tal caso, di essere integrato anche in presenza di sole due condotte e anche in un minimo lasso temporale, come un’ora o alcuni minuti, potendosi mutuare l’orientamento giurisprudenziale formatosi in relazione alla fattispecie degli atti persecutori di cui all’art. 612 bis c.p., che contiene una analoga previsione – ma che può essere realizzato anche attraverso un unico atto idoneo a ledere l’incolumità fisica, la libertà individuale e morale del soggetto, che comporti “un trattamento inumano e degradante”.

Venendo all’**analisi degli elementi di fattispecie**, dalla sentenza in commento sembrano potersi trarre i seguenti punti fermi:

- a) l’aggettivo “gravi” deve intendersi riferito tanto alle minacce quanto alle violenze;
- b) occorre “che le violenze le minacce siano realizzate reiteratamente, in più riprese o, comunque, con modalità tali che si possa parlare di più condotte, perché realizzate in un arco temporale abbastanza lungo, o perché, per le modalità di esecuzione, possano distinguersi plurime manifestazioni di violenza fisica o morale” (ciò che è avvenuto nel caso di specie, nel quale appare evidente, secondo la ricostruzione dei giudici di merito, “che si sia trattato di vere e proprie “spedizioni punitive” ai danni di un soggetto affetto da patologia psichica, oltre che da un profondo disagio esistenziale e sociale, di carattere schivo, auto emarginato di socialmente, quanto debole, inoffensivo e incapace di difendersi”);
- c) che la violenza può essere esercitata non solo sulle persone, ma anche sulle cose (ferma restando la necessità che la stessa possa qualificarsi come “grave” e che sia reiterata o che si accompagni almeno ad una condotta minacciosa);
- d) che la crudeltà, “che costituisce un elemento normativo di fattispecie, integra un requisito di natura prettamente valutativa, e intrinsecamente dotato di forte carica valoriale”, per il quale non è richiesta la reiterazione;
- e) che il “trattamento inumano e degradante” è elemento alternativo alla pluralità delle azioni, e che i due aggettivi devono intendersi riferiti all’esito offensivo della condotta, e non ai comportamenti dell’agente;
- d) che per l’interpretazione dell’espressione “condizioni di minorata difesa” deve farsi riferimento all’elaborazione giurisprudenziale maturata a proposito dell’aggravante comune di cui all’art. 61 n. 5 c.p.;

e) che il *trauma psichico* delineato dalla norma può essere interpretato in conformità alla definizione che si trae dalla sua teorizzazione in ambito psicologico, ovverosia come “*un evento che, per le sue caratteristiche, risulta “non integrabile” nel sistema psichico pregresso della persona, minacciando di frammentare la coesione mentale*”, e che, come tale, può essere anche temporaneo, non essendo necessario che l'esperienza dolorosa si traduca in una sindrome di “trauma psicologico strutturato” (PTSD);

f) che l'aggettivo “verificabile” rimanda a un *trauma psichico riscontrabile oggettivamente*, attraverso l'accertamento probatorio, il quale *non* deve avere necessariamente contemplare un riscontro nosografico o peritale, proprio perché, come si è appena detto, può rilevare ai fini dell'integrazione dell'evento anche un trauma temporaneo e non inquadrabile in una categoria predefinita;

g) che, a tal fine, può mutuarsì l'orientamento giurisprudenziale elaborato in tema di atti persecutori, secondo il quale la prova dell'evento può ben trarsi da elementi sintomatici del trauma psicologico, ricavabili dalle dichiarazioni della vittima, dai suoi comportamenti successivi e anche dalla condotta dalla stessa tenuta.

6. Si tratta di osservazioni senz'altro perspicue e di immediata utilità per l'interprete, indubbiamente chiamato a confrontarsi con un dato normativo per molti versi ambiguo.

Non può non rilevarsi, nondimeno, come la Quinta Sezione *non* abbia inteso prendere posizione sul nodo interpretativo più cruciale, ovverosia quello della **natura autonoma o circostanziale della fattispecie di cui al secondo comma dell'art. 613 bis c.p.** (quella, per intenderci, della cd. “tortura di Stato”).

La stessa si è infatti limitata ad affermare, sul punto, che, con la legge n. 110 del 2017, il legislatore, tra l'ipotesi del reato comune e quella del reato proprio, avrebbe accolto “*una sorta di terza via, consistente nella previsione di un reato comune, accompagnata da un aggravamento afflittivo nell'ipotesi in cui la tortura sia commessa da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio*”. L'espressione “aggravamento afflittivo” parrebbe, nondimeno, improvvidamente suggerire un *favor* per la tesi della natura meramente circostanziale di tale fattispecie, con tutte le conseguenze che ne derivano[5].

7. Anche la terza pronuncia – la **n. 50208 dell'11 ottobre 2019** – è stata resa dalla Quinta Sezione nell'ambito della medesima vicenda concreta, a seguito del ricorso avverso l'ordinanza del Tribunale del riesame di Taranto che aveva confermato l'ordinanza applicativa della custodia in carcere emessa dal G.I.P. dello stesso ufficio giudiziario nei confronti dei due soggetti maggiorenni che avevano agito in concorso con i predetti minori (nei cui confronti si procedeva, pertanto, separatamente).

Dopo un breve richiamo alla normativa internazionale di riferimento, il Collegio giudicante ha riconosciuto come l'*iter* parlamentare che ha condotto all'approvazione della legge n. 110 del 2017 abbia subito una brusca accelerazione a seguito della sentenza *Bartesaghi, Gallo e altri c. Italia*, resa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo il 22 giugno 2017 – e concernente i noti fatti verificatisi durante il G8 di Genova del 2001, sui quali si era già espressa Cass., sez. V, sent. n. 38085 del 5 luglio 2012 – la quale aveva, a sua volta, ribadito il principio di diritto già affermato nella causa *Cestaro c. Italia* del 7 aprile 2014, avente ad oggetto i medesimi fatti.

Nelle pronunce suddette, la Corte EDU, “*nel vagliare il grado di tutela assicurato dal nostro ordinamento ai diritti delle vittime delle violenze perpetrate l'interno della scuola Diaz, riconducendo quelle condotte alla nozione di tortura, aveva stigmatizzato la mancanza, nel nostro sistema penale, di una disposizione che la punisse*”.

È a questo punto che si inserisce l'affermazione più problematica della sentenza, sulla quale ci si diffonderà nell'ambito delle osservazioni critiche: *“La norma di nuovo conio prevede un reato comune contemplando l'eventualità che esso sia commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio come circostanza aggravante e di evento (costituito dalle acute sofferenze fisiche o, in via alternativa, da un verificabile trauma psichico provocato alla vittima), caratterizzato da dolo generico e dalla descrizione delle modalità della condotta (“con violenza o minacce gravi ovvero agendo con crudeltà”). Il reato si configura se la vittima è un soggetto privato della libertà personale o affidato alla custodia, potestà, vigilanza, controllo cura o assistenza dell'autore del fatto ovvero se la persona offesa si trovi in condizioni di minorata difesa e la condotta è integrata se è commessa mediante più condotte ovvero se comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona”*. Con quest'ultima pronuncia la Quinta Sezione opta espressamente, dunque, per la **qualificazione della fattispecie di cui al secondo comma come mera circostanza aggravante**.

Effettuato questo succinto inquadramento preliminare, nell'affrontare il primo motivo di ricorso il Collegio ritiene, anzitutto, che la **locuzione “mediante più condotte”** che figura all'art. 613 bis co. 1 c.p. sia stata correttamente interpretata dai giudici del riesame come relativa *“non già solo ad una pluralità di ordine temporale con episodi eventualmente reiterati nel tempo, ma anche alla perpetrazione di più contegni violenti nello stesso contesto cronologico”*.

A tal fine, la Corte reputa convincente la ricostruzione anche di natura sistematica svolta dal Tribunale del riesame circoscrivendo la valenza semantica del plurale attraverso una comparazione con la fattispecie limitrofa di cui all'art. 612 bis c.p., nell'ambito del quale, a differenza della fattispecie che qui ci occupa, *“la necessità di una reiterazione nel senso anche della riproduzione dei comportamenti persecutori in successivi contesti temporali è stata espressamente prevista dal legislatore”*, che ha, appunto, fatto riferimento alla nozione di *“condotte reiterate”*.

Per altro verso, la Quinta Sezione fa propria la riflessione del Tribunale del riesame sulla necessità di non svilire le esigenze di tutela evidenziate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nelle pronunce in precedenza menzionate: un'interpretazione della disposizione che ne circoscrivesse l'applicazione ai casi di reiterazione differita nel tempo delle condotte, infatti, *“determinerebbe il paradosso di impedire la riferibilità della norma a quanto verificatosi nella scuola Diaz, laddove non vi è stata la reiterazione, diluita nel tempo, delle condotte”*, in una prospettiva indubbiamente distonica rispetto a quella seguita dalla Corte EDU, e non potrebbe pertanto dirsi convenzionalmente orientata.

Anche a voler ritenere dunque (contrariamente a quel che emergeva dagli atti di indagine, che potevano ragionevolmente far ritenere che vi fossero stati più accessi presso l'abitazione della vittima), che uno dei ricorrenti si fosse recato *una sola volta* sul luogo dei fatti, ciò non sarebbe comunque valso ad escludere la natura abituale del reato, posto che il video acquisito consentiva di attribuire al medesimo la perpetrazione di **più condotte violente, ancorché poste in essere nello stesso contesto cronologico**.

La Corte si è poi diffusa sul concetto di **crudeltà**, evidenziando come il ricorrente avesse trascurato *“il quid pluris costituito dalla ricerca, da parte degli indagati, delle sofferenze della vittima come di un risultato foriero di generare un soddisfacimento di un istinto sadico che merita la connotazione di cui si discute”*, e richiamando l'esegesi dell'aggravante di cui all'art. 61 co. 1 n. 4 c.p. offerta da Cass., SS.UU., sent. n. 40516 del 23.6.2016.

Ancora, la stessa ha condivisibilmente affermato la **non coincidenza tra le “acute sofferenze fisiche”** richieste dall'art. 613 bis co. 1 c.p. e le **“lesioni”** che figurano quale elemento solo circostanziale al co. 4, evidenziando che *“se la condizione per la punizione del reato di tortura fosse quella dell'evidenza delle conseguenze fisiche sul corpo della vittima, resterebbero fuori dalla tutela penale tutte quelle condotte foriere di sofferenze fisiche acute, ma che non lasciano segni sul corpo di chi le subisce”*.

Per ritenere integrato tale evento, il giudice della cautela aveva dunque correttamente valorizzato non solo i certificati medici relativi al ricovero della persona offesa in ospedale, ma anche e soprattutto la documentazione video delle violenze, *“che corroborava l’idea che le condotte degli indagati avessero provocato alla persona offesa le conseguenze in termini di patimento fisico richieste dal legislatore della novella”*.

La suddetta documentazione era essenziale anche per ritenere integrato l’evento alternativo del **“verificabile trauma psichico”**, anch’esso immediatamente percepibile dalle riprese video, *“che avevano immortalato il volto terrorizzato e disorientato di St. mentre veniva malmenato e si vedeva distruggere la casa”*, e per affermare la sussistenza del quale i giudici del riesame avevano correttamente valorizzato anche *“la condizione in cui i poliziotti lo trovarono ad aprile, quando temeva di aprire anche a loro ed era da giorni rintanato in casa, senza potersi procurare generi di prima necessità, per paura di uscire di casa ed imbattersi nei suoi aguzzini”*. Il ricorso era dunque *“del tutto fuori traiettoria”* laddove pretendeva di identificare tale evento alternativo nella patologia mentale da cui la vittima era già affetta.

Parimenti privo di pregio era il tentativo dei ricorrenti di escludere la **condizione di minorata difesa** della vittima esaltando, quale indicatore di una sua potenziale reattività, la circostanza che la stessa avesse, sin dal 2012, sporto denuncia per fatti analoghi.

Pienamente in linea con la giurisprudenza di legittimità in tema di art. 61 n. 5 c.p., il Tribunale del riesame di Taranto aveva infatti correttamente valorizzato le *condizioni personali* in cui versava la persona offesa (che, oltre a soffrire di una grave patologia psichiatrica, abitava da sola, in uno stato di degrado, tra oggetti accatastati alla rinfusa, senza un telefono fisso né un cellulare con i quali chiedere aiuto) e quelle *ambientali* del tempo di notte e dell’isolamento in cui l’abitazione della stessa era ubicata, quali altrettanti elementi che avevano agevolato l’opera degli aguzzini.

La Corte ha, peraltro, precisato che l’esistenza delle condizioni “facilitatrici” per il riconoscimento della condizione di minorata difesa va valutata non già rispetto a reazioni successive (quali la decisione di rivolgersi alle forze dell’ordine per sporgere denuncia), ma esclusivamente con riguardo *“alle oggettive possibilità di contrasto della zona terreno nel momento in cui essa viene perpetrata”*.

Il Collegio ha condivisibilmente affermato, inoltre, che il concetto – noto alla legislazione e alla giurisprudenza convenzionale – di **“trattamento inumano e degradante”** quale condizione ulteriore per la punibilità del reato in alternativa alle “più condotte” pare riferibile a comportamenti che inducano nella vittima sofferenze di minore intensità di quelle legate al concetto di tortura, e che pertanto, *“se l’ordinanza impugnata resiste alle critiche del ricorrente che attaccano la più grave caratterizzazione della condotta come tortura, è evidente che queste ultime non potrebbero avere alcuna incidenza sulla tenuta dell’ordinanza avversata laddove si riferiscono al concetto in esame, che attiene a condotte caratterizzate da una più moderata carica etero offensiva”*. Correttamente, ad ogni modo, il Tribunale del riesame aveva valorizzato in *malam partem* il fatto che la vittima fosse braccata in casa dai suoi assalitori, percossa, insultata, dileggiata, e che il tutto, *“ad accrescere nel grado di afflittività la dignità della persona, [fosse] poi oggetto di ripresa video e di diffusione sul web”*. La Corte prende posizione, da ultimo, sulla **violazione degli artt. 3 e 25 Cost.** che uno dei ricorsi lamenta nell’avversare l’ordito argomentativo del Tribunale del riesame in ordine al requisito della minorata difesa, definendo tuttavia il relativo passaggio argomentativo *“talmente fugace da essere inidoneo a chiarire come il dato normativo e la discrezionalità del legislatore che ne è alla base possano incorrere nelle anomalie accennate”*.

8. Quest’ultima, recentissima sentenza, mostra una più sicura padronanza della **giurisprudenza della Corte europea in tema di art. 3 CEDU**, facendo buon governo della distinzione concettuale

tra le nozioni di “tortura”, da un lato, e di “trattamento inumano e/o degradante”, dall'altro, e non ignorando il rapporto di progressione scalare e di continenza tra le stesse esistenti[6].

Condivisibilmente, poi, la Corte ha riconosciuto come abbiano avuto un peso determinante per l'introduzione dell'art. 613 *bis* c.p. nell'ordinamento interno le pronunce rese dalla Corte di Strasburgo nel 2014 e nel 2017 a proposito delle vicende del G8 genovese del 2001, che avevano evidenziato l'esistenza di una lacuna normativa e “invitato” il legislatore italiano a porvi rimedio. Da ciò discende, ad avviso dei giudici della quinta sezione, **l'esigenza di interpretare la nuova disposizione in conformità ai principi affermati dalla Corte di Strasburgo in tema di art. 3 CEDU**, proprio per non frustrare le esigenze di tutela che la stessa ha evidenziato nelle predette sentenze.

È un'affermazione senz'altro ineccepibile, dalla quale, tuttavia, il Collegio giudicante non trae tutte le necessarie conseguenze. Si allude, all'evidenza, al (pur rapidissimo, quasi tralazio) passaggio motivazionale in cui la fattispecie della tortura cd. “di Stato” di cui al secondo comma dell'art. 613 *bis* c.p. viene relegata a mera circostanza aggravante, come tale suscettibile di soccombere a fronte di circostanze attenuanti concorrenti (ivi comprese quelle di cui all'art. 62 *bis* c.p.) nell'ambito di un eventuale giudizio di bilanciamento.

Se questo orientamento dovesse essere effettivamente avallato dalla Corte, avrebbero ragion d'essere le critiche di quanti, in sede di primo commento, avevano fieramente avversato la scelta del legislatore 2017 di adottare una fattispecie più ampia di quella delineata dall'art. 1 della 3 della convenzione ONU contro la tortura del 1984 (alla quale il nuovo delitto avrebbe, invece, dovuto ispirarsi)[7].

Non si tratta, nondimeno, dell'unica soluzione interpretativa possibile, né tantomeno di quella più corretta dal punto di vista dogmatico o maggiormente rispettosa degli obblighi sovranazionali di tutela penale assunti dal nostro Paese (discendenti, *in primis*, dalla Convenzione ONU del 1984 e dall'art. 3 CEDU).

È pertanto non solo auspicabile, ma anche del tutto ragionevole, attendersi che la Suprema Corte possa, in futuro, prendere invece chiaramente (e motivatamente) posizione a favore della tesi della **natura autonoma della fattispecie**, esattamente come ha fatto, ad esempio, in riferimento ad altre due figure criminose di recente introduzione quali quelle previste dagli artt. 589 *bis* e 590 *bis* c.p., utilizzando proprio lo stesso argomento che alcuni tra i più autorevoli commentatori hanno speso in suo sostegno[8]: dato che sarebbe insostenibile ipotizzare la sussistenza di un'aggravante dell'aggravante, e preso atto che quelle dei commi 4 e 5 dell'art. 613 *bis* c.p. costituiscono autentiche circostanze aggravanti, è giocoforza ritenere che il comma 2 debba essere inquadrato come una fattispecie di autonomia di reato, come tale sottratta al giudizio di bilanciamento[9].

[1] Si tratta della vicenda giudiziaria di cui dà conto E. Scaroina, *Il delitto di tortura. L'attualità di un crimine antico*, Cacucci, 2018, p. 262, nota 185, indicandola come la prima contestazione del nuovo reato.

[2] Basti pensare, a tal proposito, alle ipotesi – tipiche dei casi di tortura cd. “di Stato” – in cui la privazione della libertà personale consegua all'adozione di un provvedimento cautelare o precautelare, o avvenga in esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza detentive. In tali casi, infatti, la privazione della libertà personale della vittima di tortura è del tutto lecita, e costituisce unicamente l'antefatto delle condotte penalmente rilevanti punite dall'art. 613 *bis* c.p.

[3] Così, da ultimo, Cass, sez. III, sent. n. 55302 del 22.9.2016, secondo cui “Il delitto di sequestro di persona concorre con quelli di violenza sessuale o di rapina, nel caso in cui la privazione della libertà personale si protrae, quanto al delitto di cui all'art. 609-bis cod. pen., nel tempo anteriore o successivo alla

costrizione necessaria a compiere gli atti sessuali e, quanto al delitto di cui all'art. 628 cod. pen., anche dopo l'avvenuto impossessamento della "res", ma per un tempo apprezzabile e senza necessità ai fini della consumazione della rapina", dovendosi viceversa ritenere assorbito nei medesimi, e Cass., sez. III, sent. n. 967 del 26.11.2014, a tenore della quale "In tema di concorso di reati, il delitto di sequestro di persona concorre con quello di violenza sessuale di gruppo, allorché la privazione della libertà di movimento della vittima si protrae oltre il tempo strettamente necessario al compimento degli atti di violenza sessuale, a nulla rilevando che l'impedimento ad allontanarsi sia precedente, contestuale o successivo allo svolgersi delle violenze".

[4] Sia consentito, per una puntuale ricostruzione, il rinvio ad A. Colella, *La risposta dell'ordinamento interno agli obblighi sovranazionali di criminalizzazione e di persecuzione penale della tortura*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, pp. 852-854.

[5] Sia consentito ancora, anche per i necessari riferimenti bibliografici, il rinvio ad A. Colella, *La risposta dell'ordinamento interno*, cit., pp. 831 ss.

[6] Si consenta il rinvio a F. Cassibba – A. Colella, *Proibizione della tortura*, in G. Ubertis – F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, 2016, p. 67.

[7] Cfr. ancora, anche per i necessari riferimenti bibliografici, E. Scaroina, *Il delitto di tortura*, cit., p. 253 ss.

[8] Si veda, in proposito, la parte motiva di Cass., sez. IV, sent. n. 29721 del 1° marzo 2017.

[9] Cfr. per tutti F. Viganò, [Sui progetti di introduzione del delitto di tortura in discussione presso la Camera dei Deputati. Parere reso nel corso dell'audizione svolta presso la Commissione giustizia della Camera dei Deputati il 24 settembre 2014](#), pubblicato in *Dir. pen. cont.*, 25 settembre 2014.

* * * * *

La sopravvivenza dell'aggravante di "ingente quantità" di sostanza stupefacente ex art. 80 co. 2 d.P.R. n. 309/1990 rimessa al vaglio delle Sezioni unite

[Cass. pen., Sez. IV, ord. 10 settembre 2019 \(dep. 19 settembre 2019\), n. 38635, Pres. Piccialli, est. Ciampi](#)

di Carlo Bray

1. La disciplina in materia di stupefacenti è ormai "cliente" abituale delle Sezioni unite. In attesa delle motivazioni della decisione con cui il massimo organo giurisdizionale ha statuito che non si configura il reato di coltivazione di piante stupefacenti quando tale attività sia di minime dimensioni e destinata esclusivamente all'uso personale[1], e della pronuncia sulla compatibilità o meno tra traffico di stupefacenti "di lieve entità" (ex art. 73 co. 5 d.P.R. n. 309/1990) e l'attenuante del lucro di speciale tenuità (ex art. 62 n. 4)[2], **il prossimo 30 gennaio** si svolgerà l'udienza che deciderà le sorti dell'aggravante di "ingente quantità".

In relazione alla circostanza prevista dall'art. 80 co. 2 d.P.R. n. 309/1990 (di seguito: t.u. stup.), la Quarta sezione della Cassazione ha infatti investito le Sezioni unite della seguente questione di diritto: "se, con riferimento alle c.d. 'droghe leggere', **la modifica del sistema tabellare** realizzata per effetto del D.L. 20 marzo 2014 n. 36 convertito con modificazioni nella legge 16 maggio 2014, n. 79, **imponga una nuova verifica in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'applicazione della circostanza aggravante di ingente quantità**, in considerazione dell'accresciuto tasso di modulazione normativa, oppure mantengano validità, per effetto della espressa reintroduzione

della nozione di quantità massima detenibile, ai sensi del comma 1 *bis* dell'art. 75 d.P.R. 309 del 1990 e ss.mm.ii., i criteri basati sul rapporto tra quantità di principio attivo e valore massimo tabellarmente detenibile di cui alla sentenza delle SS.UU. n. 36258 del 24 maggio 2012, Biondi, Rv. 253150".

2. Con la **sentenza Biondi del 2012**[3], le Sezioni unite avevano già dato risposta a tale quesito, stabilendo il principio secondo cui l'aggravante di cui all'art. 80 co. 2 t.u. stup. **non era di norma ravvisabile quando la quantità di principio attivo fosse inferiore a 2.000 volte il valore massimo**, espresso in milligrammi, di sostanza stupefacente detenibile, oltre il quale si configurava l'illecito penale (c.d. valore-soglia); valore massimo **determinato per ogni sostanza nella tabella allegata al d.m. 11 aprile 2006, ferma restando la discrezionale valutazione del giudice di merito quando tale quantità venisse superata.**

La declaratoria di incostituzionalità sancita dalla nota sentenza della [Corte costituzionale n. 32/2014](#), tuttavia, ha travolto per intero gli articoli 4 *bis* e 4 *vicies ter* del d.l. 272/2005, convertiti nella l. 49/2006 (c.d. legge Fini-Giovanardi), **compresa la tabella allegata al d.m. 11 aprile 2006** relativa a *tutte* le sostanze stupefacenti.

In quella delicata fase di incertezza è prontamente intervenuto il legislatore introducendo, con il [d.l. 20 marzo 2014 n. 36](#), convertito con la legge n. 79/2014, quattro nuove tabelle che individuano le sostanze stupefacenti suddivise sulla base della **ripristinata distinzione tra c.d. droghe leggere e c.d. droghe pesanti**, riconfermando però i medesimi valori-soglia precedentemente previsti per ciascuna sostanza.

A seguito della nuova e diversa impostazione normativa, si è dunque posto il **problema della permanenza o meno della validità del criterio stabilito dalla sentenza Biondi** ai fini dell'applicazione dell'aggravante di ingente quantità. Due sono, secondo la ricostruzione compiuta dall'ordinanza di rimessione, gli orientamenti delineatisi.

2.1. Secondo un **primo orientamento**[4], il quadro legislativo formatosi a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale smentirebbe la *ratio* della normativa vigente al momento in cui si è sviluppato l'indirizzo cristallizzatosi nelle Sezioni unite *Biondi*. Pertanto, il criterio elaborato da quel precedente "appare **difficilmente compatibile con un'interpretazione tendenzialmente soltanto aritmetica e dunque 'automatica'** dell'aggravante dell'ingente quantità"[5].

2.2. Al contrario, un **diverso indirizzo**[6] ritiene che i **criteri elaborati dalla sentenza Biondi siano ancora validi**, "nella misura in cui possono essere utilizzati come meri **criteri orientativi**, individuati a seguito di una indagine condotta su un numero cospicuo di sentenze di merito"[7].

3. La questione presenta peraltro ulteriori profili di complessità.

Le Sezioni unite *Biondi* hanno elaborato il c.d. criterio ponderale nel momento in cui i valori soglia previsti dalle tabelle allegate al d.m. erano di 750 mg per la cocaina, 250 mg per l'eroina, 1.000 mg per l'hashish e la marijuana. Il valore di 1.000 mg per le droghe leggere era stato previsto nelle tabelle ministeriali da una riforma introdotta dall'organo esecutivo il 4 agosto del 2006.

Tale riforma venne però annullata dal Tar poco dopo l'emanazione della sentenza *Biondi*, con l'effetto di riportare il quantitativo massimo giornaliero di principio attivo detenibile da 1000 a 500 mg e, conseguentemente, di dimezzare il **quantitativo di stupefacente idoneo a integrare l'aggravante** rispetto al valore preso in considerazione dalla sentenza *Biondi*.

Anche in relazione a tale profilo si sono sviluppati due diversi orientamenti di legittimità.

3.1. Secondo un **primo orientamento**[8], al quale peraltro aderisce la sentenza di merito da cui origina l'attuale rimessione alle Sezioni unite, **la modifica del valore-soglia con riferimento alle droghe leggere non intaccherebbe in alcun modo il principio di diritto elaborato dalla sentenza Biondi** e, pertanto, l'aggravante di ingente quantità resta di norma ravvisabile quando la quantità di stupefacente sia superiore a 2.000 volte il valore-soglia stabilito dalla tabella allegata al d.m. (e dunque pari a 1 kg di principio attivo).

3.2. Per un **diverso indirizzo**[9], invece, l'aggravante dell'ingente quantità – con riferimento alle c.d. droghe leggere – non è di norma ravvisabile quando la quantità di principio attivo sia inferiore a **4.000 volte (e non 2.000)** il valore massimo in milligrammi determinato per tali sostanze dalla tabella allegata al d.m. (e dunque pari a 2 kg di principio attivo). Tale diverso moltiplicatore, si è sostenuto, sarebbe necessario **“al fine di rispettare le proporzioni e rendere omogeneo il principio”** affermato dalle Sezioni unite *Biondi*.

* * *

4. Così come strutturato, il quesito di diritto posto alle Sezioni unite non appare del tutto chiaro. L'*incipit* di tale quesito richiama espressamente le (sole) droghe leggere, probabilmente per salvaguardare la *rilevanza* del quesito rispetto al caso di specie; ma i successivi riferimenti in termini generali ai “presupposti per l'applicazione della circostanza aggravante della ingente quantità, in considerazione dell'accresciuto tasso di modulazione normativa”, nonché ai “criteri basati sul rapporto tra quantità di principio attivo e valore massimo tabellarmente detenibile” di cui alla sentenza *Biondi*, sembrano allargare il *thema decidendum* circa la permanenza o meno della validità complessiva del criterio ponderale elaborato dalle Sezioni unite nel 2012.

Alla luce non solo dell'ampio quesito riportato in apertura, ma anche dell'esame del testo dell'intera ordinanza di rimessione, ci sembra dunque che **le domande a cui le Sezioni unite siano chiamate a dare risposta siano in realtà due**. Una prima – e logicamente preliminare – questione attiene al sindacato sulla permanente validità del principio di diritto elaborato nel 2012 dalla sentenza *Biondi*.

Solo una volta confermato il criterio ponderale elaborato dalla sentenza *Biondi*, ci si può chiedere se il moltiplicatore debba essere differente per le droghe leggere rispetto a quello da applicare in caso di droghe pesanti.

5. In riferimento alla prima e fondamentale questione occorre sottolineare che la soluzione cui è pervenuta la sentenza *Biondi* è frutto di una lunga ed elaborata evoluzione giurisprudenziale.

Alla fine degli anni Novanta, un primo filone giurisprudenziale volto a delineare i confini di applicabilità dell'aggravante di ingente quantità poggiava sul **c.d. criterio mercantilistico**[10]. Si riteneva cioè che potesse integrare l'aggravante di cui all'art. 80 co. 2 t.u. stup. soltanto una condotta che avesse a oggetto un quantitativo di stupefacente tale da “saturare il mercato” di una determinata zona territoriale.

Per cercare di allentare i problemi di prova ancorati al mercato “nero” dello stupefacente, le Sezioni unite *Primavera* del 2000 stabilirono il principio secondo cui l'aggravante di ingente quantità ricorrerebbe quando il quantitativo di sostanza stupefacente “sia tale da creare condizioni di agevolazione del consumo nei riguardi di un rilevante numero di tossicofili, secondo l'apprezzamento del giudice di merito che vivendo la realtà sociale del comprensorio nel quale opera, è da ritenersi in grado di apprezzare specificamente la ricorrenza di tale circostanza”[11].

Anche tale soluzione, tuttavia, seppur espressa dal nostro massimo organo giurisdizionale, conduceva ad applicazioni non uniformi, variabili in relazione ad accertamenti in concreto da condurre in relazione alla zona territoriale in cui il reato veniva commesso ed estremamente legate alla discrezionalità dell'interprete.

La ricerca di un **parametro oggettivo** al quale ancorare il configurarsi dell'aggravante di cui all'art. 80 co. 2 t.u. stup. ha dunque condotto le Sezioni unite *Biondi*, nel 2012, all'individuazione del **c.d. criterio ponderale**[12]: il quantitativo di sostanza deve cioè – *tendenzialmente* – ritenersi “ingente” quando il **principio attivo superi il limite determinato dal risultato dell'operazione matematica di moltiplicazione del valore-soglia di sostanza detenibile stabilito dalla tabella allegata al d.m. 11 aprile 2006 per il valore numerico individuato dalle Sezioni unite** sulla base di una ricognizione della giurisprudenza di merito intervenuta negli anni precedenti alla rimessione della questione alle Sezioni unite.

La principale critica mossa al principio di diritto elaborato dalla sentenza *Biondi* è quella di aver individuato un criterio per l'applicazione dell'aggravante di ingente quantità che poggia su un **automatismo aritmetico**: il (mero) superamento della quantità di principio attivo oggetto della condotta rispetto al valore risultante dall'operazione matematica poc'anzi descritta implicherebbe l'automatica integrazione dell'aggravante *ex art. 80 co. 2 t.u. stup.*

Tale automatismo – secondo l'orientamento contrario al criterio elaborato dalla sentenza *Biondi* e di cui è principale esponente la sentenza *Gavagna*[13] – risulterebbe oggi ancora **meno condivisibile alla luce degli interventi normativi susseguitisi alla declaratoria di incostituzionalità** sancita con la sentenza n. 32/2014. Il nuovo e diverso quadro legislativo – che poggia sulla distinzione tra droghe leggere (tabelle 2 e 4) e droghe pesanti (tabelle 1 e 3) – smentirebbe la *ratio* della normativa vigente all'epoca in cui si è formato lo sviluppo giurisprudenziale culminato nella sentenza *Biondi*, allorquando ci si rapportava con un'unica tabella relativa a tutte le sostanze stupefacenti e la legge Fini-Giovanardi prevedeva un'analoga disciplina sanzionatoria per le condotte aventi a oggetto sia le droghe leggere sia quelle pesanti.

6. Ad un attento esame degli orientamenti emersi, però, si potrebbe seriamente dubitare di essere realmente in presenza di due posizioni contrastanti. A ben vedere, infatti, non sembra che la sentenza *Gavagna* e gli altri arresti che comporrebbero il medesimo indirizzo interpretativo si pongano in reale contrasto rispetto al principio di diritto elaborato dalla sentenza *Biondi*. Le Sezioni unite, infatti, già nel 2012 si erano premurate di specificare che **i parametri numerici** che per ciascuna sostanza risulterebbero dall'operazione matematica di moltiplicazione del valore soglia tabellare per il moltiplicatore individuato **“non determinano – di per sé e automaticamente – se superati, la configurabilità dell'aggravante**. Essi, invero, valgono solo in senso negativo, nel senso che, al di sotto degli accennati valori quantitativi, l'aggravante (*ex art. 80, comma 2, d.P.R. n. 309 del 1990*) deve ritenersi in via di massima non sussistente”[14].

Già nel 2012 era dunque chiaro che il criterio ponderale elaborato dalla sentenza *Biondi* dovesse essere **soltanto orientativo**, volto cioè a fornire uno strumento oggettivo al giudice di merito sulla base del quale impostare la propria decisione valutativa circa l'applicazione dell'aggravante dell'ingente quantità nel caso di specie sottoposto alla sua attenzione. Le Sezioni unite intendevano cioè affermare il principio di diritto secondo cui l'aggravante non possa ritenersi integrata quando la quantità di principio attivo non superi il valore risultante dall'operazione matematica delineata ma, d'altra parte, non intendevano precludere al giudice di **non ritenere integrata l'aggravante anche qualora tale valore sia superato**[15].

Se il criterio ponderale è un criterio meramente orientativo, il reale quesito a cui le Sezioni unite sono chiamate a rispondere sembra tradursi allora in una richiesta di esplicitazione di quali debbano essere i **dati processuali del caso concreto, diversi e ulteriori rispetto a quello**

ponderale-aritmetico, che debbano orientare il giudice nella valutazione circa l'integrazione o meno dell'aggravante di ingente quantità.

7. Ad avviso di chi scrive, sembra allora difficile che le Sezioni unite possano pervenire a una soluzione che prescinda del tutto dal criterio ponderale elaborato dalla sentenza *Biondi*. E ciò non solo perché, come si è detto, non sembra sussistere un reale contrasto tra i due distinti orientamenti; quanto piuttosto perché **core business di una Corte suprema è quello di creare soluzioni ripetibili nel tempo** che non vengano stravolte in assenza di significativi fattori sopravvenuti.

Inoltre, non si intravede all'orizzonte **alcuna migliore alternativa al criterio ponderale**. Né la sentenza *Gavagna* (o comunque l'indirizzo giurisprudenziale di cui essa è rappresentativa) né l'ordinanza di remissione contengono infatti una *pars costruens* che proponga una diversa soluzione che possa riempire di contenuto la locuzione "ingente quantità" dell'art. 80 co. 2 t.u. stup.

Salvo che le Sezioni unite pervengano a una soluzione del tutto nuova e non ancora prospettata, le strade percorribili sembrano dunque essere fondamentalmente due: confermare il criterio ponderale già espresso dalla sentenza *Biondi*, eventualmente con delle precisazioni inerenti a ulteriori dati processuali del caso concreto cui agganciare la valutazione sull'integrazione o meno dell'aggravante, oppure sollevare una questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 25, co. 2, Cost. Risolto il "falso problema" sull'automatismo nell'applicazione dell'aggravante sulla base di parametri prettamente numerici, infatti, il vero peccato originale della disposizione di cui all'art. 80 co. 2 t.u. stup. è la **violazione del principio di precisione**.

L'intento della giurisprudenza di legittimità di riempire di contenuto una disposizione imprecisa è senz'altro apprezzabile, ma tale operazione ermeneutica è certo di problematica compatibilità con il *nullum crimen*; al punto che in dottrina si è autorevolmente parlato, a proposito della giurisprudenza sulla ingente quantità di stupefacenti, di una vera e propria "**usurpa[zione] del ruolo del legislatore**"[16].

Nondimeno, appare improbabile che le Sezioni unite arrivino a sollevare ora un incidente di costituzionalità, sia perché la giurisprudenza comune ha mostrato di poter sopperire per via ermeneutica al *vulnus* inferto al principio di precisione, sia perché si ammetterebbe implicitamente che la questione avrebbe dovuto essere sollevata nel 2012 oppure, ben prima, ai tempi della sentenza *Primavera*.

Inoltre, probabilmente il *petitum* di un'eventuale ordinanza di remissione alla Consulta sarebbe quello di una declaratoria di incostituzionalità *tout court* della disposizione in esame, con la conseguente incisione non solo su tutti i processi in corso in cui sia stata contestata la circostanza di ingente quantità, ma anche su tutte quelle sanzioni, aggravate in applicazione dell'art. 80 co. 2 t.u. stup., già inflitte in via definitiva e ancora in corso di esecuzione[17]. Un costo, questo, certamente non di poco conto.

8. Laddove le Sezioni unite ritenessero di non sollevare l'incidente di costituzionalità e di riconfermare il criterio ponderale, dovrebbero sciogliere altresì il quesito relativo al valore assoluto del **moltiplicatore da utilizzare** in applicazione di tale criterio **in riferimento alle ipotesi di reato aventi a oggetto le droghe leggere**.

L'ordinanza di remissione ha infatti evidenziato che, con riferimento alle droghe leggere, una parte della giurisprudenza ritiene di norma ravvisabile l'aggravante di ingente entità soltanto quando la quantità di principio attivo non sia inferiore a **4.000 volte (e non 2.000)** il valore massimo in milligrammi determinato dalla tabella allegata al d.m. 11 aprile 2006. Come si è detto, il raddoppio del valore assoluto del moltiplicatore con riferimento alle droghe leggere sarebbe

funzionale a ristabilire la proporzione rispetto ai valori di quantità di principio attivo ritenuti necessari dalla sentenza *Biondi* per l'applicazione dell'aggravante sulla base della ricostruzione dei precedenti giurisprudenziali sussistenti al momento cui si è pervenuti a tale decisione.

Anche in relazione a questo *sub*-quesito prospettato dall'ordinanza di rimessione, le Sezioni unite potrebbero percorrere una **duplice via**. La prima, forse più lineare, consisterebbe nel **ritenere unico il valore assoluto del moltiplicare pari a 2.000 sia con riferimento alle droghe pesanti sia con riferimento alle droghe leggere**. Del resto, a ben vedere, in qualsiasi momento l'organo esecutivo potrebbe intervenire a variare i valori soglia del massimo detenibile previsto dalla tabella allegata al d.m. 11 aprile 2006, così variando conseguentemente anche il valore che segnerebbe il limite della (tendenziale) applicabilità dell'aggravante di ingente quantità.

Diversamente, le Sezioni unite potrebbero conformarsi a quell'indirizzo che ritiene di dover **applicare il moltiplicatore pari a 4.000 in relazione alle droghe leggere**. In questo modo, indubbiamente, il quantitativo di principio attivo necessario a integrare l'aggravante si attesterebbe sui valori individuati dalla sentenza *Biondi*, allorquando – prima dell'intervento del giudice amministrativo illustrato al precedente § 3 – il valore tabellare per l'hashish e la marijuana era pari a 1.000 milligrammi (anziché l'attuale 500 milligrammi).

Questa seconda soluzione avrebbe peraltro il pregio di stabilire, anche in relazione all'aggravante di ingente quantità, un trattamento sanzionatorio differenziato per le condotte aventi a oggetto droghe leggere rispetto a quelle relative alle droghe pesanti. Anche in relazione all'applicazione dell'aggravante di cui all'art. 80 co. 2 t.u. stup., quindi, si renderebbe la disciplina sanzionatoria prevista dal testo unico sugli stupefacenti maggiormente coerente con la *ratio* del quadro normativo sviluppatosi a seguito della sentenza n. 32/2014 che ha ristabilito la distinzione tra droghe leggere e droghe pesanti e il ripristino della differenziazione delle tabelle che prevedono le relative sostanze stupefacenti.

Una decisione in questo senso renderebbe più coerente il sistema sanzionatorio, ma evidenzerebbe ancora di più il ruolo creativo che ha assunto la giurisprudenza nel riempire di significato la disposizione di cui all'art. 80 co. 2 t.u. stup.

9. De iure condendo, la soluzione ottimale e preferibile – peraltro di non difficile attuazione – sarebbe probabilmente quella di introdurre all'art. 80 un comma 2 *bis* che, specularmente al comma 1 *bis* dell'art. 75 t.u. stup., stabilisca quali siano le circostanze da considerare per la configurabilità dell'aggravante di ingente quantità. Tale operazione potrebbe essere semplicemente compiuta anche solo riproducendo per via legislativa il criterio ponderale elaborato in sede giurisprudenziale.

Dobbiamo però confrontarci con le carte in tavola. Non può dunque che constatarsi come la decisione sulla conferma o meno del criterio elaborato dalla sentenza *Biondi*, ma anche quella subordinata e ulteriore relativa al valore assoluto da attribuire al moltiplicatore da utilizzare con riferimento alle droghe leggere, sottenda **una scelta tra la possibilità di "accontentarsi" della prevedibilità, ancorché di fonte non legale, del diritto giurisprudenziale vivente e la necessità di riaffermare il principio di legalità in senso "forte" espresso dalla sentenza Taricco 2 della Corte costituzionale**[18]. In tale pronuncia, il giudice delle leggi si esprimeva nei seguenti termini: "Se è vero che anche «la più certa delle leggi ha bisogno di "letture" ed interpretazioni sistematiche» (sentenza n. 364 del 1988), resta fermo che esse non possono surrogarsi integralmente alla *prævia lex scripta*, con cui si intende garantire alle persone «la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d'azione» (sentenza n. 364 del 1988). Ciò è come dire che una scelta relativa alla punibilità deve essere **autonomamente ricavabile dal testo legislativo** al quale i consociati hanno accesso..." [grassetto aggiunto].

Certo è che dal 2012 il criterio ponderale è stato un faro nell'applicazione dell'art. 80 co. 2 t.u. stup.; ma quand'anche la **"regola Biondi"** possa assumere, grazie al progressivo affinamento della giurisprudenza, un contorno sempre più definito, ciò **non varrebbe a colmare l'originaria carenza di precisione del precetto penale**[19].

Infatti, nonostante la sempre maggiore rilevanza del ruolo assunto dall'attività di interpretazione giurisprudenziale, anche grazie alla spinta derivante dal diritto sovranazionale e all'opera ermeneutica compiuta dalle corti europee, almeno nella materia penale[20] il "diritto giurisprudenziale" non dovrebbe surrogarsi pressoché integralmente al testo legislativo.

[1] Vds. l'informazione provvisoria diramata dalla Suprema Corte, all'esito della pubblica udienza del 19 dicembre 2019, in cui le Sezioni unite hanno anticipato il principio di diritto, in [Sistema penale](#).

[2] Per un commento all'ordinanza di rimessione, P. Bernardoni, [Rimessa alle Sezioni Unite una questione relativa alla compatibilità tra traffico di stupefacenti "di lieve entità" e attenuante del lucro di speciale tenuità](#), in *Sistema penale*, 19 novembre 2019.

[3] Cass. pen., Sez. un., 24 maggio 2012 (dep. 20 settembre 2012), n. 36258, pres. Lupo, est. Fumo, imp. Biondi, in *Dir. pen. cont.*, 23 settembre 2012, con nota di M. Pelazza, ["Ingente quantità" di stupefacenti: le Sezioni Unite accolgono il "criterio ponderale"](#).

[4] Orientamento espresso *ex multis* dalle sentenze Cass. pen., Sez. III, 27 maggio 2015, Gavagna; Cass. pen., Sez. III, 29 gennaio 2015, n. 12532.

[5] Cfr. § 6 dell'ordinanza in esame.

[6] Orientamento espresso *ex multis* dalle sentenze Cass. pen., Sez. VI, 17 novembre 2015 (dep. 2016) n. 543, Pajo; Cass. pen., Sez. VI, 8 ottobre 2015, n. 44596, Maggiore; Cass. pen., Sez. VI, 4 febbraio 2015, n. 6331, Berardi; Cass. pen., Sez. IV, 12 ottobre 2016, n. 49619, Palumbo e altro.

[7] Cfr. § 6 dell'ordinanza in esame.

[8] Cass. pen., Sez. IV, 15 novembre 2017, n. 55014.

[9] Cass. pen., Sez. VI, 13 luglio 2017, n. 36209, Trifu ed altri.

[10] Cfr. A. Chibelli, [La "ingente quantità" di stupefacenti: la "storia senza fine" di un'aggravante al bivio tra legalità in the books e legalità in action](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, n. 2/2017, p. 149.

[11] Cass., Sez. Un., 21 giugno 2000, n. 17, Primavera, in *Cass. pen.*, 2001, 69.

[12] Cfr. A. Chibelli, [La "ingente quantità" di stupefacenti: la "storia senza fine" di un'aggravante al bivio tra legalità in the books e legalità in action](#), cit., p. 151.

[13] Cass. pen., Sez. III, 27 maggio 2015, Gavagna.

[14] Principio di diritto affermato al § 15.4. del "considerato in diritto" della sentenza *Biondi*.

[15] Peraltro, dato che il nostro è un sistema di *civil law*, in ipotesi l'aggravante potrebbe essere ritenuta sussistente *anche* qualora quel limite soglia non sia superato. In tale ultima circostanza, tuttavia, dato che giungerebbe a una conclusione contrastante con il principio di diritto affermato dalle Sezioni unite, il giudice di merito sarebbe chiamato ad argomentare in maniera significativa sul perché – pur in assenza del superamento del limite soglia – le circostanze del caso concreto indurrebbero a ritenere configurabile l'aggravante.

[16] Cfr. G. Marinucci – E. Dolcini – G.L. Gatta, *Manuale di Diritto Penale – Parte Generale*, VIII ed., p. 69.

[17] La rideterminazione della pena *in exsecutivis* sarebbe peraltro (oggi) facilmente perseguibile attraverso lo strumento dell'incidente di esecuzione *ex art. 666 c.p.p.*, come chiarito dalle note sentenze [Ercolano](#) e [Gatto](#).

[18] Corte cost., sent. 10 aprile 2018 (dep. 31 maggio 2018) n. 115, Pres. e Red. Lattanzi, con commento 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.

[19] Si riprendono le parole utilizzate dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 115/2018 in relazione alla “regola Taricco”. Il considerato in diritto n. 11 di tale decisione a sua volta richiama quanto già espresso dalla precedente sentenza n. 327/2008.

[20] Vds. S. Finocchiaro, [Due pronunce della Corte costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione a seguito della sentenza De Tommaso della Corte edu](#), in *Dir. pen. cont.*, 4 marzo 2019, § 8, in cui efficacemente si sottolinea come la Corte Costituzionale, nella sentenza n. 24/2019, operi il proprio sindacato sulla legittimità dell’operazione posta in essere dal diritto vivente giurisprudenziale nel “precisare” il dato normativo in una materia – quella del sistema delle misure di prevenzione – diversa dalla materia penale.

* * * * *

**L’inafferrabile concetto di “connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta”:
la Cassazione ancora su *ne bis in idem* e *insider trading***

[Cass., Sez. V, sent. 15 aprile 2019 \(dep. 27 settembre 2019\), n. 39999.](#)
[Pres. Vessichelli, Rel. Brancaccio, ric. Respigo](#)

di Cecilia Pagella

1. Con la sentenza in commento, la Corte di Cassazione svolge una pregevole **ricognizione di alcune delle questioni più controverse riguardanti il reato di *insider trading***: la **nozione di “informazione privilegiata”** e l’inclusione, al suo interno, delle c.d. “informazioni intermedie”, nonché la **struttura di reato di pericolo astratto** dell’abuso di informazioni privilegiate; la **distinzione tra *insider* primario e secondario**, alla luce degli obiettivi di tutela del mercato dallo sfruttamento di posizioni di ingiusto privilegio; la **compatibilità della confisca amministrativa con i principi costituzionali**; nella prospettiva del doppio binario sanzionatorio penale-amministrativo, e del divieto di *ne bis in idem*, infine, il significato della nozione di **“sufficiently close connection in substance and time”**. Quanto a quest’ultimo requisito – in particolar modo – la Corte prosegue la faticosa opera di definizione del concetto di **proporzionalità della sanzione complessivamente inflitta** rispetto al disvalore del fatto realizzato, proponendo, questa volta, una **lettura “allargata” dell’art. 133 c.p.**

2. La Corte d’Appello di Milano, in data 19 maggio 2017, confermando la sentenza emessa dal Tribunale di Milano il 17 giugno 2014, condannava R. R. per il **reato di abuso di informazioni privilegiate, per aver acquistato azioni** delle società S.p.a. Marrazzi Group, S.p.a. Guala Closures e S.p.a. Parmasteelisa **utilizzando le informazioni privilegiate relative all’imminente Offerta Pubblica di Acquisto** sulle azioni delle predette società, di cui era in possesso grazie alla propria qualifica di dirigente e socio anziano della Deloitte Financial Advisory Services, incaricata della *due diligence* relativa alle OPA. R.R. veniva condannato a due anni di reclusione e a 50.000 euro di multa, oltre alle spese processuali, nonché alla interdizione dai pubblici uffici e dalle funzioni direttive di persone giuridiche e imprese e all’incapacità di contrattare con la Pubblica

Amministrazione per la durata di due anni. Oltre alla pena veniva disposta la confisca del profitto del reato e dei beni utilizzati per commetterlo, e veniva ordinato il risarcimento del danno a favore della parte civile CONSOB.

3. I motivi di ricorso sono sintetizzabili in sei punti.

a) Carenze sul **piano probatorio**: i giudici d'Appello ritengono provato che il ricorrente fosse a conoscenza dell'incarico di *due diligence* conferito alla Deloitte FSA, e quindi dell'imminente OPA sulle azioni delle società Marrazzi, Guala Closures e Parmasteelisa, il cui acquisto costituisce oggetto d'imputazione; tale prova si baserebbe, a parere delle difese, unicamente sull'indizio della concomitanza temporale tra il conferimento dell'incarico e gli investimenti contestati, e non terrebbe conto delle testimonianze di quanti affermerebbero l'ignoranza del ricorrente circa le circostanze oggetto d'imputazione.

b) Natura di fase intermedia dell'incarico di *due diligence*: in primo luogo, sarebbe da **escludere la natura di "fase intermedia" dell'incarico di due diligence**; d'altra parte, anche a voler sostenere il contrario, **l'inclusione delle tappe intermedie nel concetto di "informazione privilegiata" risalirebbe al Regolamento UE n. 596 del 2014 (MAR)**, con la conseguenza che tale più ampia nozione non potrebbe essere applicata a fatti – come quello qui in contestazione – precedenti all'entrata in vigore del Regolamento stesso.

c) **Sfasamento temporale tra lo sfruttamento dell'informazione (l'acquisto delle azioni) e il momento in cui viene lanciata l'operazione oggetto dell'informazione stessa (l'OPA sulle medesime azioni)**, che **impedirebbe** di configurare il reato di *insider trading*: il semplice incarico di *due diligence* non consentirebbe, infatti, di pronosticare il buon esito dell'operazione di OPA e, quindi, di provare **l'elisione del margine di rischio derivante dall'investimento**, elisione indispensabile ai fini della configurabilità del reato ascritto.

d) Erronea interpretazione degli articoli 184 e 187-bis Tuf, in modo da inquadrare il ricorrente tra gli *insider* primari, mentre lo stesso, **non avendo ricevuto personalmente l'incarico di due diligence e non essendo iscritto nei registri insider della Deloitte**, dovrebbe essere qualificato come *insider* secondario, sottoposto alla sola responsabilità amministrativa.

e) Dubbi di **compatibilità dell'articolo 187 Tuf con gli articoli 3 e 27 della Costituzione**, in quanto la previsione della **confisca obbligatoria dei beni strumentali darebbe vita a una sanzione sostanzialmente penale sproporzionata** rispetto al disvalore del fatto realizzato. È opportuno far notare sin d'ora – come correttamente fa il ricorrente con un motivo successivamente depositato – che la questione appare fondata soprattutto in considerazione del fatto che l'art. 187-sexies Tuf (confisca a seguito dell'illecito amministrativo di *insider trading*) è stato modificato in modo da prevedere l'ablazione del solo profitto, con esclusione dei beni strumentali, e ciò sul rilievo che la confisca di beni ulteriori rispetto all'utilità economica ritratta risulterebbe irragionevole e sproporzionata. La difesa chiede altresì di sollevare questione pregiudiziale ex art. 267 TFUE in relazione alla medesima previsione.

f) Richiesta di dichiarare **l'improcedibilità dell'azione penale** a seguito del passaggio in giudicato della delibera con cui la CONSOB ha condannato il ricorrente per l'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate (187-bis Tuf): **la prosecuzione di un nuovo procedimento avente ad oggetto i medesimi fatti già sanzionati in sede amministrativa con sanzioni sostanzialmente penali violerebbe** – data l'assenza di meccanismi di coordinamento tra i due procedimenti, che consentano al giudice procedente di tenere conto, tra l'altro, della sanzione precedentemente inflitta – **il divieto di bis in idem**.

4. La Cassazione rigetta le censure difensive aventi ad oggetto l'insufficienza del **quadro probatorio**: la corte d'Appello, dopo aver criticamente vagliato le conclusioni del Tribunale,

correttamente giunge a ritenere provato che il ricorrente avesse posto in essere gli investimenti essendo a conoscenza dell'informazione privilegiata relativa al lancio dell'OPA; a tal fine, le Corti di merito avevano – ad avviso degli ermellini, correttamente – valorizzato alcuni indizi: *a) gli investimenti erano stati posti in essere negli ultimi giorni di espletamento dell'incarico b) i titoli acquistati in quella occasione non erano mai stati prima d'allora oggetto d'investimento c) le operazioni coprivano una percentuale significativa del controvalore del portafoglio dell'investitore d) nel periodo interessato, le uniche operazioni poste in essere erano quelle che avevano riguardato i titoli delle società bersaglio delle Offerte*. Dall'esame dei testimoni è risultato, inoltre, non solo che i soci anziani venivano normalmente resi edotti degli incarichi conferiti alla società anche quando questi non erano stati loro affidati, ma anche che R.R. aveva **certamente** – nel caso di specie – **avuto contezza dell'incarico**. La Corte ritiene, quindi, che gli indizi a disposizione dei giudici di merito fossero **sufficienti ad affermare che il ricorrente avesse sfruttato le informazioni privilegiate di cui era in possesso**, e quindi a ritenere **provata oltre ogni ragionevole dubbio la responsabilità dello stesso per il reato di abuso di informazioni privilegiate**. È appena il caso di sottolineare che l'accusa è gravata, nel caso del reato in contestazione, dell'onere di provare non solo il possesso dell'informazione, ma altresì il **nesso motivazionale tra la conoscenza dell'informazione e la scelta di compiere l'investimento sui titoli oggetto dell'informazione stessa**[1].

5. Quanto all'**inclusione, nel concetto di "informazione privilegiata", dell'incarico di due diligence**: per informazione privilegiata si intende un'informazione avente carattere **preciso, ovvero che faccia riferimento a una circostanza esistente, o di cui possa ragionevolmente prevedersi che verrà a prodursi**. A parere della dottrina, assumono rilievo **non solo** i fatti storicamente accaduti ("*hard informations*") [2] **ma anche** quelli destinati a verificarsi in base a un giudizio di ragionevole prevedibilità [3] ("*soft informations*"); possono quindi avere rilievo **fatti di per sé "soft", che assumono un significato agli occhi dell'agente alla luce delle sue specifiche conoscenze e competenze** [4]. Rimangono escluse, invece, dal concetto di informazione privilegiata le mere elaborazioni intellettuali, in quanto la norma mira a sanzionare lo sfruttamento di un vantaggio ottenuto in modo parassitario, e non una capacità di analisi particolarmente spiccata. La Corte aderisce perfettamente a questo orientamento (peraltro incontestato tanto in giurisprudenza quanto in dottrina), e afferma che nella nozione di "informazione privilegiata" rientrano le **vicende pericolose in quanto prodromiche al delinearsi dell'informazione privilegiata**; in questo senso, la Cassazione richiama la CGUE per ribadire che "in una fattispecie a formazione progressiva diretta a realizzare una determinata circostanza o a produrre un certo evento **possono costituire informazioni aventi carattere preciso** ai sensi di tali disposizioni non solo la detta circostanza o il detto evento, bensì **anche le fasi intermedie** di tali fattispecie collegate al verificarsi di questi ultimi" [5]. **L'incarico di due diligence rientra nella definizione di "fase intermedia", espressamente prevista come informazione privilegiata dal nuovo articolo 180 Tuf, il quale fa rinvio alla definizione contenuta nel MAR; tale definizione, tuttavia, è identica a quella previgente, contenuta nel vecchio articolo 181 Tuf**. Non si pone, quindi, alcun problema di applicazione retroattiva di una più ampia nozione di "informazione privilegiata".

6. La difesa sostiene che sia necessario, ai fini della configurabilità del reato contestato, che **l'operazione di acquisto sia posta in essere in un momento immediatamente antecedente il lancio dell'OPA**. Tale censura non ha pregio. Come già illustrato il relazione alla censura precedente, è privilegiata l'informazione che si riferisce a una circostanza esistente o che ragionevolmente verrà ad esistenza, e che è sufficientemente specifica da consentire a un

ragionevole investitore di trarre conclusioni sul possibile effetto di tale circostanza sui prezzi degli strumenti finanziari a cui si riferisce; si sanziona, quindi, il **compimento di operazioni esse stesse privilegiate**, in quanto poste in essere nella **convinzione che un certo evento futuro avrà un effetto favorevole sul prezzo dello strumento finanziario** al quale le operazioni si riferiscono. Come sottolineato anche in dottrina, l'*insider trading* è un **reato di pericolo** [6] astratto [7], attraverso la cui previsione il legislatore appresta tutela anticipata a un bene – il buon funzionamento del mercato finanziario – strumentale rispetto alla tutela di entità ulteriori, quali, *in primis*, il patrimonio degli investitori “disinformati”. Di conseguenza, non è necessario che il giudice accerti che l'integrità del mercato abbia subito una lesione, nemmeno della forma del pericolo: è **il legislatore a presumere che condotte di abuso di informazioni siano pericolose per l'integrità del mercato, restando al giudice soltanto di accertare che una tale condotta sia stata posta in essere**. Il modello di tutela descritto viene privilegiato in sede legislativa proprio qualora le azioni individuali non siano in grado di ledere né di mettere in pericolo il bene protetto (**una singola condotta di sfruttamento d'informazione privilegiata non costituisce un pericolo per il mercato**); **il cumularsi di azioni dello stesso tipo**, tuttavia, **danneggia un bene della vita** che non potrà essere tutelato se non con la previsione di forme di tutela anticipata. La Corte dimostra di padroneggiare i concetti dottrinali, **escludendo in radice che fosse necessario, per il giudice, accertare l'elisione del margine di rischio per l'investitore in possesso dell'informazione privilegiata**. L'unico modo per valorizzare la tesi difensiva consisterebbe nel sostenere che un incarico di *due diligence*, assegnato per valutare la fattibilità di un'OPA, non consenta alcun pronostico sul buon esito della stessa, non potendo quindi rientrare nella definizione di “informazione privilegiata”; tale asserzione, tuttavia, come si è visto effettivamente fatta propria dalla difesa, non corrisponde alla realtà economico-finanziaria: come già esposto trattando della censura precedente, l'incarico in esame s'iscrive senz'altro tra quelle operazioni intermedie che, in quanto prodromiche al delinearsi dell'informazione privilegiata, rientrano in tale ultimo concetto.

7. Quanto alla **qualifica di insider primario del ricorrente**, la difesa sostiene che, avendo R. acquisito le informazioni rilevanti non in quanto assegnatario dell'incarico di *due diligence*, ma in quanto socio anziano della società di consulenza, egli andrebbe inquadrato nella categoria degli *insider* secondari, destinatari della sola disciplina amministrativa. Al fine di meglio comprendere la censura in esame, sembra opportuno premettere che tra gli *insiders* primari la dottrina distingue i “*corporate insiders*” (**coloro che svolgono funzioni o partecipano al capitale della società emittente**: in questo caso, si tratterebbe di soci o membri degli organi di amministrazione, direzione e controllo della società bersaglio dell'OPA[8]) e i “*temporary insiders*” (coloro che non fanno parte dell'organizzazione dell'emittente, ma che sono **temporaneamente coinvolti nella sua attività in ragione di specifici incarichi**; all'interno di questa categoria, la dottrina ricomprende pacificamente i consulenti legali o finanziari della società emittente o i dipendenti della società di revisione dell'emittente[9]). **Coloro che non rientrano in nessuna di queste categorie, ma che ricevono informazioni da un insider primario, vengono invece qualificati come “tippee”**, e possono essere chiamati a rispondere per il solo illecito amministrativo. **La Cassazione include il ricorrente tra gli insider primari, in particolare escludendo la sua qualifica di insider occasionale**, in quanto lo stesso avrebbe acquisito l'informazione in ragione del suo ruolo particolarmente qualificato all'interno della società di consulenza, e avrebbe quindi **sfruttato un'asimmetria informativa dipendente dallo svolgimento di una peculiare attività lavorativa**.

Il modesto parere di chi scrive è che la soluzione prescelta dalla Corte avrebbe potuto essere argomentata più approfonditamente. **R. R. non è né un socio della società bersaglio dell'OPA**

né un membro di un suo organo di amministrazione, direzione e controllo: pertanto il suo inquadramento fra i *corporate insider*, affermato dalla Corte, pare a ben vedere da escludere. Più condivisibile sarebbe porsa la scelta di annoverare il ricorrente tra gli *insider* temporanei, ovverosia coloro che sono temporaneamente coinvolti nell'attività della società a cui le informazioni si riferiscono in ragione di specifici incarichi (nel caso di specie, si trattava di un incarico di consulenza finanziaria); tale scelta sarebbe stata possibile valorizzando l'inciso relativo a coloro che vengano in possesso dell'informazione privilegiata "in ragione dell'esercizio di un'attività lavorativa". Tuttavia, anche l'inquadramento del ricorrente tra gli *insider* occasionali suscita delle perplessità: coglie nel segno la censura difensiva in ordine al fatto che il ricorrente non avrebbe avuto personalmente l'incarico di *due diligence*, ma, in quanto socio anziano della società di consulenza finanziaria a cui l'incarico era stato affidato, si sarebbe venuto a trovare in una posizione di mera vicinanza (non qualificata) rispetto all'informazione privilegiata. In effetti, la Corte si avvede del vuoto di tutela che sarebbe derivato dalla mancata criminalizzazione di quanti utilizzino un'informazione ottenuta non in forza di uno specifico incarico di consulenza loro affidato, ma grazie alla prossimità con i destinatari di tale incarico, e tenta di colmarlo attraverso una lettura estensiva della norma, che consenta di includere nel suo ambito applicativo "tutti coloro che comunque abusino del proprio ruolo primario interno e della propria peculiare attività lavorativa per carpire subdolamente ed in modo occulto l'informazione privilegiata"[10]. Precisa la Corte che il ruolo di *insider* primario non può essere riconosciuto in capo a chiunque svolga un'attività lavorativa all'interno di una società di consulenza: una simile qualifica sussiste solo in capo a colui che rivesta "una qualifica di spicco – come è quella di socio *senior* – e, per tale condizione, assuma una speciale autorevolezza e visibilità tra i colleghi, con conseguente capacità di divenire recettore e collettore delle vicende di singole attività di consulenza delle quali la società abbia ricevuto incarico ed alle quali pure non partecipi direttamente"[11]. Si tratta di una distinzione inedita, che conduce a una conclusione che risulta sfornita di un'adeguata motivazione, e che rischia, così, di risolversi in un'indebita applicazione della norma al di là dei propri confini letterali.

8. Il Tuf prevede due diverse forme di confisca, a seconda che il medesimo fatto di *insider trading* integri un reato ovvero un illecito amministrativo: la **confisca penale** (art. 187 Tuf) riguarda il **prodotto o il profitto del reato e i beni utilizzati** per commetterlo; la **confisca amministrativa** (187-sexies), modificata a seguito del d.lgs. 107/2018, che ha **rimosso il riferimento ai beni utilizzati**, e della sentenza 112 del 2019 della Corte Costituzionale, che ha **escluso l'ablazione del prodotto, riguarda oggi il solo profitto**. La difesa pone in dubbio la **legittimità costituzionale, in relazione agli articoli 3 e 27, della confisca obbligatoria dei mezzi strumentali a commettere il reato**, in particolare rilevando come, dalla qualificazione di un fatto come illecito amministrativo o penale, seguirebbe la possibilità di sottoporre ad ablazione entità di valore profondamente differente. La Corte rigetta le censure difensive, sostenendo che **nulla vieti al legislatore di prevedere sanzioni diverse a seconda che il fatto integri un reato ovvero un illecito amministrativo**. È opportuno notare che, in effetti, la tesi difensiva trova riscontro nelle opinioni di una parte della dottrina [12], che ha rilevato come la diversità delle due forme di confisca comporti un *vulnus* del principio di eguaglianza. Problemi si pongono, inoltre, sotto il profilo della proporzionalità e ragionevolezza di una misura di carattere sostanzialmente penale, con la quale vengono sottoposte ad ablazione entità di gran lunga superiori al profitto ritratto[13], e, anzi, a questo inversamente proporzionali (tanto più ingenti sono le risorse impiegate, tanto minore è il profitto); tali profili non vengono invero esaminati dalla Corte, la quale si limita al confronto tra confisca amministrativa e penale, per sostenere la

legittimità di una scelta legislativa nel senso della differenziazione delle sanzioni previste per le due fattispecie.

9. La sentenza in esame analizza diffusamente il tema della violazione del **principio *ne bis in idem***, richiamando l'ampia giurisprudenza in materia. Il percorso "evolutivo" del principio in parola è ormai noto agli studiosi di diritto penale: lo si ripercorrerà brevemente. Il caso nasce dalla **sfasatura tra la nozione formalistica di materia penale utilizzata in Italia e la nozione sostanzialistica fatta propria dalla Corte EDU**, la quale fa ricorso ai celebri criteri *Engels* della natura dell'illecito e del grado di afflittività della sanzione. Le sentenze *Fransson*[14] e *Grande Stevens*[15], rispettivamente della corte di Giustizia dell'Unione Europea e della corte EDU, **estendono il principio *ne bis in idem* fino a leggervi una preclusione** non solo alla inflizione di una doppia sanzione, ma anche **all'instaurazione di un doppio giudizio**, così avviando una vivace dibattito dottrinale volta alla ricerca dei migliori strumenti per rimuovere il "doppio binario". Tale dibattito è stata interrotta bruscamente dalla pronuncia *A&B c. Norvegia*[16], con la quale la Corte EDU introduce l'inedito criterio della ***sufficiently close connection in substance and in time***, escludendo una violazione del *ne bis in idem* ogniqualvolta a) i due procedimenti siano, se non contemporanei, consecutivi b) esistano meccanismi che consentano alla prova assunta in sede amministrativa di trasmigrare in sede penale o viceversa c) le due sanzioni perseguano finalità differenti d) la duplicazione dei procedimenti sia prevedibile e) esistano meccanismi che consentano a ciascuna autorità di tenere conto della sanzione già inflitta, garantendo la proporzionalità della sanzione complessiva rispetto alla gravità del fatto. Il **medesimo criterio** è stato adottato anche dalla Corte di Giustizia con le sentenze *Menci, Garlsson Real Estate e Di Puma e Zecca*[17], **nonché dal nostro giudice delle leggi (sent. 43 del 2018)**[18]. Infine, il criterio della connessione sostanziale e temporale è stato utilizzato come argine all'ampliamento del *ne bis in idem* anche dalla nostra **Corte di cassazione**[19], la quale, con le sentenze *Chiarion*[20], *Franconi*[21] ed *Erbetta*[22], ha valorizzato, in particolare, il criterio della **proporzionalità del trattamento sanzionatorio**. Le sentenze citate, infatti, prescrivono al giudice di accertare, anche avvalendosi del meccanismo previsto dall'art. 187-terdecies Tuf, che **la sanzione complessivamente irrogata risulti proporzionata al disvalore del fatto, con riferimento tanto agli aspetti che sottendono all'irrogazione della sanzione penale, quanto a quelli che giustificano la sanzione amministrativa**: nel caso in cui **la sanzione inflitta per prima sia commisurata in modo tale da assorbire completamente il disvalore del fatto**, con riguardo agli aspetti sia penali sia amministrativi, il giudice **disapplicherà** in toto la norma relativa alla sanzione non ancora divenuta irrevocabile; in caso contrario, quando cioè **la prima sanzione inflitta non sia di entità tale da esaurire il disvalore del fatto**, il giudice dovrà limitarsi a **modulare la seconda sanzione tenendo conto del limite imposto dall'art. 187-terdecies**[23]. La Corte svolgeva sul punto un'interessante precisazione: la disapplicazione della sanzione sarebbe sicuramente prospettabile nel caso in cui si tratti di sanzione amministrativa, essendo già divenuta irrevocabile la sanzione penale; nel caso opposto in cui **a essere divenuta irrevocabile sia la sanzione amministrativa, la disapplicazione della norma penale** sarebbe ipotesi del tutto **eccezionale**, essendo preferibile che il giudice provveda solo alla sola rimodulazione. Per la **risoluzione del caso qui in esame**, la Corte si dichiara concorde con le conclusioni delle sentenze Chiarion, Franconi ed Erbetta e, una volta accertata la sussistenza di connessione sostanziale e temporale tra procedimento amministrativo e penale, **annulla con rinvio** la sentenza impugnata limitatamente al trattamento sanzionatorio, **demandando al giudice di merito di accertare se la sanzione amministrativa esaurisca il disvalore del fatto, eventualmente disapplicando o rimodulando la sanzione penale**. A tal fine, il giudice di legittimità propone – ed è l'aspetto più innovativo della sentenza

in esame – di utilizzare l'art. 133 c.p., allargandone la portata in modo da consentire il bilanciamento tra il disvalore del fatto, comprensivo degli aspetti penali e amministrativi, e l'afflittività della sanzione, tenendo conto non solo della pena principale, ma anche delle pene accessorie e della confisca[24]. In particolare, alla Corte d'Appello è prescritto di considerare l'incidenza del fatto sulla fiducia degli investitori nel mercato e l'impatto sul buon funzionamento di questo, ma anche tutti gli elementi soggettivi e oggettivi che influiscano sul rapporto tra sanzione e disvalore del fatto[25]: tra questi, il comportamento collaborativo dell'imputato e l'episodicità della sua condotta[26]. Specifica la Corte che la **disapplicazione della norma che commina la sanzione penale, qualora la sanzione amministrativa già inflitta esaurisca il bisogno di punizione, è ipotesi rara ma non paradossale**, soprattutto in un settore, come quello degli abusi di mercato, in cui l'apparato sanzionatorio penale fa spesso eco alla severità draconiana delle sanzioni amministrative per prime inflitte; al giudice penale, chiamato a bilanciare le istanze di tutela dell'integrità dei mercati con il rispetto delle garanzie individuali, **non deve essere di ostacolo né il principio di obbligatorietà dell'azione penale, né il principio di legalità sulle cui basi si fonda la teoria dell'illecito penale nel nostro ordinamento**[27]. La Corte richiama l'ordinanza n. 48 del 2017 della Corte Costituzionale, che da ultima ha ribadito il dovere, imposto al giudice nazionale dall'art. 11 della Costituzione, di dare piena applicazione alle norme dell'Unione europea dotate di efficacia diretta e non applicare le norme interne ritenute con esse inconciliabili[28].

[1] M. Zanchetti, *Il diritto penale del mercato finanziario*, in *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, *Tutela penale del patrimonio*, a cura di Pulitanò, Torino, 2013, p. 458.

[2] M.A. Manno, *Profili penali dell'insider trading*, Milano, 2012, a p. 59.

[3] F. Mucciarelli, *L'abuso di informazioni privilegiate: delitto e illecito amministrativo*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1467.

[4] M.A. Manno, *Profili penali dell'insider trading*, Milano, 2012, a p. 60-61.

[5] *Markus Gelti c. Daimler AG*, del 28.6.2012.

[6] M. Zanchetti, *Il diritto penale del mercato finanziario*, in *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, *Tutela penale del patrimonio*, a cura di Pulitanò, Torino, 2013, p. 458 e F. D'Alessandro, *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, Torino, 2014, p. 135.

[7] F. D'Alessandro, *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, Torino, 2014, p. 135 e G. Marinucci – E. Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012, p. 207.

[8] F. D'Alessandro, *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, Torino, 2014, p. 129 e M. Zanchetti, *Il diritto penale del mercato finanziario*, in *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, *Tutela penale del patrimonio*, a cura di Pulitanò, Torino, 2013, p. 456.

[9] F. D'Alessandro, *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, Torino, 2014, p. 129 e M. Zanchetti, *Il diritto penale del mercato finanziario*, in *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, *Tutela penale del patrimonio*, a cura di Pulitanò, Torino, 2013, p. 456.

[10] p. 25 della sentenza.

[11] p. 25 della sentenza.

[12] E. Basile, [*Riforma del market abuse: quando la toppa \(parlamentare\) è peggiore del buco \(governativo\)*](#), in *Dir. pen. cont.*, 14 novembre 2017.

[13] F. Mucciarelli, *Riforma penalistica del market abuse: l'attesa continua*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, n. 1, p. 5 ss.

[14] D. Voza, [*I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della corte di giustizia dell'Unione Europea*](#), in *Dir. pen. cont.*, 15 aprile 2013.

- [15] Per tutti, F. Viganò, [Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani](#), in *Dir. pen. cont.*, 8 febbraio 2016, e A.F. Tripodi, [Uno più uno \(a Strasburgo\) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato](#), in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2014.
- [16] F. Viganò, [La grande camera della corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio](#), in *Dir. pen. cont.*, 18 novembre 2016; P. Fimiani, [Market abuse e doppio binario sanzionatorio dopo la sentenza della Corte e.d.u., Grande Camera, 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia](#), in *Dir. pen. cont.*, 8 febbraio 2017.
- [17] A. Galluccio, [La grande sezione della corte di giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem](#), in *Dir. pen. cont.*, 21 marzo 2018.
- [18] A. Galluccio, [Ne bis in idem e reati tributari: la consulta restituisce gli atti al giudice a quo perché tenga conto del mutamento giurisprudenziale intervenuto con la sentenza A. e B. c. Norvegia](#), in *Dir. pen. cont.*, 13 marzo 2018.
- [19] Per il primo caso di applicazione, da parte della Cassazione, dei criteri di stretta connessione e proporzionalità, F. Mucciarelli, [Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in idem: la Corte di cassazione e i criteri di stretta connessione e di proporzionalità](#), in *Dir. pen. cont.*, 17 ottobre 2018.
- [20] Sez. 5, n. 49869 del 21/09/2018.
- [21] Sez. 5, n. 45829 del 16/07/2018.
- [22] Sez. 5, n. 5679 del 19/11/2019.
- [23] Per un caso in cui la Corte d'Appello ha tenuto conto dell'art. 187-terdecies ai fini della commisurazione del trattamento sanzionatorio C. Pagella, [Riflessi applicativi del principio di proporzione del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato per fatti di market abuse e punibilità dell'“insider di sé stesso”: la Corte d'Appello di Milano sul caso Cremonini](#), commento a Corte App. Milano, Sez. II, sent. 15 gennaio 2019 (dep. 15 aprile 2019), n. 284, Pres. Correrà, Rel. Puccinelli, in *Dir. pen. cont.*, 20 giugno 2019.
- [24] P. 44 della sentenza.
- [25] P. 44-45 della sentenza.
- [26] P. 46 della sentenza.
- [27] P. 46-47 della sentenza.
- [28] P. 47 della sentenza.

* * * * *

La Corte di Giustizia UE si pronuncia sulla legittimità del procedimento di emissione del M.A.E. da parte del P.M. francese

[CGUE, sent. 12 dicembre 2019, cause riunite C-566/19 PPU e C-626/19 PPU](#)

di Luigi Scollo

1. Introduzione. – La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha depositato, in data 12 dicembre 2019, la decisione con cui risolve le richieste di pronuncia pregiudiziale sollevate, ai sensi dell'art. 267 del TFUE, dalla Corte d'Appello del Lussemburgo e dal Tribunale di Amsterdam, aventi ad oggetto la legittimità del procedimento francese di **emissione del mandato d'arresto europeo (M.A.E.) da parte del Pubblico Ministero**[1].

La procedura francese di emissione del M.A.E. veniva censurata sotto il profilo soggettivo, giacché il mandato veniva emesso dal procuratore, e non dal giudice, e, sotto il profilo oggettivo, giacché la procedura di emissione sembrava prevedere sufficienti rimedi e garantire efficaci livelli di tutela giurisdizionale quanto al rispetto del principio di proporzionalità e dei diritti fondamentali del cittadino richiesto[2].

La Corte, con la sentenza in commento, ha risposto negativamente ad entrambe le censure sollevate, pronunciandosi per **la piena legittimità del procedimento francese di emissione del M.A.E. da parte del Pubblico Ministero**, per le ragioni che verranno di seguito esposte (§ 4), non prima di aver ricostruito i termini della vicenda e delle questioni rimesse alla CGUE (§ 2), richiamate seppur brevemente le conclusioni dell'Avvocato Generale (§ 3), per poi lasciare spazio ad alcune notazioni critiche (§ 5).

2. Le richieste di pronuncia pregiudiziale ed i dubbi oggettivi e soggettivi sulla legittimità del procedimento francese. – I giudici rimettenti, con due distinti atti di promovimento, ponevano alla Corte di Giustizia dell'Unione questioni in parte sovrapponibili. In entrambi i casi, il M.A.E. proveniente dalla Francia era stato emesso da un Pubblico Ministero e non da un Giudice.

Si dubitava, in primo luogo, che il Pubblico Ministero francese disponesse di sufficiente **indipendenza**, in special modo dal potere politico, per essere considerato «autorità giudiziaria emittente», nel senso dell'art. 6, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584/GAI sul mandato d'arresto europeo (**profilo soggettivo**). I dubbi circa il livello di indipendenza del procuratore si fondavano, in particolare, su due constatazioni: l'organizzazione strettamente gerarchizzata dell'ufficio di procura e la sottoposizione al potere di indirizzo politico del governo, per il tramite dei poteri attribuiti al Ministro della Giustizia dalla legge sull'ordinamento giudiziario e dal codice di procedura penale[3].

Inoltre, nel rinvio pregiudiziale del Tribunale di Amsterdam, si dubitava della legittimità dell'iter processuale di emissione del M.A.E., da parte del Pubblico Ministero francese, in quanto – quand'anche potesse essere considerato «autorità giudiziaria emittente» – non sembrava assicurare un livello adeguato di **tutela dei diritti fondamentali** e del **rispetto del principio di proporzionalità**, sia durante che dopo l'emissione del provvedimento, per mancanza di rimedi effettivi di impugnazione (**profilo oggettivo**).

Il giudice olandese, in particolare, osservava che dal momento dell'emissione del mandato di cattura nazionale a quello di emissione del mandato di cattura europeo «*può essere trascorso qualche tempo. In detto intervallo possono essersi verificati fatti e circostanze nuovi che sono rilevanti per la proporzionalità dell'emissione di un MAE. In tal caso un controllo giurisdizionale precedente non potrebbe offrire una tutela giurisdizionale effettiva*», per cui «*sarebbe logico porre in ogni caso la condizione che la decisione concreta di emettere il MAE deve essere adottata il più presto possibile dopo la verifica della proporzionalità*». A ciò doveva aggiungersi il tema dei rimedi adeguati giacché, sebbene l'ordinamento d'oltralpe preveda che si possa invocare «*l'annullamento del MAE*» dinanzi al giudice francese, in caso di possibile violazione di diritti fondamentali o del principio di proporzionalità, «*il ricorso in parola sembra essere a disposizione dell'interessato quando questo dopo la sua consegna viene tradotto dinanzi al giudice francese*», e perciò sarebbe risultato un rimedio inadeguato per garantire **un livello effettivo di tutela giurisdizionale**, specie in assenza di una indicazione della Corte la quale stabilisca che «*il giudice del rinvio possa esaminare sostanzialmente il MAE e pronunciarsi sulla sua esecuzione*»[4].

In entrambi i procedimenti ci si chiedeva, dunque, se al M.A.E. emesso in tale contesto normativo potesse essere data esecuzione, interrogando la Corte di Giustizia per decidere, in sintesi, **se il P.M. francese potesse rientrare nella qualifica di «autorità giudiziaria emittente»**, a norma dell'art. 6, paragrafo 1, della decisione quadro, e quindi potesse emettere il M.A.E. al posto del

giudice, ed inoltre **se la procedura di emissione assicurasse adeguati livelli di tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali e del principio di proporzionalità**.

Gli atti di promovimento del rinvio pregiudiziale ricordavano che la Corte di Giustizia dell'Unione si era, di recente, pronunciata su una domanda analoga, concernente i mandati d'arresto europeo emessi dai Pubblici Ministeri di altri due Stati Membri, ossia la **Repubblica Federale Tedesca** e la **Repubblica di Lituania**. In quel caso, la CGUE aveva deciso che, mentre il procuratore generale di Lituania doveva considerarsi **indipendente**, le procure tedesche non erano dotate di sufficiente **autonomia** dal potere politico, risultando al contrario esposte al rischio di essere soggette, direttamente o indirettamente, a ordini o istruzioni individuali da parte dell'esecutivo[5].

Nella decisione relativa al Pubblico Ministero tedesco (Sentenza OG e PI), ampiamente richiamata nella pronuncia in commento e negli atti di promovimento, il giudice dell'Unione aveva osservato che, conformemente al **principio di autonomia processuale**, gli Stati Membri potessero determinare, in base al diritto interno, l'organo più idoneo cui demandare il compito di emettere il M.A.E., e dunque che non necessariamente dovesse trattarsi di giudici od organi giurisdizionali, bensì l'ordinamento nazionale poteva attribuire tale funzione a qualsiasi **organo partecipe dell'amministrazione della giustizia penale**, e dunque anche un **procuratore**[6].

La Corte, tuttavia, in quella sede, avvertiva che la procedura di emissione del mandato europeo presuppone **una tutela su due livelli** dei diritti in materia processuale e dei diritti fondamentali, il primo costituito dalla procedura di emissione del mandato di cattura nazionale, il secondo costituito proprio dalla procedura di emissione del mandato di cattura europeo, in cui è parimenti necessario assicurare **l'indipendenza dell'organo emittente** e che lo stesso svolga un pieno **sindacato di proporzionalità** della misura richiesta rispetto alle finalità ed agli scopi perseguiti dalla stessa[7].

Tale ultimo aspetto veniva messo in risalto proprio dal rinvio pregiudiziale del Tribunale di Amsterdam, il quale – come si è detto – dubitava che la procedura di emissione del M.A.E. osservata dal procuratore francese, ancorché potesse essere qualificato come organismo idoneo ed indipendente, includesse una adeguata verifica della **proporzionalità**, come richiesto invece dalla sentenza OG e PI della CGUE. Il Tribunale lussemburghese, invece, ricordava come l'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia imponesse, da un lato, che l'autorità emittente fosse in grado di esercitare la funzione in maniera obiettiva, e senza essere esposta al **rischio di interferenze** da parte del potere esecutivo, e dall'altro che potesse agire in modo **indipendente**, in base a regole statutarie ed organizzative idonee a garantire la genuinità della decisione, anche sotto il profilo del sindacato di proporzionalità, in relazione al quale l'ordinamento deve altresì assicurare **una tutela giurisdizionale effettiva**[8].

3. Le conclusioni dell'Avvocato Generale. – In data 26 novembre 2019, l'Avvocato Generale presentava le proprie **conclusioni** nelle quali, previa analisi delle norme sull'ordinamento giudiziario e processuale francese sopra richiamate, **suggeriva alla Corte di pronunciarsi sfavorevolmente nei confronti della Francia**, ed in accoglimento delle censure mosse dai giudici rimettenti[9].

L'Avvocato Generale osservava come, anche in seguito alla riforma del codice di procedura penale, il Pubblico Ministero francese non risultasse ancora dotato di sufficiente **indipendenza interna ed esterna**, essendo sottoposto al **potere gerarchico del Procuratore** capo dell'Ufficio ed al **potere di indirizzo generale di politica criminale da parte del Ministro della Giustizia** e, per il suo tramite, del Governo. In particolare, nelle conclusioni, l'Avvocato Generale ricordava come «*in Francia, fino al 2013, il Ministro della Giustizia poteva impartire istruzioni ai procuratori in singoli procedimenti*», per cui «*la giurisprudenza derivante dalle sentenze OG e PI (...) indurrebbe ad affermare*

che, prima di tale data, il pubblico ministero di tale Stato membro non poteva essere qualificato come “autorità giudiziaria emittente”. Invero, si legge poi nelle conclusioni, «la soggezione della procura francese alle eventuali **istruzioni individuali** del potere esecutivo è scomparsa con la **riforma del CPP** a partire dal 2014. Rimane, tuttavia, la possibilità per il Ministro della Giustizia di impartire **istruzioni generali** (articolo 30 del CPP)»[10]. Residua il fondato timore che «anche quest’ultimo genere di istruzioni possa essere rilevante»[11], specie in un ordinamento in cui esiste una «struttura gerarchica caratteristica della procura, con la conseguenza che i suoi membri sono **organicamente e funzionalmente subordinati al procuratore generale** presso i rispettivi tribunali», per cui «ogni pubblico ministero è quindi “soggetto alla direzione e al controllo dei suoi superiori gerarchici”»[12], e gli **orientamenti espressi dal governo**, per il tramite del Ministro, «possono, legittimamente, vincolare i procuratori degli Stati Membri che scelgano di ammettere istruzioni generali di tal genere»[13].

L’Avvocato Generale, infine, osservava che l’ordinamento francese non prevedesse alcuna procedura di impugnazione del mandato di cattura europeo prima della consegna, con ciò posticipando indebitamente la tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali ad un momento successivo alla cattura, allorquando la temuta lesione dei diritti fondamentali si era già consumata con la perdita della libertà. Nelle sue conclusioni, l’Avvocato Generale avvertiva che «dato il rischio di lesione del diritto alla libertà, intrinsecamente connesso all’emissione di un MAE, la possibilità di impugnarlo con un ricorso giurisdizionale dovrà essere disponibile non appena ne sia stata disposta l’emissione», e quindi che «un sistema nazionale che preveda solo tale ricorso *ex post* e non consenta di impugnare il MAE all’origine non soddisfa «pienamente i requisiti inerenti a una tutela giurisdizionale effettiva» nello Stato membro emittente, cui fa riferimento la Corte di giustizia [nella sentenza OG e PI, nda]»[14].

L’Avvocato Generale, pertanto, concludeva escludendo che l’ordinamento giudiziario francese disponesse di regole sufficienti per garantire l’indipendenza del Pubblico Ministero dal potere gerarchico e dal potere politico, tale da consentirgli l’emissione del M.A.E., e che comunque lo stesso M.A.E. «sarebbe gravemente viziato se non fosse possibile contestarlo con un ricorso giurisdizionale» anche precedente alla consegna, e quindi all’arresto del ricercato[15].

4. Le conclusioni e le argomentazioni della Corte di Giustizia. – Il Giudice dell’Unione si è pronunciato in maniera difforme rispetto alle conclusioni dell’Avvocato Generale, giudicando la legislazione francese, in materia di ordinamento giudiziario e processuale, **idonea ad assicurare il rispetto dei requisiti di indipendenza e proporzionalità della decisione**.

La Corte di Giustizia, nella decisione in commento, ha osservato che «l’art. 64 della Costituzione garantisce l’**indipendenza dell’autorità giudiziaria**», e che «in forza dell’art. 30 del CPP, il pubblico ministero esercita le sue funzioni in modo obiettivo al riparo da qualsiasi istruzione individuale proveniente dal potere esecutivo, in quanto il Ministro della Giustizia può **soltanto** rivolgere ai magistrati della procura **istruzioni generali** di politica penale al fine di assicurare la coerenza di tale politica in tutto il territorio»[16].

Le sole istruzioni generali, secondo il giudice dell’Unione, concordemente a quanto sostenuto dal governo francese intervenuto nella procedura, «**non possono in alcun caso avere l’effetto di impedire a un magistrato della procura di esercitare il proprio potere discrezionale riguardo alla proporzionalità dell’emissione di un mandato**»[17]. Per cui, sulla base del nuovo assetto normativo risultante dalla sopra menzionata riforma del 2013, «**i magistrati della procura dispongono del potere di valutare in modo indipendente, segnatamente rispetto al potere esecutivo, la necessità e la proporzionalità dell’emissione di un mandato d’arresto europeo**»[18]. Irrilevanti, secondo la CGUE, sono poi le istruzioni interne, giacché «il requisito di indipendenza, che esclude che il potere decisionale dei primi formi oggetto di istruzioni esterne al potere giudiziario,

provenienti in particolare dal potere esecutivo, non vieta le istruzioni interne che possono essere impartite ai magistrati della procura dai loro superiori gerarchici, essi stessi magistrati della procura»[19].

Dunque, entrambe le criticità circa l'indipendenza, interna ed esterna, del Pubblico Ministero vengono risolte dalla Corte nel senso di escludere che l'attuale conformazione dell'ordinamento processuale e giudiziario francese presenti dei dubbi sulla idoneità del Pubblico Ministero ad essere considerato «autorità giudiziaria emittente» nel senso della decisione quadro (profilo soggettivo).

Anche la **seconda questione**, attinente al **profilo oggettivo**, e cioè all'effettività della tutela giurisdizionale di secondo livello ha avuto risposta positiva per la Repubblica francese.

La Corte, difatti, dopo aver ricordato l'importanza di garantire un **doppio livello di tutela dei diritti fondamentali**, specie nell'ambito della procedura del M.A.E. nel quale è in gioco un bene primario come il diritto alla libertà della persona interessata dalla **procedura di consegna**, e quindi di garantire una tutela giurisdizionale piena ed effettiva, tuttavia ritiene che «*l'istituzione di un diritto al ricorso distinto contro la decisione di emettere un mandato d'arresto (...) costituisce solo una possibilità*»[20], ben potendo lo Stato Membro garantire eguale tutela mediante una diversa procedura, come quella francese, in cui un primo vaglio è comunque assicurato dal giudice che emette il mandato di cattura nazionale, e sul quale il M.A.E. trova fondamento[21].

La Corte di Giustizia dell'Unione osserva, in particolare, che, in sede di emissione del mandato di cattura nazionale, il giudice francese «*domanda contestualmente al pubblico ministero di emettere un mandato d'arresto europeo e compie una valutazione delle condizioni necessarie per l'emissione di un siffatto mandato (...) e in particolare della sua proporzionalità*»[22]. Dunque, secondo la Corte di Giustizia, lo stesso giudice francese richiedente compie un pieno **sindacato sulla proporzionalità** della misura richiesta. Inoltre, la sentenza ricorda che «*nell'ordinamento giuridico francese, la decisione di emettere un mandato d'arresto europeo, in quanto atto procedimentale, può essere oggetto di un'azione di nullità sul fondamento dell'art. 170 del CPP. Una siffatta azione, disponibile per tutto il tempo in cui si svolge l'istruttoria penale, consente alle parti del procedimento di far rispettare i loro diritti*». «*Se il mandato d'arresto europeo è emesso nei confronti di una persona che non è ancora parte del procedimento – conclude poi la Corte –, quest'ultima potrà esercitare l'azione di nullità dopo la consegna effettiva e la sua comparizione dinanzi al giudice istruttore*»[23].

In conclusione, quindi, anche le criticità afferenti al **profilo oggettivo** sono state superate dal rilievo che la procedura ed i rimedi interni sarebbero sufficienti ad assicurare un adeguato livello di tutela dei diritti fondamentali ed il rispetto del principio di proporzionalità.

5. Alcune notazioni critiche. – La Corte di Giustizia, con la sentenza in commento, ha reputato sufficiente in buona sostanza il livello di tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali previsto dall'ordinamento francese, nell'ambito del procedimento di emissione di un M.A.E. Ciò, sebbene il Pubblico Ministero non effettui *ex novo* un **giudizio di proporzionalità** della misura richiesta dal giudice, in sede di emanazione del M.A.E., e sebbene il consegnando indagato (non essendo ancora parte del procedimento, secondo le norme di rito) non abbia la possibilità, prima della sua consegna e comparizione davanti al giudice istruttore, di proporre **azione di annullamento** del mandato di cattura[24].

Il Giudice dell'Unione, in sostanza, reputa sufficiente il **sindacato di proporzionalità anticipato** al momento della richiesta di emissione del M.A.E., da parte del giudice, e non ravvisa conflitti con il diritto dell'unione per il fatto che **l'ordinamento francese posticipa il sindacato sui diritti fondamentali al momento della cattura e contestuale consegna**. La sentenza, difatti afferma che, sulla base delle predette norme processuali, «*la proporzionalità della decisione del pubblico ministero di emettere un mandato d'arresto europeo può essere oggetto di un sindacato*

giurisdizionale preliminare, addirittura quasi contemporaneo alla sua emissione, e, in ogni caso, dopo l'emissione del mandato d'arresto europeo, potendo tale esame pertanto avvenire, a seconda dei casi, prima o dopo la consegna effettiva della persona ricercata»[25].

Tale conclusione **non convince** completamente. È pur vero che il giudice chiamato ad emettere il mandato di cattura nazionale ben può valutare la proporzionalità della misura richiesta al Pubblico Ministero, in maniera indipendente, realizzando così il **sindacato di proporzionalità anticipato**, tuttavia la lettera dell'art. 6, paragrafo 1, della decisione quadro, l'obiettivo della decisione e le esigenze derivanti da quest'ultima, sembrano escludere che il sindacato di proporzionalità possa essere anticipato al momento della richiesta, dovendosi piuttosto concludere che la **tutela multilivello** imponga che sia «l'autorità giudiziaria emittente» a doversi pronunciare sulla **legittimità** della misura richiesta nel **momento dell'emissione** del M.A.E., anche con riguardo alla sua **proporzionalità**, se non altro perché solo al momento della effettiva adozione, l'autorità giudiziaria emittente può tenere conto di eventuali **motivi ostativi** alla sua emissione, sopraggiunti *in limine*[26].

Una riflessione merita anche la scelta di consentire che la **tutela giurisdizionale** avverso eventuali **vizi del procedimento di adozione del M.A.E.** avvenga solo dopo la **consegna** dell'indagato all'autorità richiedente, e la contestuale esclusione che detti vizi, ad esempio, possano essere devoluti all'autorità giudiziaria dello Stato richiesto, nell'ambito della **procedura di consegna**. La possibilità che un soggetto venga sottoposto all'arresto, in base ad un provvedimento che viola i diritti fondamentali, dovrebbe condurre alla necessità di prevedere una procedura **senza limiti temporali di accesso**, o quantomeno senza che detti vizi debbano prima condurre all'illegittima compressione del **diritto di libertà**[27].

La sentenza della Corte di Giustizia non può dirsi pienamente convincente neppure con riguardo alla risposta al quesito sull'**indipendenza del Pubblico Ministero francese**. È pur vero che la riforma del 2013, come si è detto, ha novellato il secondo comma dell'art. 30 del codice di rito, eliminando la possibilità per il Ministro della Giustizia di impartire istruzioni specifiche per i singoli procedimenti[28]. Tuttavia, la riforma non è intervenuta su alcuni **profili egualmente critici** della normativa. In particolare, l'art. 30, primo comma, tuttora prevede che «*il ministro della giustizia conduce la politica criminale decisa dal governo*» ed «*assicura la coerenza della sua applicazione sul territorio della Repubblica*», con ciò attribuendo al Ministro un **potere di indirizzo** dell'organo di accusa, seppur di carattere generale, ma cogente. Inoltre, sebbene a seguito della riforma, lo stesso articolo preveda che il Ministro «*non può inviare loro alcuna istruzione in singoli casi*», tuttavia continua a prevedere che **il Ministro, se lo ritiene, «invia istruzioni generali ai magistrati del Pubblico Ministero» proprio al fine di dirigere la politica criminale**, espressa suo tramite dal governo. Tale **potere di indirizzo**, unitamente ai **poteri di promozione e di sanzione** dei procuratori, se da un lato consente di assicurare l'applicazione uniforme sul territorio francese della politica criminale del governo, dall'altro pone dei pressanti interrogativi sull'effettiva **indipendenza** del Pubblico Ministero dal potere politico, anche dopo la novella.

Le argomentazioni della Corte, in definitiva, non sembrano fornire adeguata risposta all'interrogativo posto dall'Avvocato Generale nelle conclusioni rassegnate lo scorso 26 novembre, il quale si chiedeva «*come [possa] parlarsi di indipendenza in relazione a una decisione adottata da chi deve rispettare inderogabilmente, anche contro il proprio parere, tali istruzioni (generali) del governo nel momento in cui deve emettere un MAE*». Oltretutto, osserva l'Avvocato Generale, «*i procuratori francesi, oltre ad agire secondo le istruzioni generali impartite dal Ministro della giustizia, devono attenersi anche agli ordini dei loro superiori gerarchici nell'ambito della struttura del pubblico ministero*»[29]. Nella sentenza in commento, il giudice dell'Unione, infatti, si è limitato ad osservare che, in base alle sentenze OG e PI, e PF più volte citate, la

giurisprudenza della Corte sembrerebbe attribuire rilevanza alle sole «*istruzioni esterne al potere giudiziario*»[30], da ciò ne deriverebbe l'irrelevanza delle altre caratteristiche della figura del pubblico ministero francese, poste in luce sia dai giudici rimettenti, sia dallo stesso Avvocato Generale.

A parere di chi scrive, se risulta pacifico che, come ha affermato la CGUE, le **istruzioni esterne** al potere giudiziario, di carattere specifico e relative al singolo procedimento, siano idonee a ledere l'**imparzialità** necessaria per attribuire al pubblico ministero la funzione di «autorità giudiziaria emittente», non può essere escluso *sic et simpliciter* che altre peculiarità ordinamentali, **cumulativamente** presenti nel caso di specie, siano egualmente idonee ad incidere sulla figura del P.M. e la sua imparzialità. L'argomentazione della Corte, sul punto, non sembra confrontarsi pienamente con le caratteristiche proprie dell'ordinamento francese. Proprio su tali caratteristiche, complessivamente considerate, e non solo sulla previsione di indicazioni specifiche dal Ministro al P.M. (non può previste), la sentenza della Corte EDU, nel caso Moulin c. Francia, già citata, aveva affermato la mancanza di imparzialità in capo al procuratore francese[31].

I beni giuridici in gioco, *in primis* la libertà personale, renderebbero preferibile, se non doveroso, che l'autorità emittente un mandato di cattura, sia esso nazionale od europeo, fosse **immune** da istruzioni tanto generali quanto specifiche, provenienti tanto dal potere politico, quanto dall'organizzazione gerarchica dell'ufficio. La decisione della Corte di Giustizia non sembra dunque convincere pienamente anche sotto tale profilo.

6. Conclusioni. – La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha stabilito che le norme sull'ordinamento giudiziario e la riforma del codice di procedura penale del 2013 pongono il **Pubblico Ministero francese al riparo dall'influenza del potere politico**, e la sua libertà di azione non è minata dall'organizzazione gerarchica dell'Ufficio di procura, per cui può considerarsi **indipendente** a sufficienza da essere investito della **funzione di emettere il mandato d'arresto europeo**.

Inoltre, la procedura di emissione del M.A.E. prevista in Francia consente, allo stato, **una tutela giurisdizionale piena ed effettiva**, sia con riguardo al rispetto dei **diritti fondamentali**, sia in merito alla **proporzionalità** della misura, già al momento della richiesta di adozione del M.A.E., e comunque successivamente alla comparizione del consegnando.

Tali conclusioni, tuttavia, non sembrano pienamente convincenti, perché l'inserimento del Pubblico Ministero francese all'interno di una rigida **struttura gerarchica**, al cui vertice ancora risiede ancora il Ministro, non sembra soddisfare pienamente il requisito di **indipendenza** di cui dovrebbe essere dotato l'organo che decide in materia di libertà personale, e dunque sull'emissione di un M.A.E. Inoltre, la decisione di **posticipare** di fatto alla consegna il sindacato sui **diritti fondamentali** e sulla **proporzionalità** del cittadino indagato non sembra perseguire, al più alto livello possibile, l'obiettivo proprio dell'Unione di costruire **uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia**.

[1] Si tratta delle cause riunite C-566/19 PPU, parte: JR (sollevata dalla Corte d'appello del Lussemburgo, con riguardo al mandato d'arresto europeo emesso, in data 24 aprile 2019, dal procuratore della Repubblica presso il Tribunale di primo grado di Lione) e C-626/19 PPU, parte: YC (sollevata dal Tribunale di Amsterdam, Paesi Bassi, con riguardo al mandato d'arresto europeo emesso, in data 27 marzo 2019, dal procuratore della Repubblica presso il Tribunale di primo grado di Tours). In entrambi i casi si trattava di un mandato d'arresto emesso ai fini dell'esercizio di un'azione penale in cui i cittadini richiesti erano accusati rispettivamente di reati connessi a una organizzazione criminale e di partecipazione ad un attacco a mano armata.

- [2] Cfr. Sintesi delle domande di pronuncia pregiudiziale nelle cause C-566/19 PPU JR e C-626/19 PPU YC, disponibili su: curia.europa.eu.
- [3] In particolare, veniva censurata la normativa risultante dal combinato disposto degli artt. 30 e ss. del Codice di procedura penale francese e della legge sull'ordinamento giudiziario. Precisamente, l'art. 5 della legge sull'ordinamento giudiziario francese (Ordonnance n° 58-1270 del 22 dicembre 1958) stabilisce che "i magistrati del Pubblico Ministero sono sottoposti alla direzione ed al controllo dei rispettivi capi gerarchici e sotto l'autorità del Ministro della Giustizia", ed inoltre spettano al Ministro sia i poteri di nomina e di promozione, ai sensi dell'art. 28 co. 2, sia il potere disciplinare, a norma dell'art. 48 della stessa legge.
- [4] Cfr. punti da n. 24 a 30 della sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale, Causa C-626/19 PPU YC, disponibile su: curia.europa.eu.
- [5] Cause riunite C-508/18 OG (procura di Lubeca) e C-82/19 PPU PI (procura di Zwickau) e causa C-509/18 PF (procuratore generale di Lituania).
- [6] CGUE, Grande Sezione, 27 maggio 2019, nelle cause riunite C-508/18 e C-82/19 PPU OG e PI, punto n. 48.
- [7] *Ibid.*, punti da n. 64 a n. 71.
- [8] Cfr. Sintesi delle domande di pronuncia pregiudiziale nelle cause C-566/19 PPU JR, pag. 7, punto n. 26, e C-626/19 PPU YC, pag. 3, IV, V e VI allinea, disponibili su: curia.europa.eu.
- [9] Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale, M. Campos Sánchez-Bordona, 26 novembre 2019, nelle Cause riunite C-566/19 PPU JR e C-626/19 PPU YC, pag. 12, punto n. 103.
- [10] *Ibid.*, pag. 5, nn. 32-33.
- [11] *Ibid.*, pag. 6, n. 37.
- [12] *Ibid.*, pag. 5, n. 33.
- [13] *Ibid.*, pag. 6, n. 39.
- [14] *Ibid.*, pag. 11, punti nn. 87 e 91.
- [15] *Ibid.*, pag. 11, punto n. 95.
- [16] CGUE, Prima Sezione, 12 dicembre 2019, nelle cause riunite C-566/19 PPU e C-626/19 PPU JR e YC, pag. 9, punto n. 54.
- [17] *Ibid.*, pag. 9, punto n. 54.
- [18] *Ibid.*, pag. 9, punto n. 55.
- [19] *Ibid.*, pag. 10, punto n. 56.
- [20] *Ibid.*, pag. 11, punto n. 65.
- [21] *Ibid.*, pag. 11, punto n. 66.
- [22] *Ibid.*, pag. 11, punto n. 66.
- [23] *Ibid.*, pag. 11, punti nn. 69-70.
- [24] La Corte, in particolare, fa riferimento alla procedura di annullamento prevista dall'art. 170 del CPP francese, in cui è stabilito che «con riferimento a tutte le categorie di reati, la *Chambre de l'instruction* può, nel corso dell'attività istruttoria, essere investita da parte del giudice istruttore, del procuratore della Repubblica o delle parti per l'annullamento di un atto o di una prova del procedimento».
- [25] CGUE, Prima Sezione, 12 dicembre 2019, cit. *supra* nota 16, pag. 11, punto n. 70.
- [26] Nel contesto italiano, ai sensi dell'art. 28 della l. 22 aprile 2005 n.69 (in Gazz. Uff., 29 aprile, n. 98). - Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, il M.A.E. per l'esercizio dell'azione penale è emesso «dal giudice che ha applicato la misura cautelare della custodia in carcere o degli arresti domiciliari». In questo caso, sebbene si tratti dello stesso organo che ha emesso il mandato di cattura nazionale, il sindacato sulla legittimità del M.A.E. coincide temporalmente con il momento della sua emanazione.

[27] Il Tribunale di Amsterdam, nella domanda di rinvio pregiudiziale, aveva esposto la necessità, qualora il sindacato di proporzionalità eseguito dall'autorità francese non fosse risultato adeguato ai principi dell'Unione, che il giudice nazionale dello Stato membro richiesto potesse «*esaminare sostanzialmente il MAE e pronunciarsi sulla sua esecuzione*» (cfr. punto n. 31 della Sintesi, cit., pag. 7).

[28] Tale disciplina, peraltro, era stata aspramente criticata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, nella nota sentenza *Moulin c. Francia* del 23.11.2010, in cui la Corte EDU aveva affermato che «*i membri del pubblico ministero in Francia non soddisfano il requisito di indipendenza nei confronti dell'esecutivo*».

[29] Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale, cit., pag. 6, punti n. 40 e n. 44. Va osservato, inoltre, che nel punto n. 5 della sentenza n. 2017-680 QPC, resa in data 8 dicembre 2017, il Conseil Constitutionnel ha confermato che «*il governo determina e conduce la politica della nazione, in particolare per quanto riguarda gli ambiti di azione della Procura della Repubblica*». L'azione del procuratore in Francia appare dunque come fortemente influenzata dalle direttive impartite dal governo per il tramite del Ministro della Giustizia, e fortemente gerarchizzata. Nel contesto italiano, criticità analoghe sono state censurate da autorevoli commentatori con riguardo alla proposta di riforma costituzionale dell'ordinamento giurisdizionale, proposta dall'Avvocatura (Cfr. Proposta di legge costituzionale d'iniziativa popolare, "Norme per l'attuazione della separazione delle carriere giudicante e requirente della magistratura" (14), disponibile su: camera.it). Sul punto, v. le osservazioni di C. Castelli, *La fine della magistratura costituzionale: DDL sulla separazione delle carriere*, in questionegiustizia.it, 22 ottobre 2019; nonché di L. Poniz, *Relazione*, 34^a Congresso ANM, 29 novembre 2019, disponibile su: associazionemagistrati.it.

[30] CGUE, Prima Sezione, 12 dicembre 2019, cit. *supra* nota 16, pag. 10, punto n. 56.

[31] Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Moulin c. Francia*, cit., punto n. 56 e ss.

* * * * *

L'incidente probatorio per l'ascolto della vittima vulnerabile: automatismi ed eccessi di tutela

[Cass., sez. III, sent. 16 maggio 2019 \(dep. 26 luglio 2019\), n. 34091, Pres. Rosi, Est. Reynaud](#)

di Cristina Ardigò

1. Con la sentenza in esame, la Terza sezione della Corte di cassazione, adottando una lettura dell'**art. 392 comma 1-bis c.p.p.** conforme alle finalità espresse dalle fonti internazionali in materia, dichiara l'**abnormità** dell'ordinanza, emessa dal g.i.p. presso il Tribunale di Tivoli, con la quale era stata rigettata la richiesta di incidente probatorio c.d. speciale, relativo cioè a procedimenti per reati lesivi della libertà personale e sessuale.

L'ordinanza veniva impugnata dal pubblico ministero che, in via principale, ne deduceva l'abnormità e, in subordine, evidenziava l'illegittimità costituzionale degli artt. 392 comma 1-bis e 398 c.p.p., in quanto contrastanti con l'art. 117 comma 1 Cost., atteso che la mancata previsione di un rimedio – quale il ricorso per cassazione – in caso di rigetto dell'istanza richiamata avrebbe favorito il verificarsi della c.d. vittimizzazione secondaria della persona offesa di reati sessuali, ovvero proprio l'esito che le citate disposizioni processuali mirano ad evitare.

Prima di addentrarsi nella parte motiva della sentenza, pare utile riassumere la vicenda processuale sottostante. Il caso che ha interessato la Corte muove dall'**istanza di incidente probatorio** formulata dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Tivoli **per l'assunzione della testimonianza della persona offesa** – minorenni all'epoca dei fatti, ma ormai prossima al compimento della maggiore età – **in un procedimento per il delitto di violenza sessuale**, di cui all'art. 609-*bis* c.p. Nonostante la richiesta fosse stata ritualmente presentata, **il giudice per le indagini preliminari, con ordinanza, ne disponeva il rigetto**. Provvedimento, quest'ultimo, che il pubblico ministero ha ritenuto assolutamente illegittimo e la cui rimozione, considerata la relativa inoppugnabilità, si sarebbe potuta profilare solo denunciandone l'abnormità innanzi alla Suprema Corte. A tal fine, il Procuratore ha sostenuto che l'introduzione del comma 1-*bis* nell'art. 392 c.p.p., in virtù degli obblighi internazionali assunti dall'Italia, imponesse al giudice di disporre la deposizione a futura memoria della vittima "presunta" vulnerabile, così evitando il verificarsi di una stasi processuale che, altrimenti, avrebbe fatto sorgere la responsabilità del pubblico ministero stesso e dello Stato per aver obbligato le persone offese a "rivivere" l'accaduto, innescando il richiamato effetto della c.d. vittimizzazione secondaria[1].

2. I giudici della Suprema Corte, preliminarmente, esordiscono ripercorrendo la **genesì dell'art. 392, comma 1-*bis* c.p.p.** La disposizione, **introdotta con la l. 15 febbraio 1996 n. 66**, di contrasto alla violenza sessuale, e **sostituita dalla l. 1 ottobre 2012 n. 172**, di ratifica ed esecuzione della Convenzione firmata a Lanzarote nel 2007, per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, offre la possibilità alla persona sottoposta alle indagini e al pubblico ministero, anche su richiesta della persona offesa, di chiedere l'assunzione della testimonianza della persona offesa minorenni, ovvero maggiorenne, che sia stata vittima di gravi reati, tra i quali la violenza sessuale *ex art. 609-*bis* c.p.*, «anche al di fuori delle ipotesi del comma 1». La prescrizione in esame è stata **integrata, da ultimo, dal d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212** (che recepisce la direttiva 2012/29/UE, in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato)[2], e consente l'audizione della vittima mediante incidente probatorio, indipendentemente dal reato per cui si procede, qualora essa «vers[i] in condizione di particolare vulnerabilità».

Alla luce dell'assetto normativo interno e sovranazionale, il Collegio ravvisa una **duplice ratio insita in tale norma**: anzitutto, riconosce, in sede processuale, una **maggior protezione alla vittima di reati violenti e lesivi della libertà personale e sessuale al fine di evitarne la c.d. vittimizzazione secondaria "da processo"**[3]. In secondo luogo, ricorda come la disposizione tenda anche a **salvaguardare, per quanto possibile, la genuinità delle dichiarazioni rese dalla persona offesa**, specialmente laddove queste rappresentino la principale prova d'accusa[4].

I giudici della Suprema Corte, per avvalorare una simile esegesi, ripercorrono la legislazione sovranazionale ed europea[5] volta a sollecitare gli Stati a rafforzare la tutela e la protezione della vittima «dal processo»[6]. In particolar modo, degna di nota appare soprattutto la già menzionata **direttiva 2012/29/UE** che, come affermato in una recente pronuncia delle Sezioni Unite, «rappresenta un vero e proprio snodo per le politiche criminali, di matrice sostanziale e processuale, dei legislatori europei»[7].

Sulla base di tali premesse, **il Supremo collegio illustra il significato da attribuire all'art. 392 comma 1-*bis* c.p.p.**, peraltro così prospettato anche dal Procuratore ricorrente: **nel caso in cui si richieda di procedere all'incidente probatorio per l'assunzione della testimonianza della persona offesa "presunta" vulnerabile**[8], vale a dire la vittima, minorenni o maggiorenne, dei gravi reati indicati dalla disposizione stessa, **il giudice non avrebbe alcun potere discrezionale nel valutarne l'opportunità, sicché dovrebbe sempre accogliere la richiesta, purché, beninteso,**

sussistano i requisiti processuali prescritti. Siffatta esegesi, secondo la Corte, trova peraltro conforto negli intenti del legislatore nazionale, che ha identificato nell'assunzione anticipata del mezzo di prova il meccanismo congeniale a **scongiurare il rischio di una "seconda vittimizzazione" della fonte personale debole.**

Eppure, il Collegio tenta comunque di prevenire eventuali critiche, fondate sul mero dato letterale della disposizione, che potenzialmente potrebbero invalidare l'argomentazione interpretativa appena esposta. Difatti, posta la rilevanza degli interessi in gioco, esclude la possibilità di dar corso ad una lettura restrittiva della disposizione, che parrebbe ancorarsi ad una «formalistica interpretazione letterale» dell'art. 392 c.p.p., ove, a ben vedere, non si esplicita alcun obbligo per il giudice circa l'accoglimento della richiesta presentata nei casi del comma 1-*bis*. Semmai, solo nelle ipotesi in cui emerga un interesse da considerarsi preminente rispetto a quello di protezione delle vittime dai rischi della vittimizzazione secondaria – che le stesse fonti internazionali ritengono bisognoso di preminente tutela – al giudice potrà essere riconosciuto un margine di discrezionalità circa l'opportunità di disporre, o meno, l'incidente probatorio; ciò detto, però, la Corte non fornisce ulteriori precisazioni al riguardo.

Dopo aver chiarito il significato da attribuire all'art. 392, comma 1-*bis* c.p.p. e le ragioni che, in sede sovranazionale, ne hanno determinato l'introduzione nel nostro sistema processuale, la Terza sezione ritiene «decisamente fondate» le doglianze lamentate nel ricorso.

Quanto al **profilo di illegittimità del diniego opposto dal giudice per le indagini preliminari all'istanza di incidente probatorio c.d. atipico o speciale**, la Corte considera pressoché **apparente la motivazione** da quest'ultimo addotta, poiché non contiene alcun riferimento alle circostanze concrete che hanno fondato la richiesta, sicché **tale rigetto**, benché espressione di un potere astrattamente esercitabile, **risulta disposto «al di là di qualsiasi ragionevole limite»**. Si tratta, dunque, secondo il Collegio, di un «rigetto arbitrario», fondato su valutazioni che non trovano alcun riscontro in motivazione, e che comunque esulano dalla disciplina processuale attuativa degli obblighi assunti dallo Stato in sede internazionale[9].

Posta la singolarità del provvedimento oggetto di censura, **la Suprema Corte ritiene di doversi discostare**, nella vicenda *de qua*, dalla costante giurisprudenza[10], secondo cui è inoppugnabile, in ragione del **principio di tassatività che governa il regime dei mezzi di impugnazione (art. 568 comma 1 c.p.p.)**, la decisione del giudice per le indagini preliminari sull'ammissibilità della richiesta di incidente probatorio, *ex art. 398 comma 1 c.p.p.*

Beninteso, la Terza sezione non intende rinnegare tale principio. Anzi, ribadisce di dividerne la portata, purché il giudice adotti il provvedimento in conformità al modello legale; tuttavia, non può sfuggire come sia proprio dallo schema ordinario che si esula nel caso di specie.

Il Collegio, dunque, assumendo come preminente la tutela che deve essere accordata alle vittime di violenza sessuale, conclude di doversi disallineare pure da un suo stesso precedente specifico, in cui il ricorso per cassazione avverso il rigetto dell'istanza presentata ai sensi dell'art. 392 comma 1-*bis* c.p.p. veniva dichiarato inammissibile, in quanto provvedimento inoppugnabile[11].

A ben vedere, però, nel "precedente" appena menzionato i profili inerenti all'esigenza – che, indubbiamente, negli ultimi anni ha assunto sempre più vigore – di assicurare una maggior tutela, anche dal punto di vista processuale, alle persone offese in procedimenti per reati lesivi della libertà personale e sessuale, non sono stati in alcun modo valorizzati. Per converso, nell'economia della decisione in esame, il riferimento alla sempre maggiore attenzione dedicata alle «vittime con specifiche esigenze di protezione»[12] trova conferma anche nella recente approvazione della l. 19 luglio 2019 n. 69, c.d. codice rosso, in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere. In virtù di siffatte considerazioni, la Corte conclude per la non condivisibilità in assoluto dell'indirizzo maggioritario suesposto, ancorché consolidato.

Sciolti questo primo nodo relativo alla fondatezza della censura, il Collegio giunge a vagliare il secondo profilo rilevante nel caso di specie, ai fini dell'**effettiva ammissibilità del ricorso**[13]: la singolarità del **provvedimento impugnato**, «che si configura come **strutturalmente abnorme per il suo contenuto**»[14].

L'**ordinanza impugnata**, che risulta adottata «al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste al di là di ogni ragionevole limite»[15], deve considerarsi **viziata da abnormità strutturale**[16]. Vizio che, con riferimento all'indirizzo consolidato in seno alle Sezioni Unite[17], può essere ravvisato unicamente nelle situazioni in cui l'ordinamento non abbia predisposto alcun rimedio per poter censurare il provvedimento giudiziale «che sia frutto di sviamento di potere e fonte di pregiudizio altrimenti insanabile per le situazioni soggettive delle parti»[18].

Pertanto, secondo il Collegio, se in queste circostanze – espressione di uno «sviamento della funzione giurisdizionale»[19] – non vi fosse alcun rimedio esperibile, ancorché non espressamente prescritto, le vittime di gravi reati verrebbero irrimediabilmente esposte ai rischi della vittimizzazione secondaria “da processo”, e, di conseguenza, lo Stato finirebbe per violare gli obblighi internazionali sottoscritti. Per queste ragioni, **la Terza sezione della Corte di cassazione ha annullato senza rinvio, perché abnorme, l'ordinanza di rigetto della richiesta di incidente probatorio avanzata ai sensi dell'art. 392 comma 1-bis c.p.p.**

3. La pronuncia illustrata appare, dunque, di notevole interesse proprio per la lettura che la Corte di cassazione offre dell'art. 392 comma 1-bis c.p.p., interpretato sotto la luce dei richiamati obblighi internazionali; esegesi che, di fatto, ha rappresentato un **revirement** rispetto alla giurisprudenza che applicava rigidamente il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione, anche laddove fosse ravvisabile l'abnormità del provvedimento giudiziale, derivante dall'arbitraria “disapplicazione” di «una regola generale di assunzione della prova prevista in ottemperanza ad obblighi assunti dallo Stato in sede internazionale»[20].

Difatti, il Collegio inquadra il provvedimento impugnato tra gli atti abnormi, come tali annullabili, atteso che il diniego opposto dal giudice alla richiesta di incidente probatorio c.d. speciale, sulla base della summenzionata interpretazione, non può dirsi espressione d'esercizio di un legittimo potere.

Il percorso argomentativo seguito dalla Corte, tuttavia, non può dirsi privo di criticità; inoltre, non appare del tutto convincente.

Anzitutto, è opportuno evidenziare come **dalla lettura degli artt. 392 comma 1-bis e 398 comma 1 c.p.p. non emerga un vero e proprio obbligo in capo al giudice per le indagini preliminari di disporre, a mera richiesta di parte, l'incidente probatorio**[21]. In particolare, la prima disposizione delinea un'ipotesi “speciale” di incidente probatorio, la quale, fondata su «un giudizio positivo di indifferibilità»[22] dell'assunzione probatoria, già di per sé rappresenta un'eccezione[23] alla formazione della prova nella sua sede naturale, cioè a dire il dibattimento. Il **comma 1-bis** che ci occupa, peraltro, disciplina due casi distinti: l'uno è volto a consentire in via anticipata l'escussione del minore – sia esso teste o vittima – e della persona offesa maggiorenne, qualora si proceda per gravi reati lesivi della sfera di libertà personale e sessuale, espressamente elencati dalla disposizione, e indipendentemente dal ricorrere delle condizioni di grave impedimento o minaccia, di cui alle lett. a) e b) del comma 1; l'altro è dedicato all'assunzione «in ogni caso»[24], previa declaratoria di “particolare vulnerabilità” da parte dell'autorità giudiziaria procedente *ex art. 90-quater c.p.p.*[25], della testimonianza della persona offesa che versi in tale condizione. Si profila, dunque, una doppia facoltà per le parti processuali – esclusa, comunque, la persona offesa[26] – di richiedere al giudice l'apertura della parentesi incidentale.

La seconda prescrizione, rubricata «provvedimenti sulla richiesta di incidente probatorio», senza distinguere in alcun modo i poteri valutativi attribuiti al giudice investito di una richiesta di formazione della prova in via anticipata (sia essa presentata ai sensi del comma 1 ovvero del comma 1-bis dell'art. 392 c.p.p.), dispone che «il giudice pronuncia ordinanza con la quale accoglie, dichiara inammissibile o rigetta la richiesta di incidente probatorio».

Dalla mera lettura, seppur combinata, delle due norme, non può, dunque, ricavarsi l'imperativo per il giudice di accogliere, stante la correttezza delle sole formalità rituali, l'istanza di cui al comma 1-bis. E, pur condividendo le *rationes* fondanti la disposizione in esame, volte, da un lato, ad evitare il fenomeno della vittimizzazione secondaria "da processo" e, dall'altro, ad assicurare quanto più possibile la genuinità della prova, non si ritiene di poter escludere in maniera integrale la discrezionalità valutativa rimessa al giudice[27]. Sembra infatti da preferire una prospettazione che attribuisca al **giudice un potere decisionale dotato di un margine di discrezionalità, sebbene limitato e circoscritto a presupposti per lo più "oggettivi"**.

Stando al dettato normativo, siffatto vaglio si dovrebbe tradurre nella verifica della legittimazione soggettiva dell'istante (pubblico ministero o persona sottoposta ad indagini), del momento (ossia che il procedimento penda nella fase delle indagini preliminari o in udienza preliminare), dell'oggetto, vale a dire che si proceda per uno dei gravi delitti espressamente indicati dalla norma[28], e che si chieda di assumere la «testimonianza di persona minorennе ovvero della persona offesa maggiorenne»[29]. Peraltro, ai sensi dell'**art. 393 comma 1 c.p.p.**, la richiesta deve contenere, a pena di inammissibilità: la prova da assumere, i fatti oggetto di prova e le ragioni per cui la si ritiene rilevante per la decisione dibattimentale, nonché l'indicazione della persona nei cui confronti si procede e le circostanze che rendono la prova non rinviabile al dibattimento. Circostanze, queste ultime, che parte della dottrina ritiene debbano essere comunque allegate alla richiesta, perché non specificatamente escluse per tali ipotesi dall'art. 393 comma 1 c.p.p., mentre altri considerano del tutto marginali, poiché subordinate ai presupposti dell'art. 392 comma 1-bis c.p.p.[30]. Ciò nonostante, come si è detto poc'anzi, è lo stesso comma 1-bis a consentire la richiesta di attivazione dello strumento anticipato di assunzione probatoria «anche al fuori delle ipotesi previste dal comma 1».

Il giudice, quindi, è tenuto a vagliare, in un primo momento, i requisiti di ammissibilità della richiesta e, solo successivamente, la fondatezza della stessa; valutazione, quest'ultima, che il giudice compie sulla base sia delle argomentazioni addotte dalla parte istante, sia delle eventuali deduzioni presentate dalla parte avversa, in ragione del **contraddittorio cartolare sull'istanza**, quale diritto riconosciuto alle parti dall'**art. 396 comma 1 c.p.p.**

Orbene, sulla base di tali premesse, l'opzione esegetica avallata dalla Corte appare tecnicamente discutibile: infatti, il **potere discrezionale del giudice**, cui è rimessa la decisione sull'istanza presentata ai sensi dell'art. 392 comma 1-bis c.p.p., non può dirsi del tutto escluso, quanto, al più, **limitato alla verifica delle condizioni oggettive e soggettive indicate dalla stessa norma, e destinato «a constatare che la prova sia rilevante ai fini della decisione dibattimentale»**[31]. Se così non fosse, l'unica valutazione in ordine all'opportunità di attivare la procedura anticipata di acquisizione probatoria verrebbe rimessa, in via esclusiva, alla parte che si fa istante, in quanto titolare di azionare un diritto alla prova privo di qualsivoglia controllo giurisdizionale nel "merito".

L'interpretazione della Suprema Corte non trova, dunque, né riscontro immediato nel dato codicistico, né, a ben guardare, nelle **fonti internazionali** invocate, dalle quali emerge il solo **interesse primario all'adozione di misure protese alla limitazione delle audizioni della vittima**[32] (mediante specifiche cautele, quali la videoregistrazione e le precauzioni a salvaguardia dell'interessato vulnerabile) [33]: interesse primario che non può essere declinato in un automatismo dispositivo, non trovando esso spazio in alcuna disposizione[34]. Pertanto, far

discendere dalle fonti internazionali un vero e proprio obbligo, in capo al giudice per le indagini preliminari, di disporre l'assunzione della testimonianza "a futura memoria" della persona offesa vulnerabile appare quantomeno una forzatura.

Del resto, che un'effettiva protezione delle persone offese, e comunque dei minori, dai rischi della c.d. vittimizzazione secondaria possa essere realizzata solo anticipando la loro escussione non si evince né dagli articoli della direttiva 2012/29/UE, né dalle disposizioni delle Convenzioni di Lanzarote e Istanbul. Ciò nonostante, il **legislatore nazionale ha prescelto** quest'ultima via, di modo che, al ricorrere di predeterminati criteri oggettivi e soggettivi, si rende possibile l'attivazione del (pur sempre eccezionale) **strumento incidentale**, non ultimo al fine di **consentire una celere estromissione della vittima dal processo**.

Trattasi di un'**esigenza** che, per converso, **non** è stata **compiutamente tutelata**, allorché si tratti di **persona offesa maggiorenne in procedimenti per delitti a sfondo sessuale o comunque lesivi della libertà personale, nel caso in cui non possa essere considerata "particolarmente vulnerabile"**. Un *vulnus* ricavabile dall'esame di due disposizioni che, nel nostro sistema, compongono, per così dire, l'apparato di tutela della vittima "nel processo".

In virtù dell'**art. 398 commi 5-bis e 5-ter c.p.p.**, rispettivamente dedicati all'audizione dei minori e delle persone offese particolarmente vulnerabili, si riconosce al giudice il potere di ammettere l'escussione mediante "modalità protette". Con riguardo alla deposizione del minore, spetta al giudice, ove ricorrano particolari esigenze di tutela, disporre che si proceda con specifiche cautele; invece, per l'assunzione della prova che coinvolga «maggioresi in condizione di particolare vulnerabilità», idonei presidi di tutela possono essere prescritti dal giudice soltanto «su richiesta di parte».

Si tratta, dunque, di un'**ulteriore discrasia dell'impostazione normativa**, che poggia, per così dire, su una duplice limitazione della valutazione giudiziale: da un lato, esclude qualsivoglia potere "discrezionale" in capo al giudicante in ordine all'ammissibilità dell'atto probatorio, che, in modo pressoché automatico, dovrebbe conseguire alla richiesta di parte; dall'altro, l'impianto normativo non consente allo stesso giudice di valutare l'opportunità di adottare modalità protette nell'espletamento dell'incidente probatorio, non essendo queste, nei casi qui contemplati, previste.

Allora, riconoscere quale "atto dovuto" l'accoglimento della richiesta di incidente probatorio c.d. speciale, senza che l'audizione della vittima maggiorenne "presunta" vulnerabile implichi quantomeno una valutazione giudiziale sull'opportunità di predisporre particolari cautele in sede di escussione della fonte, denota una discutibile incoerenza dello statuto di tutela della persona offesa "dal e nel processo".

In secondo luogo, quanto all'esigenza di contenere le occasioni in cui la vittima può essere chiamata a deporre, nel nostro sistema processuale ricopre un ruolo centrale l'**art. 190-bis comma 1-bis c.p.p.**, che, nel bilanciamento con il diritto di difesa dell'imputato, consente la ri-audizione della persona offesa minore d'età, ovvero di quella che versi in condizione di particolare vulnerabilità, soltanto ove ricorrano specifiche circostanze. Tale disposizione, che deve essere affiancata al disposto dell'art. 392 comma 1-bis c.p.p., **difetta di un puntuale coordinamento con le altre norme**, poiché, oltre alla mancanza di simmetria nell'indicazione dei reati per cui si procede, non si applica alla persona offesa maggiorenne che non sia "particolarmente" vulnerabile.

Inoltre, sembra sufficientemente chiaro come il **Collegio**, per argomentare l'esclusione di qualsivoglia potere discrezionale in capo al giudice, abbia in qualche modo **assunto come prevalente l'interesse di proteggere la vittima "dal processo", al fine di evitare che la stessa si trovi esposta in maniera reiterata allo stress innescato dalla macchina processuale**, rispetto alla necessità di assicurare, quanto più possibile, la genuinità della prova, ossia l'esigenza di

consentire una verifica sulla credibilità ed attendibilità della deposizione della persona offesa[35], che, invero, il legislatore avrebbe voluto come prevalente.

Orbene, **così invertita la gerarchia finalistica sottesa all'art. 392 comma 1-bis c.p.p.**, la Corte si spinge ad affermare l'illegittimità della decisione che ha respinto una richiesta di incidente probatorio speciale, perché arbitraria e fonte di un pregiudizio insanabile per la vittima vulnerabile. E l'incongruenza dell'epilogo rispetto tanto al carattere eccezionale dello strumento dell'incidente probatorio, quanto al dato normativo, dal quale l'obbligatorietà dell'ammissione non trapela, appare sufficientemente chiara.

Sempre nel solco del **vaglio di compatibilità normativa**, occorre aggiungere come il **riconoscimento in capo al giudice di un potere discrezionale, per quanto limitato** a presupposti sostanziali stringenti, trovi conforto non solo nel previsto **contraddittorio cartolare sulla richiesta, bensì pure nell'art. 393 comma 2-bis c.p.p.**, che impone al pubblico ministero istante di depositare contestualmente tutti gli atti di indagine compiuti[36]; così, concludere – senza riserve – che l'accoglimento della richiesta debba essere automatico vanifica persino il senso di tale ultima previsione[37], riducendo il deposito ad incombente superfluo rispetto alla sottostante esigenza di contraddittorio.

4. Ora, se le premesse di “merito” fatte proprie dalla Corte di cassazione possono essere “sovertite” nel senso auspicato – teso a riconoscere un margine di vaglio giudiziale sull'opportunità dell'incidente probatorio – ci si deve interrogare sull'effettiva possibilità di configurare l'abnormità dell'ordinanza di rigetto dell'incidente probatorio c.d. speciale.

Infatti, **la via così imboccata dalla Corte pare più che altro un *escamotage*, volto a rendere ammissibile il ricorso per cassazione avverso un provvedimento che, in virtù del principio di tassatività delle impugnazioni, non sarebbe stato altrimenti impugnabile**[38].

Se nei “casi tradizionali” di incidente probatorio, dottrina e giurisprudenza sono pacificamente concordi sull'inoppugnabilità dell'ordinanza emessa dal giudice per le indagini preliminari[39], in quanto «estrinsecazione di un potere discrezionale del giudice e [di] natura strumentale per assicurare il più corretto e spedito *iter* processuale»[40], altrettanto non può dirsi per le ipotesi “speciali”, almeno stando alla pronuncia che ci occupa.

Preliminarmente, pare opportuno inquadrare a livello generale la **categoria dell'abnormità**, la quale, benché di elaborazione giurisprudenziale, ammette reazioni dalla parte che vi ha interesse, al di fuori dei confini tassativi delle invalidità e delle impugnazioni, proprio allo scopo di sanare situazioni talmente singolari da essere imprevedibili e, quindi, non presidabili positivamente da alcun rimedio.

L'abnormità, pur rappresentando un “fenomeno” unitario, appare connotata da molteplici sfaccettature: a fianco dell'originaria abnormità genetica – ravvisabile quando il provvedimento, «per la singolarità e stranezza del suo contenuto, risulti avulso dall'intero ordinamento processuale, ovvero quello che, pur essendo in astratto manifestazione di legittimo potere, si esplica al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste al di là di ogni ragionevole limite»[41] – si collocano l'**abnormità “strutturale” e “funzionale”**. Le caratteristiche di queste ultime sono state, negli anni, definite da una cospicua elaborazione giurisprudenziale delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, attraverso la messa a punto di una serie di criteri rivelatori: un atto va considerato strutturalmente abnorme allorché si ponga al di fuori del sistema organico della legge processuale, mentre è “tacciabile” di abnormità funzionale quando, pur non risultando estraneo al sistema normativo, determini la stasi del processo e l'impossibilità di proseguirlo[42]. In sostanza, si tratta di **provvedimenti *extra ordinem***, tali da rendere **indispensabile la loro rimozione immediata dal procedimento**.

Nel caso in esame, ad una prima prospettazione, da parte del pubblico ministero ricorrente, d'un provvedimento affetto da abnormità funzionale, il Collegio ha ravvisato, invece, un'abnormità strutturale, la quale – invero – non appare convincente.

Anzitutto, **il provvedimento con cui il giudice, ancorché erroneamente, nega l'accoglimento dell'incidente probatorio, ai sensi dell'art. 392 comma 1-bis c.p.p., non si pone *ab norma***, poichè non vi è alcun difetto di potere (nucleo sostanziale che connota l'abnormità) in capo all'organo che lo ha emesso, essendo **tale provvedimento previsto dal sistema, in virtù dell'art. 398 comma 1 c.p.p.** Tuttavia, parimenti indispensabile diviene il vaglio da compiersi in ordine all'esistenza di una violazione della «destinazione funzionale dell'atto»[43] nell'incedere processuale; in altre parole, della forma di esercizio del potere decisorio, che si concretizza nel provvedimento emanato. Ecco, allora, che si deve richiamare quanto già sostenuto in ordine alla **sussistenza, in capo al giudice per le indagini preliminari, della possibilità di esercitare una valutazione discrezionale sulla richiesta**, presentata da una parte, di procedere in via anticipata all'escussione della persona offesa: in tali casi, postulare l'abnormità dell'ordinanza di rigetto di tale istanza appare una scelta alquanto opinabile.

Inoltre, va considerato come **l'ordinanza che decide sull'accoglimento dell'istanza di incidente probatorio risulti inoppugnabile**, per non sacrificare la speditezza del procedimento penale già nella fase preliminare, e per non appesantire oltre modo una parentesi istruttoria che si voleva quanto più possibile snella, vista l'originaria eccezionalità[44].

È anche vero che, in relazione alle ipotesi di cui al comma 1-bis dell'art. 392 c.p.p., altre sono le ragioni che hanno condotto alla c.d. liberalizzazione dell'incidente probatorio: ci si riferisce, in particolar modo, alla protezione di un interesse di carattere extraprocessuale, vale a dire la **tutela della vittima dallo *strepitus fori***. Ciò nondimeno, posto che la valorizzazione di tale ultimo interesse non può tradursi in un proporzionale detrimento della **posizione processuale dell'imputato e del sotteso diritto di difesa**, rimane imprescindibile un **bilanciamento degli interessi in gioco**; ragion per cui, una conclusione tanto radicale, quale la declaratoria di abnormità dell'atto, deve essere esclusa, anche alla luce dell'orientamento giurisprudenziale secondo cui «non ogni forma di illegittimità può dar luogo ad abnormità, ma solo quelle violazioni che per loro natura pongono l'atto in contrasto con l'intero ordinamento processuale»[45]. Semmai, ci si potrebbe trovare di fronte ad un provvedimento illegittimo, ma non abnorme.

A tal proposito, se le **ordinanze** devono essere assistite, a pena di nullità, da un **onere motivazionale** in forza dell'**art. 125 comma 3 c.p.p.**, il giudice – che non può essere *a priori* vincolato all'accoglimento dell'istanza – deve motivare la sua scelta. Pertanto, qualora il giudice intenda optare per il rigetto dell'istanza, pur in presenza di tutti i presupposti oggettivi e soggettivi di cui all'art. 392 comma 1-bis c.p.p., che comunque ne restringono i margini di discrezionalità valutativa, sarebbe opportuno che adducesse una **motivazione, per così dire, "rafforzata"**, dalla quale ricavarsi le specifiche ragioni della decisione.

A ben vedere, ecco che **il giudice per le indagini preliminari, nella vicenda *de qua*, non pare adempiere a tale onere**, nel senso che, pur stendendo una breve motivazione, giustifica il diniego sulla base di presupposti e valutazioni di opportunità non riconducibili al novero dei criteri suscettibili di impiego a fronte di una richiesta presentata ai sensi del comma 1-bis: ne consegue, pertanto, un **rigetto sostanzialmente immotivato**[46].

La conclusione a cui giunge la Corte, pertanto, potrebbe rivelarsi non del tutto irragionevole, se si considera l'estraneità contenutistica del provvedimento rispetto al suo presupposto procedimentale e allo scopo cui tendeva. Tuttavia, favorire l'impiego della categoria dell'abnormità per censurare tali provvedimenti, stante una sorta di vizio motivazionale, non

appare la via più corretta da percorrere, rischiandosi, ancora una volta, di “aggirare” il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione.

5. Per le ragioni esposte, **la pronuncia in esame non convince appieno**: né con riferimento al percorso argomentativo seguito dalla Corte allo scopo di far discendere dagli obblighi internazionali un automatismo per il giudice in ordine all'accoglimento della richiesta di incidente probatorio speciale, né per quanto riguarda il ricorso alla categoria dell'abnormità per superare l'*impasse* dovuta all'inoppugnabilità di tali provvedimenti.

I Giudici di legittimità rischiano di forzare il dettato codicistico – che risulta attuativo di obblighi (di risultato) assunti in sede internazionale – con l'intento di imporre al giudice per le indagini preliminari di accogliere, giuste le condizioni sostanziali, la richiesta formulata dal pubblico ministero o dall'indagato volta all'escussione, attraverso incidente probatorio, della vittima minorenni, ovvero maggiorenne, di gravi reati, in quanto presunta vulnerabile. Data questa premessa, ne discenderebbe l'abnormità di un eventuale provvedimento di rigetto.

In una prospettiva più ampia, se così davvero fosse, il giudice si vedrebbe privato di quei poteri discrezionali di controllo che, per quanto limitati, devono ritenersi impliciti nella funzione decisoria, soprattutto a presidio di iniziative rimesse alla disponibilità delle parti. Peraltro, la trasformazione dell'ordinanza di rigetto, di solito inoppugnabile, in provvedimento affetto da abnormità, tale da offrirsi ad un ricorso immediato per cassazione, **rischia di generare un'inopportuna dilatazione dell'ambito applicativo di tale categoria, del tutto atipica e residuale**, atteso che il provvedimento in questione non può dirsi, in alcun modo, “eccentrico” rispetto al sistema.

Infine, la Corte, nonostante la richiesta del Procuratore ricorrente di sollevare **questione di legittimità costituzionale degli artt. 392 comma 1-bis e 398 c.p.p.**, ritenuti in contrasto con l'art. 117 comma 1 Cost., ha preferito offrire essa stessa una soluzione interpretativa: forse, nella convinzione che, così facendo, si sarebbe ridotto il rischio di ledere ulteriormente gli interessi in gioco. Tuttavia, **ottenere una declaratoria di (in)costituzionalità delle norme in questione**, nella parte in cui non prevedono l'esperibilità di un rimedio contro un eventuale rigetto del giudice, **sarebbe stata verosimilmente la via corretta da percorrere**.

In ogni caso, se dovesse aver seguito l'opzione interpretativa avallata dalla Terza Sezione della Corte con la pronuncia in commento, che certo rappresenta un'inversione di tendenza rispetto alla costante giurisprudenza sul tema, la questione non potrebbe che trovare risposte più certe in un futuro intervento delle Sezioni Unite.

[1] Corte cost., sent. 21 febbraio 2018 (dep. 27 aprile 2018), n. 92, in *www.iusexplorer.it*, definisce il fenomeno della c.d. vittimizzazione secondaria come quel meccanismo per il quale la vittima di reato (nella specie, minorenni) è portata a rivivere i sentimenti di paura, di ansia e di dolore provati al momento della commissione del fatto.

[2] La vittima di reato ritrova nella direttiva 2012/29/UE una sorta di statuto di tutela. V. *amplius* M. Bargis-H. Belluta, *La direttiva 2012/29/UE: diritti minimi della vittima nel processo penale*, in M. Bargis-H. Belluta (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Giappichelli, 2017, p. 15 ss.

[3] Ad evitare la c.d. vittimizzazione secondaria del teste minorenni, ovvero della persona offesa di reati contro la libertà sessuale, anche se maggiorenne, in quanto soggetti ritenuti vulnerabili, interviene anche il disposto dell'art. 190-bis c.p.p., introdotto con l. 3 agosto 1998, n. 269 e modificato, da ultimo, con il d.lgs. 212 del 2015, che limita le possibilità di esaminare in dibattimento tali soggetti, se già escussi in incidente probatorio, ai soli casi in cui la deposizione

riguardi «fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni ovvero se il giudice o taluna delle parti lo ritengono necessario sulla base di specifiche esigenze».

[4] In argomento, S. Arasi, *L'incidente probatorio atipico*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 5, p. 622 ss.

[5] Il riferimento è alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali, fatta a Lanzarote, in data 25 ottobre 2007, e ratificata dall'Italia con l. 1° ottobre 2012 n. 172. L'art. 35 della Convenzione di Lanzarote tende a limitare il numero di audizioni necessarie allo svolgimento del procedimento penale e alla previsione di meccanismi di registrazione audiovisiva di tali deposizioni. Per approfondimenti, F. Cassibba, *Le vittime di genere alla luce delle Convenzioni di Lanzarote e di Istanbul*, in M. Bargis-H. Belluta (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale*, cit., p. 67 ss.; cfr. anche G.L. Gatta, [Protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale: ratificata la Convenzione di Lanzarote del 2007 \(e attuata una mini-riforma nell'ambito dei delitti contro la persona\)](#), in *Dir. pen. cont.*, 20 settembre 2012. Da menzionare altresì la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, firmata a Istanbul, in data 11 maggio 2011, ratificata dall'Italia con l. 23 giugno 2013 n. 77. L'art. 18 della Convenzione mira ad evitare la vittimizzazione secondaria, sollecitando l'adozione di misure necessarie alla protezione delle vittime. Cfr. ancora F. Cassibba, *Le vittime di genere alla luce delle Convenzioni di Lanzarote e di Istanbul*, cit., p. 66 ss.; A. Di Stefano, [La Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica](#), in *Dir. pen. cont.*, 11 ottobre 2012.

[6] Sul punto, H. Belluta, *Un personaggio in cerca d'autore: la vittima vulnerabile nel processo penale italiano*, in Id., *Il processo penale ai tempi della vittima*, Giappichelli, 2019, p. 33 ss.

[7] Cass., Sez. Un., 29 gennaio 2016, n. 10959, in *www.iusexplorer.it*.

[8] In tema, tra altri, S. Recchione, [La vittima cambia il volto del processo penale: le tre parti "eventuali". la testimonianza dell'offeso vulnerabile, la mutazione del principio di oralità](#), in *Dir. pen. cont.*, Riv. trim., 1, 2017, p. 69 ss.; v. altresì F. Cassibba, [Oltre Lanzarote: la frastagliata classificazione soggettiva dei dichiaranti vulnerabili](#), in *Dir. pen. cont.*, 11 luglio 2014.

[9] Così il § 4 del Considerato in diritto.

[10] Cass., sez. V, 17 luglio 2017, n. 49030, in *www.iusexplorer.it*; Cass., sez. I, 28 aprile 2014, n. 37212, *ivi*.

[11] Cass., sez. III, ord. 13 marzo 2013, n. 21930, in *www.iusexplorer.it*.

[12] Espressione, questa, utilizzata dalla direttiva 2012/29/UE, all'art. 22, in luogo della nostrana categoria di "vittima vulnerabile", dalla quale ben si evince la logica sottesa alla normativa europea volta all'*individual assessment* delle vittime di reato. Al riguardo, v. A. Presutti, *Le audizioni protette*, in M. Bargis-H. Belluta (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale*, cit., p. 379 s.

[13] Cfr. E. Lupo, voce *Cassazione penale*, in *Enc. dir.*, Ann., X, 2017, p. 195 s. L'A. sostiene come l'abnormità – vizio non tipizzato, ma elaborato in via giurisprudenziale – presenti l'anomalia di «rovesciare l'ordine logico del giudizio», dal momento che l'accertamento della patologia diviene una conseguenza della valutazione della fondatezza del ricorso.

[14] § 4.1.2 del Considerato in diritto.

[15] Cass., Sez. Un., 20 dicembre 2007, n. 5307, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2310 ss.

[16] Sul punto, relativamente all'estensione della categoria dell'abnormità, da quella genetica a quella strutturale, finanche, da ultimo, a quella funzionale, v. F.M. Iacoviello, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Giuffrè, p. 153 ss.

[17] Cass., Sez. Un., 20 dicembre 2007, n. 5307, cit. L'orientamento qui affermato, pochi anni più tardi, è stato ribadito ed approfondito da Cass., Sez. Un., 26 marzo 2009, n. 25957, in *www.iusexplorer.it*.

[18] Cass., Sez. Un., 18 gennaio 2018, n. 20569, in *www.iusexplorer.it*.

- [19] Cass., Sez. Un., 26 marzo 2009, n. 25957, cit.
- [20] § 4.1.2. del Considerato in diritto.
- [21] In dottrina, si veda, *ex multis*, K. La Regina, *Incidente probatorio*, in G. Garuti (a cura di), *Trattato di procedura penale*, UTET, 2009, p. 572 s.; E. Aprile, *L'incidente probatorio*, in E. Aprile-P. Silvestri, *Le indagini preliminari e l'archiviazione*, II ed., Giuffrè, 2011, p. 668 ss. (secondo l'A., il comma 1-bis dell'art. 392 c.p.p. rappresenta un'ipotesi di «incidente probatorio 'automatico', instaurabile, cioè, sulla base dell'accertamento di presupposti oggettivi»). Altresì, S. Recchione, sub art. 392 c.p.p., in G. Canzio-G. Tranchina (a cura di), *Codice di procedura penale*, Giuffrè, 2012, p. 3568 s.
- [22] P. Renon, *L'incidente probatorio nel procedimento penale. Tra riforme ordinarie e riforme costituzionali*, CEDAM, 2000, p. 65.
- [23] Per una panoramica generale dell'istituto, v. G. Di Chiara, voce *Incidente probatorio*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, 2002, p. 550.
- [24] La lettera della norma, nella sentenza qui in commento, viene interpretata nel senso di «indipendentemente dal reato per cui si procede». V. § 1 del Considerato in diritto. Mentre S. Sau, sub art. 392 c.p.p., in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, V ed., Wolters Kluwer, 2017, p. 998, legge in tale locuzione il venir meno della necessità di dimostrare l'indifferibilità della testimonianza, poiché «il *vulnus* inferto alla persona offesa integra, in sé, il diritto al ricorso alla procedura incidentale al di fuori di quanto prescritto dagli artt. 392, comma 1-bis e 393, comma 1, lett. c), c.p.p.».
- [25] Cfr. L. Parlato, sub art. 90-quater c.p.p., in H. Belluta-M. Gialuz-L. Lupària (a cura di), *Codice sistematico di procedura penale*, IV ed., Giappichelli, 2019, p. 164 s.
- [26] Al riguardo, nel 2011 è stata sollevata una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, attinente alla mancata previsione, nel nostro ordinamento, del diritto per la persona offesa di richiedere direttamente al giudice l'incidente probatorio finalizzato alla sua audizione (questione peraltro “non accolta”). Sulla pronuncia v. soprattutto L. Lupària, [Vittime vulnerabili e incidente probatorio: la normativa italiana supera il vaglio della Corte UE](#), in *Dir. pen. cont.*, 21 dicembre 2011.
- [27] Sul punto, concorda S. Caporale, *L'audizione dei minori in incidente probatorio: una questione di equilibri*, in *Arch. pen.*, 2015, p. 964 s.
- [28] Si tratta dei delitti di cui agli artt. 572, 600, 600-bis, 600-ter e 600-quater, 600-quinquies, 601, 602, 609-bis, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies, 609-undecies e 612-bis c.p.
- [29] Stante l'eccezionalità dell'istituto processuale dell'incidente probatorio è opportuno attenersi alla disposizione, evitando di estendere ad altri mezzi di prova l'ambito di operatività di questa ipotesi speciale di incidente probatorio.
- [30] Cfr. A. Capone, *Incidente probatorio e tutela della vittima del reato*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 2, p. 349. Contra, P. Renon, *L'incidente probatorio nel processo penale. Tra riforme ordinarie e riforme costituzionali*, CEDAM, 2000, p. 91 ss.
- [31] Cfr. S. Sau, sub art. 398, cit., p. 1066. Sul rigetto per irrilevanza della prova, v. P. Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, CEDAM, 2000, p. 136 s.
- [32] L'art. 20 della direttiva 2012/29/UE dispone che la discrezionalità giudiziale venga comunque rispettata e ciò pare all'evidenza collegato alla prescrizione che «le audizioni abbiano luogo solo se strettamente necessarie ai fini dell'indagine penale».
- [33] Nell'assetto normativo nazionale, le dichiarazioni rese in incidente probatorio dai minori, ai sensi dell'art. 398 comma 5-bis c.p.p., «devono essere documentate integralmente con mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva», la cui trascrizione, però, viene disposta solo su richiesta delle parti, rinviando all'art. 134, comma 4, c.p.p.

- [34] Cfr. artt. 18, 20 e 24 della direttiva 2012/29/UE; art. 35 della Convenzione di Lanzarote, cit.; art. 18 della Convenzione di Istanbul, cit.
- [35] Cfr., *ex multis*, Cass., Sez. Un., 19 luglio 2012 (dep. 24 ottobre 2012), n. 41461, in *www.iusexplorer.it*, che ha sancito l'inoperatività dell'art. 192 comma 3 c.p.p. sulle dichiarazioni rese dalla persona offesa, le quali possono, da sole, essere poste legittimamente a fondamento dell'affermazione di responsabilità dell'imputato, «previa verifica della credibilità soggettiva del dichiarante e dell'attendibilità intrinseca del suo racconto».
- [36] V. S. Sau, *L'incidente probatorio*, CEDAM, 2001, p. 143 ss.
- [37] In argomento, secondo S. Caporale, *L'audizione dei minori in incidente probatorio*, cit., p. 965, per evitare un'inutile pubblicazione dei risultati delle indagini preliminari dell'organo dell'accusa, che, invero, potrebbe frenarlo a un'istanza in tal senso, si dovrebbe «ritenere che il materiale investigativo depositato a norma dell'art. 393, comma 2-bis c.p.p., non sia immediatamente agibile alla difesa, ma solo allorquando l'organo giudicante abbia accolto e disposto l'escussione anticipata».
- [38] Cfr. F.M. Iacoviello, *La Cassazione penale*, cit., p. 153 ss.
- [39] Tuttavia, non mancano le critiche di taluni commentatori alla scelta del legislatore di rendere insindacabile la decisione sulla richiesta di incidente probatorio, poiché non si sarebbe tenuto conto degli effetti pregiudizievoli che da essa possono derivare sul diritto alla prova delle parti e sulla possibilità stessa di pervenire all'accertamento della verità, soprattutto per la difesa. Cfr. P. Renon, *L'incidente probatorio nel procedimento penale*, cit., p. 222; nonché G. Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, Giuffrè, 2006, p. 313 ss.
- [40] Cass., sez. V, 20 giugno 2019 (dep. 2 ottobre 2019), n. 40426, in *www.iusexplorer.it*.
- [41] Cfr., *ex multis*, Cass., Sez. Un., 20 dicembre 2007 (dep. 1° febbraio 2008), n. 5307, cit.
- [42] Le caratteristiche della categoria dell'abnormità sono state individuate e specificate dalle stesse Sezioni Unite della Corte di cassazione in plurime sentenze, tra le quali si ricorda: Cass., Sez. Un., 9 luglio 1997 (dep. 31 luglio 1997), n. 10 e n. 11, in *www.iusexplorer.it*; Cass., Sez. Un., 10 dicembre 1997 (dep. 12 febbraio 1998), n. 17, *ivi*; Cass., Sez. Un., 31 gennaio 2001 (dep. 8 febbraio 2001), n. 4, *ivi*; Cass., Sez. Un., 11 luglio 2001 (dep. 24 settembre 2001), n. 34536, *ivi*; Cass., Sez. Un., 29 maggio 2002 (dep. 26 luglio 2002), n. 28807, *ivi*; Cass., Sez. Un., 25 febbraio 2004 (dep. 23 aprile 2004), n. 19289, *ivi*.
- [43] V. G. Santalucia, *L'abnormità dell'atto processuale*, CEDAM, 2003, p. 138 s.
- [44] Cfr. P. Renon, *L'incidente probatorio nel procedimento penale*, cit., p. 221 ss.; E. Aprile-P. Silvestri, *Le indagini preliminari e l'archiviazione*, cit., p. 684 s.
- [45] Cass., Sez. Un., 22 novembre 2000, n. 33, in *www.iusexplorer.it*, richiamata da Cass., Sez. Un., 18 gennaio 2018, n. 20569, cit.: «Resta escluso che, come precisato anche dalla dottrina, possa invocarsi la categoria dell'abnormità per giustificare la ricorribilità immediata per cassazione di atti illegittimi, affetti soltanto da nullità o comunque sgraditi e non condivisi, perché tanto si tradurrebbe nella non consentita elusione del regime di tassatività dei casi di impugnazione e dei mezzi esperibili, stabilito dall'art. 568, comma 1 c.p.p.».
- [46] Di seguito, si riporta integralmente la motivazione addotta dal giudice per le indagini preliminari al provvedimento di rigetto: «L'assunzione della testimonianza della persona offesa circa i fatti per cui si procede non presenta caratteri di urgenza tali da non consentirne l'espletamento nella sede deputata alla formazione della prova, quale il dibattimento, né appaiono ricorrere ulteriori condizioni che suggeriscano l'adozione del mezzo di prova nelle forme richieste».

Verso una giustizia costituzionale più “aperta”: la Consulta ammette le opinioni scritte degli “amici curiae” e l’audizione di esperti di chiara fama

[Modificazioni alle «Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale» approvate con delibera dell’8 gennaio 2020 \(G.U. n. 17 del 22 gennaio 2020\)](#)

di Stefano Finocchiaro

1. Il nuovo anno della Corte costituzionale, sotto la presidenza della neoeletta Prof. Marta Cartabia, si apre con una svolta di non poco rilievo: un segnale deciso nel senso di una Consulta, e quindi di una giustizia costituzionale, improntata a una **maggiore trasparenza procedurale e a una rafforzata partecipazione sociale alle decisioni**.

Con una delibera dell’8 gennaio 2020, infatti, **i giudici costituzionali hanno modificato le Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale**. Le modifiche sono ora pubblicate in Gazzetta Ufficiale (clicca sopra per scaricare il documento) e – ai sensi dell’art. 8 della delibera – «*entrano in vigore dal giorno successivo alla loro pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale e si applicano anche ai giudizi pendenti a quella data*». Non è però precisato se ciò valga solo per i giudizi rispetto ai quali non siano spirati i termini previsti dalle nuove norme, di cui si dirà di seguito.

Le modifiche riguardano, in particolare: l’ammissibilità degli **interventi in giudizio** (art. 4, commi 6 e 7), l’**accesso degli intervenienti agli atti processuali** (art. 4-bis), la ricevibilità di **opinioni scritte degli amici curiae** (art. 4-ter), la facoltà di disporre l’**audizione in camera di consiglio di esperti di chiara fama** (art. 14-bis)[1].

La reale novità è rappresentata proprio da **queste ultime due disposizioni**, attraverso le quali – come titola il comunicato stampa della Consulta – la Corte “**si apre all’ascolto della società civile**”, avvicinandosi altresì alla prassi delle Corti supreme di molti altri ordinamenti, in particolare di *common law*[2].

Un ulteriore intervento viene effettuato al secondo comma dell’art. 16, relativo all’**udienza pubblica**, ove si precisa che i motivi sintetici delle conclusioni successivi alla relazione possono essere svolti «*di regola*» da «*non più di due*» difensori.

Procediamo dunque con ordine nell’analisi delle modifiche, tenendo però presente che è alle due novità in tema di *amici curiae* e audizione di esperti che occorrerà rivolgere un più attento sguardo (*infra*, § 4, § 5 e § 6).

2. Una **prima modifica – di carattere ricognitivo, più che innovativo** – è contenuta nell’**art. 4, commi 6 e 7 delle Norme integrative**: «*La Corte decide sull’ammissibilità degli interventi*» (comma 6); «*Nei giudizi in via incidentale possono intervenire i titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio*» (comma 7).

La novella si limita a recepire quel **già consolidato approdo giurisprudenziale** per cui la partecipazione al giudizio di legittimità costituzionale si riteneva ammessa in favore di «*soggetti terzi che siano titolari di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma o dalle norme oggetto di censura*» (*ex plurimis*, sentenze n. 13 del 2019, n. 217 e n. 180 del 2018, ordinanze allegate alle sentenze n. 141 del 2019, n. 194 del 2018, n. 29 del 2017, n. 286 e n. 243 del 2016).

L'intervento di tali soggetti era già visto dalla Corte quale legittima *deroga* – non in contrasto con il carattere incidentale del giudizio di costituzionalità – alla *regola* che vede la partecipazione circoscritta alle parti del giudizio *a quo*, oltre che al Presidente del Consiglio dei ministri e, nel caso di legge regionale, al Presidente della Giunta regionale (artt. 3 e 4 *Norme integrative*).

La Corte, dunque, ha seguito la via – prospettata in dottrina[3] – della codificazione dell'orientamento giurisprudenziale cui si è fatto cenno[4].

3. Un discorso simile vale per la disciplina di cui al nuovo **art. 4-bis**, relativa alla procedura di **accesso agli atti processuali da parte degli intervenienti**.

La nuova disposizione prevede che il soggetto che abbia intenzione di intervenire in giudizio e che intenda prendere visione e trarre copia degli atti processuali può depositare, contestualmente all'atto di intervento, un'**apposita istanza per richiedere la fissazione di un'udienza anticipata nella quale venga trattata solamente la questione concernente l'ammissibilità dell'intervento**. L'udienza viene fissata, sentito il giudice relatore, con **decreto presidenziale**, di cui è data immediata comunicazione alle parti costituite e all'istante, i quali hanno facoltà di depositare entro dieci giorni dalla comunicazione sintetiche **memorie** concernenti la specifica questione dell'ammissibilità dell'intervento.

La Corte decide con **ordinanza** sull'ammissibilità dell'intervento, da cui consegue la facoltà di accesso degli intervenienti agli atti processuali.

Come si è anticipato, la norma in esame non ha una reale portata innovativa, avendo piuttosto consacrato le direttive e le istruzioni che venivano già seguite alla Corte in conformità alle **istruzioni** impartite con un **provvedimento presidenziale del 21 novembre 2018**[5].

La Corte si era dunque già discostata dalla precedente prassi di consentire l'accesso agli atti processuali a tutti i soggetti che avessero presentato, tempestivamente o meno, un atto di intervento non ancora dichiarato ammissibile. Una prassi che di fatto consentiva un accesso incontrollato anche a soggetti che non fossero (o quantomeno non fossero ancora) "parti" del giudizio.

Il cambio di rotta della Corte era ispirato a un'esigenza di **tutela della riservatezza**, che impone di precludere un ingiustificato accesso a informazioni e dati sensibili o giudiziari. Esigenza che viene soddisfatta attraverso il ricorso all'udienza *ad hoc* volta ad anticipare il giudizio sull'ammissibilità dell'intervento, allo specifico fine di consentire l'accesso agli atti prima dell'udienza fissata per il merito. Tale anticipazione può peraltro avere positive ricadute in termini di **economia processuale**, permettendo di evitare che all'udienza fissata per il merito l'interveniente ammesso in quel momento chieda un rinvio della trattazione per esaminare gli atti processuali che non abbia potuto previamente vagliare.

A queste medesime *rationes* pare ispirato il nuovo art. 4-bis delle *Norme integrative*.

4. Venendo ora, come promesso, alle **novità di maggiore rilievo**, deve anzitutto segnalarsi il disposto del nuovo **art.4-ter**, rubricato "*Amici curiae*", il cui **primo comma** prevede la **possibilità per «le formazioni sociali senza scopo di lucro e i soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi e diffusi attinenti alla questione di costituzionalità» di «presentare alla Corte costituzionale un'opinione scritta» nel termine di «venti giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza di remissione nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana»**.

Legittimati alla presentazione di memorie scritte in qualità di "*amici curiae*" sono dunque non già singoli interessati, ma solo formazioni sociali che non abbiano fine di lucro e soggetti istituzionali portatori di interessi collettivi e diffusi che abbiano attinenza al *thema decidendum*. Purché ciò avvenga entro il **breve termine** indicato. Termine che, senza dubbio, varrà per i giudizi che devono ancora instaurarsi, ma che potrebbe invece non valere nei processi oggi pendenti, ai quali

la novella si applica ai sensi del già menzionato art. 8 della delibera. Quest'ultima norma potrebbe infatti essere interpretata dalla Corte medesima nel senso di concedere una sorta di rimessione in termini, ammettendo opinioni "tardive" inerenti a giudizi la cui ordinanza di rimessione è stata pubblicata in G.U. più di venti giorni fa, ma la cui udienza o adunanza in camera di consiglio deve ancora svolgersi.

La disposizione, al **secondo comma**, si premura altresì di indicare determinate **dimensioni** entro cui tali opinioni dovranno essere contenute («25.000 caratteri, spazi inclusi») e le relative **modalità di trasmissione alla Corte** («per posta elettronica alla Cancelleria della Corte, che ne comunica l'avvenuta ricezione con posta elettronica»).

Analoghi accorgimenti, del resto, sono previsti anche in altri ordinamenti, ad esempio negli Stati Uniti per le memorie degli *amici curiae* presentate alla Corte Suprema. La *ratio* è apprestare una procedura che permetta agile ingresso a scritti sintetici, che possano arricchire il bagaglio conoscitivo del Collegio senza aggravarne eccessivamente il lavoro.

Di ciò si trae conferma al **terzo comma** della disposizione, il quale dispone che «[c]on decreto del Presidente, sentito il giudice relatore, sono ammesse le opinioni che offrono elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità».

La norma, nell'indicare i presupposti di ammissibilità dell'opinione, esplicita anche la funzione che tale novella intende perseguire: fornire alla Corte informazioni utili e ulteriori argomenti con i quali confrontarsi nell'adottare la decisione di questioni particolarmente complesse o socialmente dibattute.

Con questi argomenti, peraltro, potranno anche confrontarsi le «parti costituite» alle quali, ai sensi del **quarto comma**, il decreto presidenziale di ammissione delle opinioni viene «trasMESSO a cura della Cancelleria per posta elettronica» entro il termine di «almeno trenta giorni liberi prima dell'udienza o dell'adunanza in camera di consiglio»; lo stesso decreto «è pubblicato nel sito della Corte Costituzionale».

L'**ultimo comma** della disposizione precisa, infine, che i soggetti le cui opinioni siano state ammesse «non assumono qualità di parte nel giudizio costituzionale, non possono ottenere copia degli atti e non partecipano all'udienza».

Quest'ultima precisazione esplicita i confini dell'apertura della Corte, attenta anche in questo caso a bilanciare l'interesse ad "aprirsi" con il contrapposto interesse ad evitare eccessivi aggravii procedurali. In questo senso può leggersi la scelta di ammettere un contributo essenzialmente cartolarizzato, senza allargare sul piano *soggettivo* il dibattito in udienza, dibattito che potrebbe tuttavia risultare rin vigorito sul piano *oggettivo*, proprio grazie alle conoscenze e agli argomenti tratti dalle opinioni scritte[6].

5. Non meno importante è il nuovo art. 14-bis ("Esperti"), a tenore del quale «La Corte, ove ritenga necessario acquisire informazioni attinenti a specifiche discipline, dispone con ordinanza che siano ascoltati esperti di chiara fama in apposita adunanza in camera di consiglio alla quale possono assistere le parti costituite. Con l'autorizzazione del presidente le parti possono formulare domande agli esperti» (comma 1). «Il cancelliere avverte le parti almeno dieci giorni prima di quello fissato per l'adunanza in camera di consiglio»

Si tratta di una possibilità ulteriore e distinta rispetto a quella relativa all'ammissibilità delle opinioni scritte degli *amici curiae*. Il nuovo art. 14-bis offre infatti alla Corte la possibilità di ricorrere ad uno strumento conoscitivo specifico, laddove ritenga necessario ottenere informazioni attinenti a peculiari discipline, la cui complessità o il cui carattere tecnico richiedano l'approfondimento di un soggetto esperto del settore.

Può osservarsi, ad ogni modo, che la **nuova norma non impiega il termine "perito" o "consulente tecnico"**, nozioni che avrebbero implicato una diversa configurazione processuale

dell'istituto. Sotto questo profilo non possono dunque dirsi accolte quelle proposte dottrinali volte a valorizzare la fase istruttoria, individuando alcuni soggetti da sentire in qualità di «consulenti d'ufficio», ai quali rivolgere domande su aspetti reputati indispensabili per la decisione, e prevedendo, nel rispetto del principio del contraddittorio, la facoltà delle parti di proporre una sorta di consulenza di parte[7].

6. Le novità di cui agli artt. 4-ter (*amici curiae*) e 14-bis (audizione di esperti) si muovono nel senso del superamento di quella tendenziale «solitudine delle corti costituzionali»[8] e ci sembra possano apprezzarsi sotto tre principali profili: a) apertura, b) trasparenza, c) legittimazione.

Il primo profilo, quello dell'**apertura**, contiene in realtà al suo interno diverse sfaccettature. L'apertura è invero sia a nuove *informazioni* strumentali alla decisione, sia a nuovi *interessi* riferibili a soggetti che rischiano altrimenti di rimanere inauditi.

Con il generico termine "informazioni" facciamo riferimento sia a *conoscenze* (comparatistiche, scientifiche, tecnico-statistiche, ecc.), sia ad *argomenti* (motivi che possono essere discussi e posti a fondamento della decisione). Tale contributo può provenire tanto dall'audizione degli esperti in camera di consiglio, quanto dalle opinioni scritte degli *amici curiae*, le quali potranno determinare altresì un'apertura della Corte sul piano *partecipativo-rappresentativo*.

Tale apertura, non unanimemente auspicata[9], sconta invero il rischio della c.d. "cattura" della Corte, o quantomeno delle pressioni cui essa si espone, tema noto in particolare nell'ordinamento statunitense[10]. D'altro canto, però, l'apertura consentirà una più completa rappresentazione delle posizioni in gioco, oltre a «dare voce ai senza voce, cioè ai soggetti che non sono stati adeguatamente coinvolti nel procedimento legislativo, o che comunque si trovano ai margini del dibattito e delle scelte pubbliche»[11].

Se è pur vero che queste ed altre voci spesso finivano comunque per farsi sentire *de facto*, attraverso consultazioni informali, contributi dottrinali, seminari di studio o attraverso memorie di interventi in giudizio poi dichiarati inammissibili (memorie che, pur riguardando l'ammissibilità rischiano spesso di impingere nel merito, e che è possibile vengano lette, pur non potendo essere utilizzate nella decisione), è allora vero che le novità apportate alle *Norme integrative* permetteranno una maggiore **trasparenza** nelle operazioni decisorie della Corte. Il materiale verrà acquisito e, nel rispetto del contraddittorio, potrà essere menzionato in sede di pronunciamento.

Il tutto – è bene sottolinearlo – nel contesto di quella che è una *facoltà* per la Corte, e non già un *obbligo*: come l'ammissibilità dell'opinione dell'*amicus curiae* verrà valutata caso per caso vagliandone discrezionalmente l'*utilità*, così l'audizione dell'esperto è rimessa ad una valutazione di *necessità* da parte della Corte stessa.

Tutti i profili cui si è accennato sono infine suscettibili di riflettersi in termini di maggiore **legittimazione** della Consulta agli occhi della collettività e degli "utenti" della Corte[12].

È questa, invero, una delle ragioni che spinge molti altri ordinamenti nel panorama mondiale (Stati Uniti, Sudafrica, Israele, Brasile, Argentina, Germania, Francia, Messico) e le Corti internazionali (Corte EDU e Corte interamericana dei diritti dell'uomo) ad aprire il giudizio a soggetti diversi dalle parti[13]. Tendenza verso la quale sembra oggi orientata anche la Corte costituzionale italiana e che potrà apprezzarsi, in particolare, nelle decisioni più delicate sul piano sociale, etico, politico, scientifico, tecnologico, ... che inevitabilmente si presenteranno – e sempre con maggiore frequenza e complessità – davanti al giudice delle leggi.

- [1] Risultano inoltre modificati gli artt. 23, 24 e 25 delle *Norme integrative*, con l'effetto di rendere applicabili le novelle di cui agli artt. 4-*bis* (accesso degli intervenienti agli atti processuali) e 4-*ter* (*amici curiae*) e 14-*bis* (audizione di esperti) anche ai giudizi di costituzionalità in via principale e ai conflitti di attribuzione. A questi giudizi non si applica invece la disposizione introdotta all'ultimo comma di cui all'art. 4, relativa all'intervento dei titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio, disposizione che si riferisce espressamente ai soli giudizi in via incidentale.
- [2] La "apertura all'ascolto della società civile" è stata annunciata con un comunicato stampa della Corte dell'11 gennaio 2020: clicca [qui](#) per leggerlo.
- [3] Prospettava la codificazione di tale giurisprudenza T. Groppi, *Interventi di terzi e amici curiae: dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giustizia costituzionale in Italia*, relazione svolta nel seminario di studi "Interventi di terzi e 'amici curiae' nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, anche alla luce dell'esperienza delle altre corti nazionali e sovranazionali", organizzato dalla Corte costituzionale il 18 dicembre 2018, pubblicato su *Consulta Online*, 1/2019 e, in versione abbreviata, su *Quaderni costituzionali*. Auspicava una «dilatazione ragionevole della nozione di interesse qualificato [...]» P. Costanzo, *Brevi osservazioni sull'amicus curiae davanti alla Corte costituzionale*, in *Consulta online*, 4 marzo 2019.
- [4] La modifica delle *Norme integrative* da parte della stessa Corte costituzionale è espressione del potere regolamentare della Corte stessa, potere che trova fondamento nell'art. 137 Cost.: Cfr. V. Marcenò, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, p. 13, relazione svolta nel seminario di studi "Interventi di terzi e 'amici curiae' nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, anche alla luce dell'esperienza delle altre corti nazionali e sovranazionali", organizzato dalla Corte costituzionale il 18 dicembre 2018, pubblicata, in versione abbreviata, su *Quaderni costituzionali*, 2/2019.
- [5] Il relativo documento a firma del Presidente Giorgio Lattanzi è consultabile cliccando [qui](#).
- [6] Ciò potrebbe porsi in un'ottica di valorizzazione dell'udienza pubblica, da alcuni vista quale attuale punto debole della Corte. Cfr., ad esempio, S. Cassese, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, Il Mulino, p. 35.
- [7] In questo senso, ad esempio, V. Marcenò, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, cit., p. 16, secondo cui ciò «potrebbe contribuire a colmare quelle mancanze conoscitive che le questioni tecniche naturalmente pongono, e a ridurre le situazioni in cui la ricostruzione rimane nella determinazione del solo giudice relatore e dei suoi assistenti di studio».
- [8] S. Cassese, *Fine della solitudine delle corti costituzionali, ovvero il dilemma del porcospino*, in *Ars Interpretandi*, 2015, p. 21 ss.; cfr. anche T. Groppi, *Interventi di terzi e amici curiae*, cit., p. 5.
- [9] Esprimeva, ad esempio, opinioni esplicitamente contrarie all'ammissione del contributo di *amici curiae*, Massimo Luciani, nel seminario di studi "Interventi di terzi e 'amici curiae' nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, anche alla luce dell'esperienza delle altre corti nazionali e sovranazionali", organizzato dalla Corte costituzionale il 18 dicembre 2018 («Aprire indiscriminatamente agli *amici curiae*, a mio avviso, precipita la Corte non nel circuito mediatico, ma nel circo mediatico, costringendola a immergersi in una discussione pubblica imbarbarita, dalla quale, in questi anni, risulta davvero difficile uscire vivi»).
- [10] Lo mette bene in luce, ancora una volta, T. Groppi, *Interventi di terzi e amici curiae*, cit., p. 20.
- [11] In questi termini T. Groppi, *Interventi di terzi e amici curiae*, cit., p. 23.
- [12] L'espressione è tratta da P. Pasquino, B. Randazzo (a cura di), *La giustizia costituzionale e i suoi utenti*, Milano, Giuffrè, 2006, in cui v., tra gli altri, i contributi di V. Onida, *Gli utenti della giustizia costituzionale in Italia*, p. 172 ss.; e G. Falcon, *La Corte costituzionale italiana ed i suoi utenti*, ivi, 132 ss.

[13] Per i riferimenti comparatistici si vedano: T. Groppi, *Interventi di terzi e amici curiae*, cit., p. 9, e, nella relazione al medesimo seminario, B. Barbisan, *Dalla amicus friendship alla amicus advocacy: l'amicus curiae fra i diritti delle minoranze e la ONGizzazione della società*; nonché la ricerca predisposta dal Servizio studi della Corte costituzionale, Area di diritto comparato, *L'intervento dei terzi nei giudizi di legittimità costituzionale*, a cura di P. Passaglia, novembre 2018.

Editore

ASSOCIAZIONE
**"PROGETTO GIUSTIZIA
PENALE"**