

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

9/2020

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresagastaldo, 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 Andreatza, 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. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrococo, 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 Vighè, 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

F.E. MANFRIN, <i>Confisca urbanistica in caso di prescrizione del reato e poteri dell'autorità amministrativa</i>	5
A. BARBIERI, <i>L'appello del pubblico ministero tra obbligatorietà dell'azione penale ed efficienza giudiziaria</i>	17
G. LINARES, G. ANNICCHIARICO, F. MESSINA, <i>La confisca di prevenzione: tra finalità preventive, effetti neutralizzatori ed esigenze ripristinatorie</i>	33
F. NIGRO IMPERIALE, <i>Non punibilità per particolare tenuità del fatto e reato continuato: verso una possibile compatibilità?</i>	87
R. GIAMBERSIO, <i>Fenomeni di successione di norme penali dopo il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: una riflessione de jure condito</i>	105
F. ALVINO, <i>Incompetenza per territorio, urgenza cautelare e interesse del pubblico ministero alle relative contestazioni nelle impugnazioni de libertate</i>	125
F. PAGLIONICO, <i>La tutela delle vittime da codice rosso tra celerità procedimentale e obblighi informativi</i>	145

CONFISCA URBANISTICA IN CASO DI PRESCRIZIONE DEL REATO E POTERI DELL'AUTORITÀ AMMINISTRATIVA

di Francesco Emiliano Manfrin

SOMMARIO: 1. Confisca urbanistica e art. 129 c.p.p.: un intervento chiarificatore delle Sezioni unite – 2. La confisca urbanistica “senza condanna” tra Corte Edu e Corte di cassazione – 3. Il problema della successione temporale tra l'accertamento del reato urbanistico e la prescrizione – 4. Giudice penale e autorità amministrativa: verso un possibile equilibrio dei ruoli.

1. Confisca urbanistica e art. 129 c.p.p.: un intervento chiarificatore delle Sezioni unite.

La confisca urbanistica prevista dall'art. 44, co. 2, d.P.R. n. 380 del 2001 (T.U. Edilizia) rappresenta, nell'attuale panorama giuridico, un tema foriero di problematiche, alcune delle quali rimaste irrisolte. Una di queste riguarda il noto rapporto tra la misura ablatoria e l'estinzione del reato per intervenuta prescrizione.

Come è noto, l'applicabilità di questa speciale misura patrimoniale anche in assenza di condanna è ricavata dall'art. 44, co. 2, d.P.R. 380/2001, in forza del quale “la sentenza definitiva del giudice che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni, abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite”¹. Risulta in tal senso consolidato l'orientamento della Terza Sezione della Corte di cassazione (alla quale vengono assegnati i procedimenti per reati in materia di edilizia ed urbanistica)². Tale orientamento nasce principalmente dalla convinzione del giudice nazionale che la misura in discorso avrebbe natura di sanzione amministrativa obbligatoria, e non di sanzione penale³, con la conseguenza che essa ben potrebbe essere applicata indipendentemente da una formale pronuncia di condanna; in tal senso deporrebbe lo stesso tenore letterale del cit. art. 44 comma 2, richiedente una decisione che “accerta che vi è stata lottizzazione abusiva” e non una sentenza di condanna. A tal proposito, la Corte di cassazione è arrivata nel tempo ad affermare che il proscioglimento per intervenuta prescrizione non osta in alcun modo alla confisca del

¹ Per una dettagliata ricostruzione della normativa urbanistica di riferimento, si veda A. ESPOSITO, *La confisca urbanistica*, Torino, 2020, p. 7 ss.

² In questo senso, ad esempio, Cass. pen., Sez. III, 30 aprile 1994, n. 4954; Cass. pen., Sez. III, 7 luglio 2004, n. 37076; Cass. pen., Sez. III, 5 marzo 2008, n. 9982.

³ Cass. pen., Sez. III, 4 ottobre 2004, n. 38728 che afferma che «in conformità alla sua natura di sanzione amministrativa applicata dal giudice penale, la confisca urbanistica di cui all'art. 44 d.P.R. n. 380 del 2001 è obbligatoria e prescinde dalla condanna, unico suo presupposto essendo l'accertamento giurisdizionale della lottizzazione abusiva».

bene lottizzato qualora venga accertata la sussistenza del reato di lottizzazione abusiva nei suoi elementi oggettivo e soggettivo⁴.

In particolare, riguardo all'accertamento degli elementi del reato di lottizzazione abusiva nonostante la prescrizione, va segnalato come la Corte di cassazione abbia configurato, in talune pronunce, un vero e proprio «obbligo di accertamento»⁵ in capo al giudice ricavabile dal cit. art. 44, che prevarrebbe sull'obbligo della immediata declaratoria delle cause estintive del reato sancito dall'art. 129 c.p.p. Nell'ottica di ravvisare accanto all'azione penale tipica, una "azione penale complementare", sarebbe quindi consentito al giudice di «adottare altri provvedimenti a carattere reattivo o ripristinatorio, nei quali si sostanzia l'esigenza dell'ordinamento di ripristinare l'ordine giuridico violato dal fatto illecito»⁶. Secondo questa lettura, il giudizio di primo grado dovrebbe proseguire, nonostante l'intervenuta prescrizione del reato, in modo da accertare la lottizzazione abusiva al solo fine di disporre la confisca urbanistica.

Tale specifico approdo, oltre a non trovare piena corrispondenza in altre pronunce della Terza Sezione⁷ e ad essere contestato da una parte della dottrina⁸, è stato criticato dal recente intervento chiarificatore delle Sezioni unite *Perroni*⁹. Infatti, la Corte di cassazione, chiamata nella sua più autorevole composizione a risolvere una questione concernente la confisca urbanistica e il rispetto del principio di proporzionalità¹⁰, ha colto l'occasione per riaffermare *expressis verbis* la portata generale dell'obbligo di immediata declaratoria della causa di estinzione del reato *ex art. 129 c.p.p.*, «unicamente derogabile, *in melius*, dal comma 2 della stessa norma, laddove già risulti con evidenza la sussistenza di una causa di proscioglimento nel merito e, *in peius*, nel senso, cioè di consentire

⁴ Cass. pen., Sez. III, 26 febbraio 2019, n. 8350, C. ed altri, con nota di A. DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca dei suoli abusivamente lottizzati: non è necessaria una sentenza di condanna, neppure in primo grado?*, in *Arch. pen.*, 1, 2019.

⁵ Cass. pen., Sez. III, 7 febbraio 2019, n. 5936, Basile e altri; Cass. pen., Sez. III, 25 giugno 2018, n. 43630, Tammaro.

⁶ Così, Cass. pen., Sez. III, 22 gennaio 2020, n. 2292, Romano; Cass. pen., Sez. III, 13 luglio 2017, n. 53692, Martino; Cass. pen., Sez. III, 25 gennaio 2018, n. 43630, Tammaro; Cass. pen., Sez. III, 27 marzo 2019, 31282, Grieco.

⁷ Cass. pen., Sez. III, 16 ottobre 2019, n. 42513, Spina ed altri, con nota di A. DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca dei suoli abusivamente lottizzati: non è tassativamente obbligatorio celebrare il processo in caso di patologica intervenuta prescrizione del reato, spettando in tal caso all'autorità amministrativa esercitare i poteri di controllo di tipo pianificatorio*, in *Arch. pen. online*.

⁸ Si veda, *ex multis*, A. DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca dei suoli abusivamente lottizzati: non è necessaria una sentenza di condanna, neppure in primo grado?*, cit.; L. NULLO, *Confisca urbanistica senza condanna e prescrizione. Una problematica riflessione in materia di decisione sul reato estinto*, in *Arch. pen.*, 1/2019, on-line.

⁹ Cass. pen., Sez. Un., 30 aprile 2020, n. 13539, Perroni, con nota di A. DELLO RUSSO – E. ADDANTE, *Prescrizione e confisca dei suoli abusivamente lottizzati: l'intervento delle Sezioni unite sembra ristabilire gli equilibri costituzionali*, in *Arch. pen. online*; A. BASSI, [Confisca urbanistica e prescrizione del reato: le Sezioni unite aggiungono un nuovo tassello alla disciplina processuale della materia](#), in questa *Rivista*, 5/2020, p. 285 ss.

¹⁰ Sul punto, Cass. pen., Sez. Un., 30 aprile 2020, n. 13539, Perroni, la pronuncia stabilisce che «in caso di declaratoria, all'esito del giudizio di impugnazione, di estinzione del reato per prescrizione, il giudice di appello e la Corte di cassazione sono tenuti, in applicazione dell'art. 578-bis c.p.p., a decidere sull'impugnazione agli effetti della confisca di cui all'art. 44 del d.P.R. n. 380 del 2001». Cfr. S. FINOCCHIARO, [Principio di proporzionalità e confisca urbanistica: alla Consulta una nuova questione di costituzionalità dell'art. 44 T.U. Edilizia](#), in questa *Rivista*, 22 giugno 2020.

ugualmente la prosecuzione del processo ai fini dell'adozione di provvedimenti *lato sensu* sanzionatori, solo in presenza di norme che espressamente statuiscano in tal senso».

Così, la Suprema Corte, pur ricordando che in virtù del cit. art. 44 è ben possibile postulare «che ai fini della confisca sia sufficiente l'accertamento del fatto, in tal modo consentendo la misura anche a fronte di maturata prescrizione», ricorda che tale disposizione nulla dice riguardo ai rapporti «in punto di successione temporale tra l'accertamento del fatto, da un lato, e la prescrizione, dall'altro»¹¹. A tal proposito, le Sezioni unite ritengono non sostenibile una lettura della norma a favore della prosecuzione del processo, a prescrizione maturata, quando non sia ancora stato accertato il fatto. Il tema riguardante la «specificazione sui tempi e sul *quomodo* dell'accertamento» è al contrario disciplinato dalle norme di carattere processuale¹². La questione dello spazio applicativo della confisca urbanistica in presenza della prescrizione del reato va quindi risolta in primo luogo alla luce dell'art. 129 c.p.p., come si ricava dalla stessa pronuncia delle Sezioni unite. Non deve poi esser trascurato un ulteriore aspetto ben messo in luce dalla Suprema Corte in questa decisione, e sul quale ci si soffermerà in questa sede, in merito al rapporto tra l'applicazione della confisca urbanistica da parte del giudice penale e l'autonomo potere-dovere dell'autorità amministrativa di procedere all'acquisizione delle aree lottizzate ai sensi dell'art. 30, commi 7 e 8, d.P.R. 380 del 2001.

2. La confisca urbanistica “senza condanna” tra Corte Edu e Corte di cassazione.

Al fine di chiarire meglio gli aspetti della questione, sembra opportuno soffermarsi brevemente sui punti fermi del dibattito giurisprudenziale sviluppatosi intorno alla confisca urbanistica in ambito sia interno che europeo, mettendone in luce anche alcuni aspetti problematici.

Infatti, a partire dai noti arresti della Corte di Strasburgo nel caso *Sud Fondi e altri c. Italia*, la confisca prevista dall'art. 44 T.U. Edilizia è stata considerata una vera e propria sanzione *penale*, presidiata quindi dalle garanzie assicurate dalla Convenzione alla *matière pénale*, a partire dall'art. 7 CEDU¹³. I giudici di Strasburgo intendevano con quelle pronunce subordinare l'applicazione della confisca urbanistica a presupposti rigorosi, in linea con il carattere sostanzialmente penale della misura ablatoria. Per questo motivo la Corte EDU ha sostenuto l'obbligo di ancorare la confisca all'accertamento di un legame di natura intellettuale che consentisse di «riscontrare un elemento di

¹¹ Cass pen., Sez. Un., 30 aprile 2020, n. 13539, Perroni.

¹² Cass pen., Sez. Un., 30 aprile 2020, n. 13539, Perroni.

¹³ Così C. Edu, sent. 20 gennaio 2009, *Sud Fondi e altri c. Italia*; C. Edu, sent. 10 maggio 2012, *Sud Fondi e altri c. Italia*. Cfr. L. BEDUSCHI, *Confisca degli “ecomostri” di Punta Perotti: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia a versare alle imprese costruttrici 49 milioni di euro a titolo di equa riparazione*, in *Dir. pen. cont.*, 16 maggio 2012.

responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato. In caso contrario, la pena non sarebbe giustificata»¹⁴.

Nel recepire quanto stabilito dalla Corte di Strasburgo, la Corte di cassazione, pur continuando a considerare la confisca in esame come una sanzione amministrativa e a ritenere non indispensabile la sentenza di condanna dell'imputato, ha nel tempo corretto il proprio orientamento richiedendo anche l'accertamento dell'elemento soggettivo del reato per addivenire alla confisca dei beni lottizzati¹⁵. La Suprema Corte ha così affermato per la prima volta che non fosse più adeguato il solo accertamento della mera sussistenza materiale del reato e del nesso tra questo e la *res*, bensì che fosse imprescindibile anche l'individuazione, almeno, di un profilo di colpa nella condotta dell'agente nei cui confronti la confisca urbanistica viene disposta¹⁶. Rimaneva, tuttavia, irrisolta la ben più complessa questione relativa alla possibilità di disporre la confisca urbanistica, non tanto a seguito di una sentenza di assoluzione per carenza dell'elemento psicologico (come era accaduto in relazione al caso *Sud Fondi*), quanto invece a seguito di un proscioglimento causato dalla declaratoria di estinzione del reato per prescrizione, quindi ancora una volta *senza condanna*.

Su questo punto la Corte di Strasburgo, con la sentenza *Varvara c. Italia* del 2013¹⁷, ha preso nuovamente posizione, innanzitutto ribadendo la natura sostanzialmente penale della confisca urbanistica. In particolare, la Corte Edu ha stabilito che la previsione della confisca di specie viola l'art. 7 CEDU qualora essa sia applicata con una sentenza che non costituisce un provvedimento formale di condanna (quale, appunto, una sentenza che dichiara la sopraggiunta prescrizione del reato di lottizzazione abusiva)¹⁸. Il sillogismo alla base di questa concezione non deve stupire: la confisca è una pena; la pena si applica con una dichiarazione *formale* di responsabilità a carico dell'autore; *ergo*, la confisca urbanistica necessita, per essere applicata, di una sentenza di *condanna*¹⁹.

¹⁴ § 116 del considerato in diritto di sent. C. Edu, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi* e altri c. Italia.

¹⁵ Così Cass. pen., Sez. III, 8 ottobre 2009, n. 39078, *Apponi ed altri*; Cass. pen., Sez. III, 24 luglio 2009, n. 30933, *Costanza*; Cass. pen., Sez. III, 15 aprile 2013, n. 17066, *Volpe ed altri*.

¹⁶ Per una ricognizione sull'impatto della giurisprudenza europea successiva al caso *Sud Fondi* sull'ordinamento interno si veda M. PANZARASA, *Confisca senza condanna?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1696 ss.

¹⁷ C. Edu, Sez. II, sent. 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*. Per un commento sulla pronuncia si veda A. BALSAMO, *La Corte europea e "la confisca senza condanna" per la lottizzazione abusiva*, in *Cass. pen.*, 2014, 1395 ss.; A. DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca dei suoli abusivamente lottizzati: tanto tuonò che piovve*, in *Arch. Pen.*, 2013, 3; F. MAZZACUVA, *La confisca disposta in assenza di condanna viola l'art. 7 CEDU*, in *Dir. pen. cont.*, 5 novembre 2013.

¹⁸ La pronuncia nel caso *Varvara c. Italia*, in particolare, afferma al § 71 che «la logica della "pena" e della "punizione", e la nozione di "guilty" (nella versione inglese) e la corrispondente nozione di "persona colpevole" (nella versione francese), depongono a favore di un'interpretazione dell'articolo 7 che esige, per punire, una dichiarazione di responsabilità da parte dei giudici nazionali, che possa permettere di addebitare il reato e di infliggere la pena al suo autore. In mancanza di ciò la punizione non avrebbe senso [...] Sarebbe infatti incoerente esigere, da una parte, una base legale accessibile e prevedibile e permettere, dall'altra, una punizione quando, come nel caso di specie, la persona interessata non è stata condannata».

¹⁹ Si veda F. VIGANÒ, *Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4/2014, p. 280, il quale, sul punto, afferma che «la logica della decisione appare trasparente: se la confisca

La sentenza *Varvara c. Italia* si è quindi posta in aperto contrasto con l'orientamento della giurisprudenza di legittimità interna, suscitando un vivace dibattito. In particolare, nel caso in cui nell'orientamento del giudice di Strasburgo si fosse consolidata la tesi della imprescindibilità di una sentenza di condanna per addivenire alla previsione della confisca urbanistica, ne sarebbe uscito frustrato, secondo il punto di vista della Corte di cassazione²⁰, l'interesse sotteso all'incriminazione della lottizzazione abusiva (avente per oggetto la tutela del paesaggio, dell'ambiente e di un ordinato assetto urbanistico). E questo timore era acuito dalla consapevolezza che la prescrizione del reato urbanistico non è un fatto certamente raro nel nostro ordinamento, a causa sia della complessità dell'accertamento per questa tipologia di fattispecie, sia del tempo di prescrizione relativamente breve²¹.

Proprio in merito a questa controversa tematica e al giusto valore da attribuire alla giurisprudenza di Strasburgo in materia, i giudici italiani, sollevando plurime questioni di legittimità costituzionale – due, in particolare, opposte tra loro²² – aventi ad oggetto l'art. 44, secondo comma, d.P.R. 380/2001, hanno sollecitato la Consulta a prendere posizione. Pertanto, con la nota sentenza n. 49 del 2015²³, la Corte

urbanistica è una “pena” ai sensi della Convenzione, allora essa *potrà essere applicata soltanto nei confronti di una persona “dichiarata colpevole”, e dunque nei confronti di una persona condannata in esito a un giudizio penale: non già nei confronti di una persona prosciolta dalle accuse per intervenuta prescrizione del reato*». Cfr. E. M. MANCUSO, *Decisione e confisca*, in T. EPIDENDIO-G. VARRASO (a cura di), *Codice delle confische*, Milano, 2018, p. 1266 ss.

²⁰ In questa direzione Cass. pen., Sez. III, ord. 30 aprile 2013, n. 20636, in cui si afferma che, in riferimento agli artt. 2, 9, 32, 41, 42 Cost., essi «impongono che il paesaggio, l'ambiente, la vita e la salute s[on]o tutelati quali valori costituzionali oggettivamente fondamentali, cui riconoscere prevalenza nel bilanciamento con il diritto di proprietà, ritenuto violato dalla sentenza Varvara con la condanna dell'Italia per contrasto con l'art. 1 del protocollo n. 1 della Convenzione e.d.u.».

²¹ Sul punto F. VIGANÒ, *Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo*, cit., pp. 286-287, che, di fronte al dilemma sotteso alla scelta alternativa tra il rispetto dei principi del giusto processo e la tutela dei beni giuridici attuata mediante la sanzione penale, ricordava in tempi non sospetti come la «strada maestra non [fosse] quella – a dir poco tortuosa – di tentare, in via pretoria, di neutralizzare gli effetti della prescrizione, tenendo ferma la sanzione della confisca nonostante il proscioglimento dell'imputato, bensì quella – semplice e lineare – di mettere finalmente mano, sul piano legislativo, a una riforma della prescrizione».

²² La prima questione di legittimità sollevata con ordinanza del 20 maggio 2014 dalla III Sezione penale della Corte di cassazione aveva ad oggetto l'art. 44, co. 2, T.U. Edilizia, per contrasto con gli artt. 2, 9, 32, 41, 42 e 117, primo comma, Cost., nella parte in cui, in forza dell'interpretazione della Corte Edu, tale norma «non può applicarsi nel caso di dichiarazione di prescrizione del reato anche qualora la responsabilità penale sia stata accertata in tutti i suoi elementi»; la seconda questione sollevata con ordinanza del 17 gennaio 2014 dal Tribunale di Teramo in riferimento allo stesso art. 44, co. 2, T.U. Edilizia per contrasto con l'art. 117, co. 1, Cost. in relazione all'art. 7 CEDU «nella parte in cui consente che l'accertamento nei confronti dell'imputato del reato di lottizzazione abusiva – quale presupposto dell'obbligo per il quale il giudice penale di disporre la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite – possa essere contenuto anche in una sentenza che dichiari estinto il reato per intervenuta prescrizione».

²³ Corte cost., sent. 14 gennaio 2015 (dep. 26 marzo 2015) n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi. Cfr. F. VIGANÒ, [La Consulta e la tela di Penelope](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2015, p. 333 ss.; M. BIGNAMI, [Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2015, p. 288 ss.; G. CIVELLO, *La sentenza Varvara c. Italia “non vincola” il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologhi di Corti?*, in *Archivio Penale*, 1, 2015; V. MANES, *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il*

costituzionale, pur dichiarando entrambe le questioni inammissibili, ha argomentato apertamente in favore della possibilità per il giudice di disporre la confisca urbanistica a fronte di un *accertamento pieno* della responsabilità per il reato sottostante prescritto, anche non contenuto in una sentenza di condanna. Secondo la Consulta, la tesi del giudice europeo circa la necessità della condanna riguarderebbe non «la forma del provvedimento, ma la sostanza dell'accertamento»²⁴. Posta in questi termini la questione, la sentenza che accerta l'estinzione del reato causata dalla prescrizione è di certo compatibile giuridicamente e logicamente con un pieno accertamento della responsabilità²⁵.

Questa presa di posizione ha avuto il merito di tentare di ricucire uno strappo dogmatico tra il formante giurisprudenziale nazionale e quello europeo, ma non ha espressamente chiarito come l'accertamento sulla responsabilità dell'autore di lottizzazione abusiva possa inserirsi armonicamente nel processo penale italiano, nel quale il decorso del termine di prescrizione deve essere dichiarato d'ufficio in ogni stato e grado del processo, ai sensi dell'art. 129 c.p.p., impedendo al giudice di svolgere ulteriori attività processuali²⁶.

Ciò premesso, ben si comprende il motivo dell'attesa e dell'attenzione riposta nell'osservare il successivo intervento del giudice di Strasburgo nella sua più autorevole composizione: la sentenza *G.I.E.M. S.r.l.* della Grande Camera del 2018²⁷. Tale pronuncia – secondo molti²⁸ un *revirement* in piena regola rispetto al caso *Varvara* – ha mostrato di condividere la suddetta impostazione adottata dalla Corte costituzionale, chiarendo,

nodo della presunzione di innocenza, in *Dir. pen. cont.*, 13 aprile 2015.

²⁴ § 6.2 del considerato in diritto di Corte cost., sent. 25 marzo 2015, n. 49, cit.

²⁵ Sul punto, la sentenza n. 49 del 2015 della Corte costituzionale citata, in un passaggio contenuto nel § 5 del considerato in diritto, afferma che «non è escluso che il proscioglimento per prescrizione possa accompagnarsi alla più ampia motivazione sulla responsabilità, ai soli fini della confisca del bene lottizzato».

²⁶ Così, F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope*, cit., p. 336, che si interroga anche su come possa essere garantito il diritto a una piena rivalutazione della responsabilità dell'imputato nei gradi di appello e di cassazione, qualora sia già intervenuta la prescrizione, in modo da assicurare che la confisca urbanistica «possa essere effettivamente disposta soltanto a fronte di una prova "oltre ogni ragionevole dubbio" della responsabilità dell'imputato, che abbia debitamente resistito ai vari gravami».

²⁷ C. Edu, Grande Camera, sent. 28 giugno 2018, G.i.e.m. e altri c. Italia. Per un commento alla sentenza, cfr., G. CIVELLO, *La sentenza G.i.e.m. s.r.l. e atri c. Italia: un passo indietro rispetto alla sentenza "Varvara"? Ancora sui rapporti tra prescrizione e confisca urbanistica*, in *Arch. pen.*, 3, 2018, on-line; G. RANALDI, *Confisca urbanistica senza condanna e prescrizione del reato: interrogativi sui rimedi processuali azionabili, dopo che la Grande Camera ha delineato un "equilibrio" possibile*, in *Arch. pen.*, 3, 2018, on-line; A. DELLO RUSSO-E. ADDANTE, *Questioni di confisca e prescrizione: la necessità di una condanna (anche non passata in giudicato)*, in *Arch. pen.*, 2, 2018, on-line; A. GALLUCCIO, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte EDU, Grande Camera, in materia urbanistica*, in *Dir. pen. cont.*, 7-8/2018, pp. 221 ss.; G. DE MARZO, *Legalità convenzionale e confisca urbanistica senza condanna: la Corte di Strasburgo fissa le regole*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 3926 ss.; M. BIGNAMI, *Da Strasburgo via libera alla confisca urbanistica senza condanna*, in *Questione Giustizia*, 10 luglio 2018 on-line.

²⁸ In questa direzione, *ex multis*, G. CIVELLO, *La sentenza G.i.e.m. s.r.l. e atri c. Italia: un passo indietro rispetto alla sentenza "Varvara"? Ancora sui rapporti tra prescrizione e confisca urbanistica*, cit.; A. GALLUCCIO, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte EDU, Grande Camera, in materia urbanistica*, cit.; M. BIGNAMI, *Da Strasburgo via libera alla confisca urbanistica senza condanna*, cit.

forse definitivamente, che è ben possibile applicare la confisca urbanistica, pur ritenuta sanzione penale, anche unitamente alla sentenza che dichiara l'estinzione del reato per prescrizione del reato, a condizione che con tale provvedimento si accerti, in relazione agli elementi oggettivi e soggettivi del fatto, la colpevolezza dell'imputato in ordine al reato sottostante dichiarato estinto. In altre parole, non conta tanto la forma della decisione, quanto l'accertamento ad essa sotteso. La pronuncia, sul punto, è chiarissima: «qualora i tribunali investiti constatino che sussistono tutti gli elementi del reato di lottizzazione abusiva pur pervenendo ad un non luogo a procedere, soltanto a causa della prescrizione, tali considerazioni, in sostanza, costituiscono una condanna nel senso dell'articolo 7, che in questo caso non è violato»²⁹. A tal proposito si è detto efficacemente che, ai fini dell'applicazione della misura ablativa in discorso, la sentenza di proscioglimento può valere «come se fosse una sentenza di condanna»³⁰, qualora nella motivazione sia presente un accertamento pieno della responsabilità penale dell'autore.

3. Il problema della successione temporale tra l'accertamento del reato urbanistico e la prescrizione.

Dopo il pronunciamento della Corte di Strasburgo nel caso *G.I.E.M. S.r.l. c. Italia* era già accaduto che la Corte di cassazione si fosse pronunciata affermando che il proscioglimento per declaratoria di estinzione del reato a seguito di intervenuta prescrizione non impedisce la confisca urbanistica dei beni lottizzati, previo accertamento della sussistenza del reato nei suoi elementi oggettivo e soggettivo. E tale affermazione, per quanto criticabile, non destava più scalpore, dato il chiarimento apportato dalla pronuncia della Grande Camera.

Tuttavia, premesso che per disporre la misura ablatoria è necessario il delineato accertamento del reato, risulta problematico comprendere se tale accertamento debba necessariamente precedere il termine di intervenuta prescrizione, o se invece sia possibile la prosecuzione del giudizio di primo grado, nonostante la prescrizione, al solo fine di accertare il fatto per la decisione di confisca³¹.

²⁹ Così al § 261 della sentenza *G.i.e.m. s.r.l. c. Italia*.

³⁰ Così, A. ESPOSITO, *La confisca urbanistica*, cit., p. 105.

³¹ Si consideri, per completezza, anche il caso in cui la causa estintiva del reato di lottizzazione abusiva commesso dopo il 1° gennaio 2020 si verifichi dopo la pronuncia della sentenza di primo grado. In proposito, è noto ormai che l'art. 1, co. 1, lett. E) della legge n. 3/2019 abbia sostituito il secondo comma dell'art. 159 c.p. – entrato in vigore il 1° gennaio 2020 – stabilendo che «il corso della prescrizione rimane altresì sospeso dalla pronuncia della sentenza di primo grado o del decreto di condanna fino alla data di esecutività della sentenza che definisce il giudizio o dell'irrevocabilità del decreto di condanna». È evidente quindi che a seguito di questa modifica legislativa, stante l'imprescrittibilità del reato di lottizzazione abusiva nei gradi di giudizio successivi al primo, al giudice di appello che si troverà a dover decidere sull'impugnazione di una sentenza di prime cure di condanna e contestuale applicazione della misura ablatoria non resterà che scegliere tra la seguente alternativa: «o conferma la condanna in primo grado portante la confisca, ovvero dovrà prosciogliere l'imputato per una causa diversa dalla prescrizione». Così si esprime G. VARRASO, *La decisione sugli effetti civili e la confisca senza condanna in sede di impugnazione. La legge n. 3 del 2019 (c.d. "spazzacorrotti") trasforma gli artt. 578 e 578-bis c.p.p. in una disciplina "a termine"*, in *Dir. pen. cont.*, 4 febbraio

A tal proposito occorre distinguere il caso in cui la causa estintiva del reato maturi prima che sia esaurita l'istruzione dibattimentale da quello in cui essa insorga dopo la chiusura del dibattimento.

In primo luogo, accade sovente che il reato in questione, a causa della difficoltà connessa all'accertamento degli illeciti urbanistici, sia già prescritto nella fase predibattimentale o si prescriva durante il dibattimento, ma prima che venga esaurita l'istruzione dibattimentale³². Da questo punto di vista, l'art. 129 c.p.p. esige che la causa di estinzione venga dichiarata dal giudice *immediatamente*, impedendo che il processo prosegua per accertare gli elementi costitutivi del reato. Ebbene, come anticipato, in riferimento a questa ipotesi la giurisprudenza della Terza sezione era giunta ad uno dei più controversi approdi: «l'obbligo di accertamento imposto al giudice prevale su quello generale dell'immediata declaratoria della causa di non punibilità ex art. 129 cod. proc. pen. [...] Ne consegue che, in presenza di detta causa estintiva del reato, il giudice del dibattimento non ha l'obbligo di dichiararla immediatamente ex art. 129 c.p.p., ma deve procedere al necessario accertamento del reato [...], assicurando alla difesa il più ampio diritto alla prova e al contraddittorio, e a tal fine, pur in presenza della sopravvenuta prescrizione, deve proseguire l'istruttoria dibattimentale»³³. La Corte di cassazione proponeva, in definitiva, un approccio volto a stabilire in capo al giudice l'obbligo di celebrare il processo per il reato di lottizzazione, sebbene dopo l'esercizio dell'azione penale esso si fosse prescritto³⁴.

Come si è accennato in apertura, a fronte di tale interpretazione volta a ritenere recessivo l'obbligo di dichiarare immediatamente la prescrizione³⁵ rispetto al citato "obbligo di accertamento", le Sezioni unite *Perroni* sono da poco intervenute a ripristinare la corretta portata del principio di cui all'art. 129 c.p.p. in relazione al tema della confisca urbanistica. La recente pronuncia sottolinea la prevalenza dell'art. 129 c.p.p., norma «specificamente dedicata proprio al tempo e al *quomodo* della declaratoria di determinate cause di non punibilità (in esse rientrando anche la estinzione del reato), da sempre interpretata da questa Corte come espressiva di un obbligo per il giudice di

2019, 9, che specifica: «il diritto all'oblio dell'imputato cede il passo all'obbligo del giudice del gravame di decidere, in ogni caso, o per la condanna formale e sostanziale con la confisca o per un proscioglimento senza la confisca e ciò senza limiti di tempo».

³² Diversamente, non vi sono dubbi sull'inidoneità di una sentenza di non luogo a procedere per intervenuta prescrizione (pronunciata da un g.u.p. ai sensi dell'art. 425 c.p.p.) a contenere un accertamento della responsabilità dell'imputato, foss'anche solo per la fisiologica mancanza di attività di acquisizione probatoria nel contraddittorio tra le parti. Cfr., in questa direzione, F. VIGANÒ, *Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo*, cit., 284 ss. Sul tema della confisca all'esito dell'udienza preliminare, cfr. Corte Edu, sez. I, sent. 25 settembre 2008, Paraponiaris c. Grecia.

³³ Cass. pen., Sez. III, 7 febbraio 2019, n. 5936, Basile e altri; Cass. pen., Sez. III, 25 giugno 2018, n. 43630, Tammaro. Sul punto, conformi anche: Cass. pen., Sez. III, 20 maggio 2019, n. 22034; Cass. pen., Sez. III, 22 gennaio 2020, n. 2292.

³⁴ In questa direzione, da ultimo, Cass., Sez. III, 26 febbraio 2019, n. 8350, Ciccone ed altri.

³⁵ Cfr. L. NULLO, *Confisca urbanistica senza condanna e prescrizione. Una problematica riflessione in materia di decisione sul reato estinto*, cit., 23, che parla di «un'interpretatio abrogans dell'art. 129 c.p.p. [...] Questa soluzione se già non convince ove preordinata ad irrogare una sanzione amministrativa, è ancor più difficilmente accettabile se addirittura la si accosta all'asserita natura penale della confisca urbanistica».

pronunciare con immediatezza, nel momento di sua formazione ed indipendentemente da quello che sia “lo stato e il grado del processo” (clausola, questa, significativamente menzionata dalla norma), sentenza di proscioglimento»³⁶. Tale lettura “sconfessa”, in definitiva, la teoria della c.d. “azione penale complementare” avanzata in alcune pronunce dalla Terza Sezione³⁷ e riconosce la *ratio* sottostante al principio di immediata operatività della causa estintiva, ossia quella di evitare – fatto salvo il limite dell’evidente innocenza dell’imputato – una prosecuzione infruttuosa del giudizio e di assicurare la celere definizione dello stesso³⁸.

In secondo luogo, deve considerarsi l’ipotesi, invero piuttosto infrequente, in cui la prescrizione maturi tra il termine dell’istruzione dibattimentale e la decisione. In questo caso il giudice avrebbe già acquisito le prove sulla cui base è possibile pervenire all’accertamento della responsabilità in ordine al fatto di lottizzazione abusiva cui eventualmente ancorare la confisca urbanistica. In tal caso, almeno secondo l’impostazione più rigorosa, non opera la regola di giudizio contenuta nel secondo comma dell’art. 129 c.p.p., che accorda prevalenza a determinate formule assolutorie rispetto alla declaratoria di estinzione del reato. Nella fase della deliberazione, successiva alla chiusura del dibattimento, la regola di giudizio basata sull’evidenza della causa di proscioglimento più favorevole “cede il passo” alle regole di giudizio di cui all’art. 530 c.p.p., in aderenza alla presunzione costituzionale d’innocenza, e il giudice deve dichiarare estinto il reato solo qualora abbia positivamente accertato la colpevolezza dell’imputato³⁹. Come si è osservato in dottrina⁴⁰, «il giudice, il quale

³⁶ Così al § 7.2 del “considerato in diritto” della sent. Cass. pen., Sez. Un., 30 aprile 2020, n. 13539, Perroni. Cfr., in tema di confisca urbanistica, Cass. pen., Sez. I, 6 luglio 2004, n. 33129, Bevilacqua, che ha ritenuto abnorme il decreto del giudice dell’udienza preliminare che, al fine di consentire successivamente l’accertamento finalizzato alla confisca urbanistica, aveva disposto ugualmente il rinvio a giudizio per un reato, pur riconoscendo l’intervenuta estinzione dello stesso per prescrizione, in quanto esplicitatosi al di fuori dei casi consentiti, al di là di ogni ragionevole limite, tanto da risultare avulso dall’ordinamento processuale; Cass. pen., Sez. III, 14 novembre 2018, n. 1514, Bernardini, in cui si afferma che il proscioglimento per intervenuta prescrizione osti alla confisca urbanistica qualora la causa estintiva sia stata dichiarata con sentenza predibattimentale ex art. 469 c.p.p., atteso che le caratteristiche di questa non permettono di compiere quell’accertamento incidentale sulla sussistenza dell’illecito – nei suoi aspetti soggettivi e oggettivi – necessario per poter disporre la misura ablatoria.

³⁷ Si veda il par. 1.

³⁸ In linea, Cass. pen., Sez. Un., 27 febbraio 2002, n. 17179, Conti, in cui si afferma che «l’art. 129 si muove nella prospettiva di troncatura, allorchè emerga una causa di non punibilità, qualsiasi ulteriore attività processuale e di addivenire immediatamente al giudizio, anche se fondato su elementi incompleti ai fini di un compiuto accertamento della verità da un punto di vista storico».

³⁹ In riferimento alla tesi per cui il giudice può assumere la causa estintiva del reato a fondamento della propria decisione solo quando al vaglio del materiale probatorio acquisito il fatto risulti sussistente, attribuibile all’imputato e rientrante nella fattispecie di reato, cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, 993, il quale afferma che «nel dibattimento l’art. 129 non risulta mai applicabile: la sentenza dichiara estinti i reati che accerta; se le prove a carico mancano o non bastano, assolve nei termini prescritti dall’art. 530».

⁴⁰ O. DOMINIONI, *Improcedibilità e proscioglimento nel sistema processuale penale*, Milano, 1974, 137; E. MARZADURI, *Sub art. 129 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, 1990, p.106; E. MARZADURI, *Sub art. 531 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, 1990, p. 530; M. RUARO, *La prevalenza della sentenza di assoluzione ex art. 530 2° comma c.p.p. sulla declaratoria di intervenuta prescrizione del reato*, in Cass. pen., 2005, p. 2271 ss.; M. DANIELE,

pervenga alla decisione dopo aver provveduto ad ogni possibile indagine probatoria ed avendo quindi a disposizione tutti gli elementi di giudizio che il processo era nella specie in grado di offrire, può accedere ad una declaratoria di estinzione del reato solo dopo aver verificato l'impossibilità di assolvere l'imputato perché il fatto non sussiste, o perché non è stato da lui commesso, o infine perché non è previsto dalla legge come reato»⁴¹. Valorizzando questa lettura, si potrebbe quindi affermare che, tutte le volte in cui il reato di lottizzazione abusiva si prescrive dopo il compimento dell'istruzione dibattimentale, il giudice, emessa una sentenza di non doversi procedere ai sensi dell'art. 531 c.p.p., ha già necessariamente accertato la sussistenza degli elementi costitutivi del reato, che fungono da presupposti della confisca urbanistica secondo la costante giurisprudenza. Non vi sarebbe, di conseguenza, alcuna incompatibilità tra declaratoria di estinzione del reato per prescrizione e disposizione della confisca dei terreni oggetto di una già accertata lottizzazione abusiva⁴².

Occorre precisare, tuttavia, che tale opzione interpretativa (contraria all'applicazione dell'art. 129 comma 2 c.p.p. al termine del dibattimento) risulta non condivisa dalla giurisprudenza prevalente⁴³. L'orientamento maggioritario della giurisprudenza di legittimità, confermato anche dalle Sezioni unite⁴⁴, propone una soluzione opposta in base alla quale, all'esito del dibattimento, in caso di concorso tra cause di estinzione del reato e fattispecie di proscioglimento nel merito, queste ultime prevalgono solo se ricorre il requisito dell'evidenza di cui all'art. 129 comma 2 c.p.p.

Questa soluzione non convince per un duplice ordine di ragioni. Essa, infatti, «non appare coerente con la regola di giudizio che impone l'assoluzione con formule più ampiamente liberatorie non solo in presenza della prova positiva dell'innocenza, ma anche in caso di prova di colpevolezza mancante, insufficiente, o contraddittoria»⁴⁵. Inoltre, la *ratio* dell'art. 129 comma 2 c.p.p., volta a soddisfare esigenze di economia processuale, verrebbe meno al termine del dibattimento, ad indagine probatoria esaurita: «depurato dalle finalità di risparmio delle energie processuali, il principio della prevalenza imporrà di preferire, al riscontro della causa di estinzione del reato, l'adozione delle formule di proscioglimento indicate dall'art. 530 c.p.p.»⁴⁶.

Sub art. 129 c.p.p., in G. CONSO-G. ILLUMINATI (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 2015, p. 428 ss.; O. MAZZA, *Sub art 531 c.p.p.*, in G. CONSO-G. ILLUMINATI (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 2015, p. 2414.

⁴¹ O. DOMINIONI, *Improcedibilità e proscioglimento nel sistema processuale penale*, cit., 137. Cfr. S. MELODIA, *Prescrizione del reato e confisca: il "nodo" dell'accertamento processuale*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2016, p. 407 ss.

⁴² Cfr. § 7.6 del "considerato in diritto" della sent. Cass. pen., Sez. Un., 30 aprile 2020, n. 13539, Perroni, secondo cui «il principio di adozione in via immediata del proscioglimento (in esso compreso quello dovuto ad estinzione del reato) va dunque riaffermato, sicché il giudice di primo grado potrà disporre la confisca solo ove, anteriormente al momento di maturazione della prescrizione, sia stato comunque già accertato, nel contraddittorio delle parti, il fatto di lottizzazione nelle sue componenti oggettive e soggettive».

⁴³ Cass. pen., Sez. I, 24 settembre 2013, n. 43853; Cass. pen., Sez. IV, 7 maggio 2013, n. 23680; Cass. pen., Sez. I, 28 gennaio 2010, n. 6593.

⁴⁴ Cass. pen., Sez. Un., 28 maggio 2009, n. 35490, Tettamanti, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4106.

⁴⁵ O. MAZZA, *Sub art 531 c.p.p.*, cit., p. 2415.

⁴⁶ R. FONTI, *L'immediata declaratoria delle cause di non punibilità*, in *Trattato di procedura penale* diretto da G. SPANGHER, vol. I, t. II, a cura di G. DEAN, Torino, 2008, p.143.

A tal proposito, v'è da chiedersi se il recente intervento delle Sezioni unite *Perroni*, che ha ristabilito la corretta portata del principio di immediata operatività della causa estintiva, possa costituire il punto di partenza per rimeditare l'orientamento della giurisprudenza in ordine all'applicazione estesa dell'art. 129 comma 2 c.p.p. La pronuncia ha, infatti, sottolineato la scelta legislativa sottesa a tale norma, volta ad «evitare la prosecuzione infruttuosa di un giudizio [...] evitando così esasperati, dispendiosi ed inutili formalismi»⁴⁷. È, pertanto, evidente, che all'esito del dibattimento tale *ratio* perda completamente la propria rilevanza.

4. Giudice penale e autorità amministrativa: verso un possibile equilibrio dei ruoli.

A fronte della soluzione interpretativa prospettata dalle Sezioni unite della Suprema Corte, non vi sarebbe peraltro un vuoto di tutela degli interessi sottesi alla confisca urbanistica, in quanto il giudice penale non è l'unico (né tantomeno il principale) organo titolare del potere-dovere di disporre la misura in discorso. Questa è, infatti, una prerogativa che ordinariamente è tipica dell'autorità amministrativa⁴⁸. Infatti, l'art. 30, commi 7 e 8 del T.U. Edilizia, consente alla Pubblica Amministrazione di acquisire le aree lottizzate indipendentemente dalla pronuncia di condanna da parte del giudice penale, o comunque dall'accertamento effettuato in sede penale della sussistenza del reato. A questo si aggiunga che nel sistema delineato dal d.P.R. n. 380 del 2001 al giudice penale spetta il controllo sul corretto esercizio di tale potere dell'autorità amministrativa soltanto "in caso di inerzia"⁴⁹.

Viene quindi in luce la centralità in questa materia dell'organo amministrativo, forse troppo spesso sostituito dall'operato del giudice penale, a cui, in verità, la legge attribuisce un potere di intervento soltanto "in caso d'inerzia". Ma si tratta, per usare le parole della Corte di cassazione, di un «caso di inerzia patologica»⁵⁰ che contrasta con la citata prassi giurisprudenziale orientata a proseguire i giudizi, con l'unico scopo di svolgere quell'accertamento del reato (già prescrittosi) nei suoi elementi soggettivi ed oggettivi atto unicamente a disporre la confisca di cui all'art. 44, comma 2, d.P.R. n. 380 del 2001 (prassi da intendersi superata).

Da questa prospettiva si coglie quindi la portata innovativa del recente intervento delle Sezioni unite *Perroni* che, affrontando *ex professo* anche questo aspetto, ricorda che «ai fini del provvedimento di acquisizione in via amministrativa del terreno al patrimonio disponibile del Comune è irrilevante che possa venire a mancare una pronuncia di confisca in sede penale»⁵¹. In altre parole, non è possibile individuare in

⁴⁷ Così al § 7.2 del "considerato in diritto" della sent. Cass. pen., Sez. Un., 30 aprile 2020, n. 13539, *Perroni*.

⁴⁸ Sul tema dell'intreccio tra procedimenti penali e amministrativi riguardanti la confisca urbanistica, si veda A. ESPOSITO, *La confisca urbanistica*, cit., p. 10 ss.

⁴⁹ L'art. 31, comma 8, del T.U. Edilizia stabilisce che "In caso d'inerzia [...], il competente organo regionale, nei successivi trenta giorni, adotta i provvedimenti eventualmente necessari dandone contestuale comunicazione alla competente autorità giudiziaria ai fini dell'esercizio dell'azione penale".

⁵⁰ Cass. pen., Sez. III, 16 ottobre 2019, n. 42513, *Spina ed altri*.

⁵¹ Cass. pen., Sez. Un., 30 aprile 2020, n. 13539, *Perroni*.

questa materia «una sorta di pregiudiziale penale» tale da rendere necessaria la sussistenza della responsabilità penale di cui all'art. 44, co. 1, lett. c), d.P.R. n. 380 del 2001 per l'adozione, in via amministrativa, di provvedimenti sanzionatori⁵². Quindi, non possono essere certamente ragioni di politica criminale a rendere preferibile la tesi della prosecuzione del giudizio penale in caso di reato prescritto, a fronte dell'autonomo potere ablatorio dell'Amministrazione. E tanto più l'effettività della tutela dell'interesse sotteso alla criminalizzazione del reato urbanistico non dovrebbe certamente rappresentare un motivo di deroga al principio sotteso all'art. 129 c.p.p., «non potendo oltretutto situazioni patologiche come l'inerzia della pubblica amministrazione fungere da criterio interpretativo delle norme penali»⁵³.

Pertanto, si ritiene che l'abbandono da parte della Suprema Corte dell'orientamento volto a far proseguire il giudizio nonostante il reato già prescritto all'unico fine di giungere alla confisca urbanistica, possa propiziare un maggiore esercizio del potere autonomo attribuito all'autorità amministrativa dall'art. 30 d.P.R. n. 380 del 2001. In questo modo l'intervento sanzionatorio del giudice penale potrebbe tornare a essere configurato, in conformità alla lettera dell'art. 31, co. 8, T.U. Edilizia, come di ordine meramente «residuale»⁵⁴.

Sembra corretto, pertanto, intravedere nel recente arresto della Suprema Corte a Sezioni unite un vero e proprio «passaggio di consegne» effettuato dall'autorità giudiziaria penale in favore dell'organo amministrativo, ciò rappresentando un primo passo per riportare in armonia un caso astrattamente definibile come «conflitto di poteri»⁵⁵.

Tuttavia, pare corretto usare la dovuta cautela nel valutare una possibile sterzata nell'orientamento della giurisprudenza di legittimità. È forse troppo presto, infatti, per comprendere se il recente intervento delle Sezioni unite della Suprema Corte sia volto a stabilire una (maggiore) collaborazione con l'autorità amministrativa ordinariamente competente in materia, o piuttosto il risultato di un'opera di precisazione del proprio indirizzo in materia.

Allo stato dell'arte, appare peraltro apprezzabile la svolta effettuata dalla Corte di cassazione in tale potenziale duplice direzione: da un lato, preservare e valorizzare il potere dovere della Pubblica Amministrazione capace anch'essa di addivenire al risultato dell'acquisizione delle aree lottizzate; dall'altro, risparmiare il dispendio di risorse atto ad effettuare quell'accertamento unicamente volto all'applicazione della confisca urbanistica, all'interno di un giudizio che, a causa della declaratoria di prescrizione, comunque non si concluderebbe con una pronuncia formale di condanna.

⁵² In questo senso si è espressa la giurisprudenza amministrativa, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 3 aprile 2018, n. 2082; Cons. Stato, Sez. VI, 26 marzo 2018, n. 1888.

⁵³ Cass. pen., Sez. Un., 30 aprile 2020, n. 13539, Perroni.

⁵⁴ Così in A. ESPOSITO, *La confisca urbanistica*, cit., p. 13. L'A. sostiene che «il sistema delineato dall'art. 30 t.u.edil., correttamente applicato, dovrebbe rendere residuale il provvedimento di confisca di tipo giudiziario».

⁵⁵ Così si esprime A. DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca dei suoli abusivamente lottizzati: non è tassativamente obbligatorio celebrare il processo in caso di patologica intervenuta prescrizione del reato, spettando in tal caso all'autorità amministrativa esercitare i poteri di controllo di tipo pianificatorio*, cit., 2.

L'APPELLO DEL PUBBLICO MINISTERO TRA OBBLIGATORIETÀ DELL'AZIONE PENALE ED EFFICIENZA GIUDIZIARIA

di Anna Barbieri

L'obiter dictum con cui la Consulta nella recente sentenza n. 34/2020 ha escluso la copertura costituzionale entro l'art. 112 Cost. del potere d'appello del pubblico ministero non costituisce certo una novità nella giurisprudenza costituzionale, la quale ormai da tempo nega che questo possa essere considerato come estrinsecazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale. Tuttavia, il ragionamento del giudice delle leggi non è immune da critiche, in quanto vi sono valide argomentazioni per avvalorare la costituzionalizzazione anche del potere d'impugnazione del p.m. sotto l'articolo 112, senza che ciò influisca sulla conclusione a cui è giunta la Corte, la quale nella citata pronuncia ha ritenuto legittima la configurazione del potere d'appello della parte pubblica come ridisegnata dalle recenti riforme. Tuttavia, sul tema, non ci si può non chiedere se tale nuovo assetto abbia o meno "sbilanciato", in nome dell'efficienza giudiziaria, il tradizionale ruolo istituzionale del p.m. verso quello di parte processuale stricto sensu intesa, ossia come portatrice di interessi particolari.

SOMMARIO: 1. Il nuovo assetto del potere d'appello del pubblico ministero al vaglio della Consulta nella sentenza n. 34/2020. – 2. Il potere di impugnazione del p.m. ed il principio di obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale nella giurisprudenza costituzionale. – 2.1. Osservazioni critiche sulle argomentazioni della Consulta. – 2.2. Discrezionalità tecnica del pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale. – 3. Il potere di impugnazione del pubblico ministero allo stato dell'arte. – 4. La nuova configurazione del potere d'appello del p.m.: verso una parte "parziale"?

1. Il nuovo assetto del potere d'appello del pubblico ministero al vaglio della Consulta nella sentenza n. 34/2020.

Con la sentenza n. 34/2020¹ è stata ritenuta costituzionalmente legittima, rispetto agli artt. 3, 27, 97 e 111 Cost., la configurazione del potere d'impugnazione conferito alla parte pubblica dalla nuova formulazione dell'art. 593 c.p.p. ad esito delle modifiche

¹ Corte cost., n. 34/2020, in *Giur. cost.* Per un'analisi della pronuncia, si vedano G. LEO, [La Consulta rigetta i dubbi sulla legittimità costituzionale dei nuovi limiti al potere di appello del pubblico ministero](#), in questa *Rivista*, 4 marzo 2020, e G. SANTALUCIA, [Il futuro dell'appello nelle ragioni di compatibilità costituzionale della riforma Orlando](#), in questa *Rivista*, fasc. 5/2020, p. 385 ss.

apportate dal d.lgs. n. 11/2018. Nel cuore dell'*iter* argomentativo che ha condotto alla condivisibile valutazione racchiusa nel dispositivo, la Corte Costituzionale ha infatti osservato come la limitazione del potere di appello del pubblico ministero trovi giustificazione nella preminenza attribuita ad altri interessi, nello specifico quello alla ragionevole durata del processo e all'efficienza giudiziaria, senza che questi limiti configolino una dissimmetria irragionevole rispetto alle facoltà attribuite in tale ambito all'imputato, in ragione della diversa «quotazione costituzionale» dei poteri di impugnazione riconosciuti alle due parti processuali. Per quanto qui di interesse, ad avviso del collegio il potere di appello dell'accusa si configura infatti come più «malleabile» di quello dell'imputato rispetto ad altri interessi, in quanto non trova «autonoma copertura» costituzionale nell'art. 112. Mentre quello dell'imputato risulta riconducibile all'art. 24 Cost., il primo invece troverebbe protezione solamente nel principio di parità delle parti sancito all'art. 111 della Carta, valore riconosciuto come maggiormente flessibile e derogabile a fronte di altre esigenze di rilievo costituzionale.

La pronuncia in questione vede dunque nuovamente sottoposto all'attenzione della Corte il difficile bilanciamento tra interessi quali quello alla ragionevole durata del procedimento ed alla efficienza giudiziaria da un lato, e, dall'altro, la piena estensione del potere di impugnazione attribuito alla parte pubblica, contrasto risolto nel senso della subalternità del secondo rispetto ai primi.

La tematica non è nuova nella giurisprudenza costituzionale, che anche in passato è stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità della configurazione dei poteri di appello, sia del pubblico ministero che dell'imputato, rispetto a diversi principi sanciti nella Carta. Mentre in alcune occasioni, come nel caso di specie, la Corte ha "salvato" le disposizioni portate alla sua attenzione², in diverse pronunce³ ha invece stigmatizzato le scelte legislative: tuttavia, che si trattasse dell'una o dell'altra ipotesi, un assunto che i giudici costituzionali hanno inteso sovente ribadire nelle sentenze sul tema concerne la ferma esclusione del potere di appello della pubblica accusa dal perimetro dell'art. 112 della Carta.

Tali affermazioni relative alla diversa capacità di resistenza del potere di impugnazione del pubblico ministero e dell'imputato in ragione dei diversi referenti costituzionali a cui essi sono riconducibili sono peraltro da calare nel più ampio contesto della rilevanza costituzionale della garanzia del doppio grado di giurisdizione di merito. Come noto, infatti, Corte Costituzionale è ormai da tempo granitica nel rifuggire il riconoscimento costituzionale di tale garanzia con riferimento ad entrambe le parti processuali⁴. Sul punto non si può peraltro omettere di rilevare come vi sia forse una contraddizione di fondo nel ragionamento della Corte, che, pur negando la rilevanza costituzionale della garanzia ad un doppio grado di giudizio, in relazione alla posizione dell'imputato riconduce il potere di impugnazione ad una disposizione della Carta, ossia

² Corte cost., 28 giugno 1995, n. 280; Corte cost., 25 luglio 2009, n. 242, in *Giur. cost.*

³ Corte cost., 17 novembre 1971, n. 177; Corte cost., 6 febbraio 2007, n. 26, in *Giur. cost.*

⁴ Tale ferma posizione è ribadita, *ex multis*, da Corte cost., 28 giugno 1995, n. 280; Corte cost., 21 dicembre 2001, n. 421; Corte cost., 4 luglio 2002, n. 316; Corte cost., 24 luglio 2009, n. 242, nonché da ultimo anche nella recente Corte cost., n. 34/2020.

l'art. 24 Cost., così che pare, in forza di tale richiamo, conferire a tale prerogativa copertura e rilievo costituzionale.

2. Il potere di impugnazione del p.m. ed il principio di obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale nella giurisprudenza costituzionale.

Come osservato poc'anzi, può dirsi ormai consolidato nell'opinione del giudice delle leggi il convincimento che il potere d'appello di cui il pubblico ministero è investito dalla normativa processualpenalistica non trova copertura nel perimetro dell'art. 112 Cost.; tale assunto è stato infatti ribadito *expressis verbis* anche nella sentenza n. 34/2020, laddove viene osservato che il suddetto potere non si configura come «una proiezione necessaria del principio di obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale»⁵.

Da un'analisi della giurisprudenza della Consulta emerge indubbiamente come tale conclusione non costituisca certo un *novum* nella giurisprudenza della Consulta, collocandosi al contrario in continuità con diverse altre pronunce orientate nel medesimo senso. Tuttavia, è altresì possibile osservare che tale indirizzo, seppur durevole, è frutto di un *revirement* della Corte, la quale in una pronuncia risalente aveva invece ritenuto che l'art. 112 Cost. includesse anche il potere d'appello della parte pubblica⁶. In questa pronuncia, che tuttavia è da contestualizzare ancora nel sistema processuale penale *ante* 1989, la Corte ha infatti configurato il potere di impugnazione del pubblico ministero come un «potere-dovere» che costituisce una «estrinsecazione ed un aspetto dell'azione penale». Nelle argomentazioni spese a sostegno di tale ricostruzione, l'esercizio di tale potere viene posto in parallelo, per quanto riguarda i limiti che incontra, con il comportamento che il p.m. può assumere davanti ad una *notitia criminis*, in relazione alla quale può determinarsi nel senso di chiedere l'allora detto «decreto di non promovimento» oppure, in sede d'udienza, l'assoluzione (o altra pronuncia più favorevole all'imputato). Nel ragionamento della Corte, l'appello del pubblico ministero viene ricondotto alla realizzazione della «pretesa punitiva»⁷ quale interesse dell'accusa, nel senso che ne viene evidenziata la funzionalizzazione all'ottenimento di una pronuncia più idonea, rispetto a quella censurata, ad attuare tale scopo⁸. In concreto la Consulta, facendo applicazione delle proprie osservazioni, aveva

⁵ Paragrafo 3.2 del Considerato in diritto; il concetto viene ripetuto anche al paragrafo 3.7, dove la Corte definisce il potere di impugnazione della parte pubblica «privo di autonoma copertura nell'art. 112 Cost.».

⁶ Corte cost., 17 novembre 1971, n. 177, cit. La questione che occupava la Corte aveva ad oggetto la legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3 e 24 Cost., dell'art. 515 c.p.p. (vecchio codice) che riconosceva al p.m. il potere di impugnazione incidentale; è peraltro significativo che il parametro costituzionale di cui la Corte aveva ravvisato la violazione era stato individuato proprio nell'art. 112 della Carta.

⁷ Utilizza questa espressione, invero propriamente atecnica, la stessa Consulta; tale scelta terminologica si riscontra sia nella risalente Corte cost., n. 177/71, sia nella recente sentenza 34/2020.

⁸ Nella sentenza in questione, afferma testualmente la Corte al paragrafo 4 del Considerato in diritto che «il potere di impugnazione [...] è un'estrinsecazione ed un aspetto dell'azione penale, un atto conseguente – obbligatorio e non discrezionale – al promovimento dell'azione penale (beninteso, con gli stessi limiti di comportamento che il pubblico ministero ha rispetto alla *notitia criminis*, dopo la quale può convincersi a

dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 515 co. 4 del codice di procedura penale allora vigente, per violazione proprio dell'art. 112 della Carta. Nello specifico, la caratterizzazione dell'appello come estrinsecazione dell'azione penale lo qualificava come un «potere-dovere» e non consentiva che il pubblico ministero tenesse un comportamento contraddittorio, quale poteva essere ad avviso della Corte la mancata proposizione dell'appello principale e la successiva impugnazione tramite appello incidentale. Veniva infatti osservato che il pubblico ministero non appellando in via principale lasciando scadere i termini per l'impugnazione manifestava «implicitamente il convincimento che l'esercizio dell'azione penale non debba esprimersi anche con la proposizione per l'appello»: in tale ottica, nel pensiero del collegio, esperire successivamente il gravame a mezzo dell'appello incidentale costituiva un comportamento posto in essere «allo scopo pratico di contenere l'iniziativa dell'imputato», ossia di «ostacolare l'esplicazione del diritto di tutela giurisdizionale e di difesa giudiziaria».

Questa rimane tuttavia una pronuncia isolata⁹, dal momento che a partire dalla metà degli anni Novanta si è progressivamente affermata la linea ermeneutica di segno opposto. La portata di tale *dictum* è stata altresì significativamente ridimensionata proprio nella sentenza capostipite¹⁰ che segna la “inversione di rotta” nell'orientamento sul tema. Il collegio infatti prima di pronunciarsi sulla questione che lo occupava si è primariamente premurato di risolvere il confronto con tale rilevante precedente: tornando sulla summenzionata sentenza dei primi anni Settanta, ha chiarito che della medesima potevano essere date due letture, la più corretta delle quali intendeva solamente censurare l'uso improprio che il pubblico ministero poteva fare dell'appello incidentale. Nella propria interpretazione, la Corte sembrava dunque sostenere che l'“uso improprio” dell'appello incidentale che nella precedente pronuncia si intendeva censurare era riferito solamente a quello proposto dal pubblico ministero miratamente allo scopo di ostacolare il diritto di difesa. In tale prospettiva, peraltro, la Corte ha anche evidenziato come la sentenza in questione con le proprie considerazioni in realtà pareva piuttosto richiamare, «mediante l'ulteriore passaggio dell'art. 112», il profilo della violazione del diritto di difesa dell'imputato. Mentre dunque nella sentenza 177/1971

proporre al giudice istruttore il decreto di non promovimento, oppure, in istruttoria o in udienza, l'assoluzione o una pronuncia più favorevole a fronte della contestazione dell'accusa): vale a dire un atto dovuto, che si concreta nella richiesta al giudice superiore di emettere una diversa decisione, più conforme alla pretesa punitiva, e di rimuovere il pregiudizio che, a criterio dell'organo di accusa, la precedente statuizione abbia arrecato alla realizzazione di essa».

⁹ Tale opinione può al più sembrare indirettamente confermata da Corte cost., 30 dicembre 1993, n. 474, in *Giur. cost.*, laddove, pronunciandosi su un tema leggermente differente ma attinente comunque al secondo grado di giudizio, parrebbe citare, con riferimento al potere d'impugnazione del pubblico ministero, l'art. 112 della Costituzione ed il principio di obbligatorietà dell'azione penale. Deve tuttavia essere sottolineato, per completezza espositiva, che nella questione in esame il richiamo all'art. 112 Cost., seppur con riferimento alle forme di impugnativa, era funzionale ad evidenziare come tale disposizione stabilisse solamente il carattere obbligatorio dell'azione penale e non anche il monopolio pubblico della medesima. Un ulteriore richiamo a tale orientamento si ravvisa anche in Corte cost., 24 marzo 1994, n. 98, in *Giur. cost.*: si veda il paragrafo 2 del Considerato in diritto.

¹⁰ Corte Cost., 28 giugno 1995, n. 280, cit.

l'articolo 112 è individuato come il parametro costituzionale che è stato violato, come emerge dall'evidente dato testuale, nella successiva lettura che la Corte propone della suddetta pronuncia il riferimento a tale disposizione sembrerebbe essere "sminuito" e ridotto ad un argomento ulteriore utilizzato per ricondurre in realtà l'illegittimità costituzionale alla violazione del diritto di difesa dell'imputato.

Le argomentazioni su cui la Consulta ha fatto leva per disattendere le proprie conclusioni pregresse¹¹ poggiano *in primis* sui lavori preparatori della Costituzione, dai quali si ricaverebbe la costituzionalizzazione dell'obbligo di esercizio dell'azione penale solo con riferimento al promovimento della stessa, in quanto in essi mancherebbe qualsivoglia menzione dell'azione penale con riferimento ai momenti successivi del procedimento. Su un diverso piano, poi, la non riconducibilità del potere di appello all'obbligo suddetto viene inferita da due comportamenti che il pubblico ministero può adottare a seguito della sentenza di primo grado, ossia la facoltà di prestare acquiescenza alla medesima (art. 570 c.p.p.) oppure la possibilità di rinunciare all'appello già proposto (art. 589 c.p.p.). A parere della Corte, se il potere d'appello rappresentasse effettivamente una proiezione dell'obbligo di esercizio dell'azione penale, risulterebbe allora in contrasto «con i doveri funzionali o addirittura con obblighi elevati a rango costituzionale» un istituto che consentisse e legittimasse il pubblico ministero a rimanere inerte a seguito della sentenza di primo grado¹². Parimenti, nel giudizio della Corte, ad una conclusione analoga si dovrebbe giungere con riferimento alla rinunciabilità dell'appello, che invece non integra certamente alcuna violazione degli obblighi funzionali.

Sulla base di tale analisi viene ricavata la conclusione che nell'esercizio del potere di impugnazione, il dovere del pubblico ministero che si può ravvisare in tale attività è al più da ricondurre ai doveri generali di cui questa figura è investita con riferimento alle funzioni che gli sono attribuite nell'ordinamento giudiziario. Da qui anche la considerazione che «quando il pubblico ministero deve decidere se impugnare o meno una sentenza, egli deve interrogare la propria coscienza in relazione al contenuto del provvedimento impugnabile e determinarsi secondo gli interessi generali della giustizia»¹³.

2.1. Osservazioni critiche sulle argomentazioni della Consulta.

Tale pronuncia ha così inaugurato un duraturo orientamento teso a negare in maniera ferma che il potere d'appello del pubblico ministero possa essere considerato come forma di estrinsecazione dell'obbligo di esercizio dell'azione penale. Si deve altresì

¹¹ Si veda in proposito il paragrafo 7 del Considerato in diritto.

¹² In merito alla citata facoltà di acquiescenza del p.m. ed allo speculare potere di impugnazione del procuratore generale in tale ipotesi, per avvalorare le proprie valutazioni la Corte ha peraltro evidenziato come «un potere conferito alternativamente a due soggetti mal si concilia con la doverosità in capo ad uno solo di essi».

¹³ Corte cost., 28 giugno 1995, n. 280, cit.; il passaggio è tratto dal paragrafo 7 del Considerato in diritto.

registrare che nelle sentenze successive¹⁴ che hanno affrontato l'argomento la Corte si è sovente, o per meglio dire costantemente, limitata a richiamare la pronuncia poc'anzi citata rimandando implicitamente alle osservazioni addotte in quella sede a sostegno della propria posizione, senza sostanzialmente spendere ulteriori argomentazioni che avallassero tale pensiero.

Se da un lato la Corte ha saldamente propugnato tale linea ermeneutica, dall'altro le considerazioni avanzate dalla Consulta sul tema prestano il fianco a più di una critica¹⁵; né, peraltro, è immune da osservazioni anche la recente sentenza 34/2020.

Il percorso argomentativo seguito dal giudice delle leggi in questa pronuncia sembrerebbe infatti risultare non pienamente coerente. Da un lato la Corte si riferisce ad un «sistema ad azione penale obbligatoria» nel quale al legislatore non può dirsi preclusa l'introduzione di «limiti all'esercizio della funzione giurisdizionale» per perseguire scopi diversi, parole con le quali pare intendere che possano essere legittimamente introdotte limitazioni all'obbligatorietà dell'azione penale. Dall'altro lato, le preme invece sottolineare come il potere di impugnazione del pubblico ministero non possa essere configurato come proiezione dell'obbligo sancito dall'articolo 112. Ebbene, la contraddizione sembra doversi ravvisare laddove nel suo ragionamento la Consulta giustifica la limitazione al potere d'appello del p.m. all'interno della legittimazione di restrizioni al principio di obbligatorietà dell'azione penale in nome di altri interessi. In altri termini, la Corte da un lato individua una logica giustificatrice di carattere sistematico in merito alla limitabilità del principio di cui all'articolo 112, e la utilizza per giustificare le restrizioni ad un potere che lei stessa ha ritenuto non riconducibile a tale disposizione. Nel momento in cui si esclude che l'appello della parte pubblica costituisca manifestazione obbligo di esercizio dell'azione penale, a rigor di logica le restrizioni all'impugnazione del p.m. non potrebbero essere legittimate nell'ottica della ammissibilità di limitazioni all'obbligatorietà dell'azione penale, in quanto ne è stata appena sancita l'estraneità rispetto a tale principio.

Un ulteriore profilo su cui è opportuno soffermarsi concerne poi la considerazione che l'obbligatorietà dell'azione penale, se declinata nel potere di impugnazione del pubblico ministero, non implicherebbe un'undefettibile prosecuzione della stessa senza avere riguardo al contenuto della sentenza impugnata, né tantomeno

¹⁴ Ci si riferisce, *ex multis*, a Corte cost., 16 luglio 2002, n. 347; Corte cost., 9 maggio 2003, n. 165; Corte cost., 6 febbraio 2007, n. 26; Corte cost., 10 luglio 2008, n. 262; Corte cost. 25 luglio 2008, n. 298.

¹⁵ In dottrina, condivide il pensiero della Corte circa l'estraneità del potere di impugnazione del pubblico ministero al principio di obbligatorietà dell'azione penale F. CAPRIOLI, *Inappellabilità delle sentenze di proscioglimento e "parità delle armi" nel processo penale*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 258. Manifesta apertamente il proprio dissenso rispetto alla dottrina maggioritaria, che aveva aspramente criticato la posizione della Corte sul tema, anche P. GUALTIERI, *Il secondo grado di giudizio: ambito e limiti*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1821 ss. Accenna al contrasto sorto in dottrina sul tema anche M. BARGIS, *La Corte costituzionale salva l'inappellabilità della sentenza di non luogo a procedere*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 3087. Per la dottrina favorevole a ricondurre all'art. 112 l'appello del p.m. v. ad es. G. CIANI, *Il doppio grado di giudizio: ambito e limiti*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1388 ss.; F. NUZZO, *De profundis per l'appello del pubblico ministero contro le sentenze di assoluzione*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3910 ss.; M. CERESA-GASTALDO, *I limiti all'appellabilità delle sentenze di proscioglimento: discutibili giustificazioni e gravi problemi di costituzionalità*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 827 ss.

si tradurrebbe in una forma di accanimento persecutorio sull'imputato. In altri termini, se anche all'impugnazione della parte pubblica fosse riconosciuta copertura costituzionale nell'articolo 112, tale potere non comporterebbe certo l'obbligo del pubblico ministero di proporre indiscriminatamente appello avverso qualsiasi sentenza di primo grado, accezione questa in cui la Corte, nei suoi ragionamenti, sembra intendere questo concetto. In tale prospettiva è altresì da smentire l'argomento con cui la Corte asseriva che sarebbero altrimenti risultati incoerenti e censurabili, in quanto violazioni di doveri funzionali, comportamenti quali l'acquiescenza alla sentenza o la rinuncia all'appello¹⁶: al contrario, proprio tali scelte troverebbero più pregnante legittimazione con l'inclusione di tale potere nel perimetro della norma costituzionale più volte richiamata. Il dovere della pubblica accusa di impugnare sorgerebbe infatti laddove questa ritenga la prima pronuncia non conforme al dovere punitivo, non diversamente invero da quanto già avviene; al contempo, l'acquiescenza o la rinuncia all'appello dovrebbero essere letti come atti dovuti qualora si ritenga raggiunto con la prima pronuncia l'interesse pubblico alla persecuzione penale dei reati¹⁷.

In definitiva, dunque, anche se lo si ritenesse coperto dalla garanzia costituzionale in esame, il «potere-dovere» (per usare le parole della Corte costituzionale) del pubblico ministero di proporre appello non potrebbe mai essere letto come un automatismo impugnatorio: non si deve infatti dimenticare che nell'esercizio dell'azione penale il pubblico ministero è guidato nelle proprie determinazioni dal criterio della discrezionalità tecnica¹⁸, e tale riferimento non muterebbe in relazione alla

¹⁶ G. CIANI, *Il doppio grado di giudizio: ambito e limiti*, cit., pp. 1402-1403, mostrando perplessità circa la posizione assunta dalla Consulta osserva come non possano dirsi decisive le argomentazioni relative alla presenza dell'art. 589 c.p.p., in quanto escludere la copertura del potere di impugnazione della parte pubblica per la presenza di tale norma «sarebbe come dubitare della obbligatorietà dell'azione penale per il fatto che il pubblico ministero, dopo la notizia criminis e gli eventuali accertamenti effettuati su di essa, può chiedere l'archiviazione ovvero, successivamente al promuovimento dell'azione penale, una sentenza di non luogo a procedere o di proscioglimento». Similmente, critica tali argomenti addotti dalla Corte anche F. NUZZO, *De profundis per l'appello del pubblico ministero contro le sentenze di assoluzione*, cit., pp. 3917-3918. Per un'ulteriore confutazione delle considerazioni proposte dal giudice delle leggi, si veda anche M. CERESA-GASTALDO, *I limiti all'appellabilità delle sentenze di proscioglimento: discutibili giustificazioni e gravi problemi di costituzionalità*, cit., pp. 840-842.

¹⁷ Sulla tematica della rinuncia del pubblico ministero all'impugnazione è interessante anche la posizione, antitetica rispetto all'impostazione proposta, di A. LAMONICA, *Rinuncia all'impugnazione e obbligatorietà dell'azione penale*, in *Giur. merito*, 1999, p. 354 ss. Ad avviso dell'A., infatti, la facoltà attribuita al p.m. dall'art. 589 co. 1 rientra pienamente nella logica del precedente codice di rito, ma si pone in contrasto con il principio di obbligatorietà dell'azione penale sancito dall'art. 112 della Costituzione, in quanto «certamente il pubblico ministero non è tenuto ad impugnare in ogni caso la sentenza che non abbia accolto le richieste sue o di altro rappresentante della pubblica accusa, ma se egli, nel suo impegno professionale e deontologico, sia convinto che la sentenza sia censurabile, ha il dovere di proporre impugnazione. L'atto dovuto, consacrato in una motivata impugnazione, non può, per un elementare principio di logica, essere annullato, obliterato da un immotivato atto di rinuncia. Dalla inesistenza dell'obbligo della motivazione della rinuncia del pubblico ministero deriva la cancellazione del potere di controllo e di libera decisione del giudice».

¹⁸ Sul concetto di discrezionalità nell'agire del pubblico ministero, si vedano *ex multis* O. DOMINIONI, voce *Azione penale*, in *Dig. disc. pen.*, 1987, p. 410; I. FRIONI, *Le diverse forme di manifestazione della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 538 ss.; D. VICOLI, *Scelte del pubblico ministero nella trattazione delle notizie di reato e art. 112 Cost.: un tentativo di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*,

decisione circa l'opportunità di esercitare il potere d'appello. In tal senso si potrebbe ravvisare una sorta di parallelismo, in quanto così come il principio di obbligatorietà dell'azione penale implica che alla conclusione le indagini preliminari il pubblico ministero, se è convinto – nei confini della discrezionalità che gli è riconosciuta – di aver raccolto elementi idonei a sostenere l'accusa in giudizio ha l'obbligo di esercitare l'azione penale formulando l'imputazione, parimenti alla luce del suddetto principio avrà l'obbligo di proporre impugnazione il p.m. che nutra il convincimento, non certamente basato sul proprio arbitrio ma su valutazioni tecniche, che il giudice abbia fatto non corretta applicazione del diritto penale sostanziale. Analogamente, poi, a fronte di una *notitia criminis* rientra sempre nella sfera di discrezionalità tecnica del pubblico ministero la sua richiesta di archiviazione o, nel corso del giudizio, quella di assoluzione dell'imputato o di sentenza di non luogo a procedere, senza che questi comportamenti integrino una violazione dei propri doveri funzionali¹⁹. In tale prospettiva, così come la pubblica accusa non esercita l'azione penale se ritiene, per svariate ragioni, che la linea accusatoria non debba essere obiettivamente coltivata, allo stesso modo non costituirebbero violazioni dell'obbligatorietà di esercizio dell'azione penale la scelta di prestare acquiescenza o di rinunciare all'appello, in quanto ugualmente queste scelte rappresenterebbero il risultato di valutazioni tecniche ad esito delle quali la parte pubblica si sia convinta dell'adempimento dell'interesse sanzionatorio già con la sentenza di primo grado.

2.2. Discrezionalità tecnica del pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale.

Né peraltro il riferimento al concetto di discrezionalità deve indurre a ritenere che tale caratteristica escluda *in nuce* la sussumibilità del potere d'appello entro il principio di obbligatorietà dell'azione penale, errore in cui invero sembra cadere anche la Corte stessa laddove richiama proprio la «discrezionalità riconosciuta al pubblico ministero nella scelta se proporre o meno impugnazione»²⁰ quale elemento per avallare il proprio consolidato orientamento. La proposizione dell'appello da parte del p.m. non è infatti rimessa ad una sua piena discrezionalità²¹, né d'altra parte il carattere

2003, p. 263 ss.; ancora, parla di discrezionalità tecnico-giuridica, «di per sé non incompatibile, ed anzi pienamente coerente, rispetto alla situazione di dovere che definisce il ruolo del pubblico ministero dinanzi all'esercizio dell'azione penale» (anche se in riferimento, specificamente, all'archiviazione), V. GREVI, *Archiviazione per "inidoneità probatoria" ed obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1296.

¹⁹ Si consideri peraltro che nonostante l'irretrattabilità riconosciuta quale carattere distintivo dell'esercizio dell'azione penale, è pacifico che a seguito dell'esercizio della stessa, «nulla impedisce che nel corso del successivo sviluppo processuale [il pubblico ministero] possa mutare l'opinione espressa con la formulazione dell'imputazione e giungere a richiedere l'assoluzione dell'imputato». Si esprime in questi termini O. MAZZA, *I protagonisti del processo*, in AA. VV., *Procedura penale*, Giappichelli, 2019, p. 117.

²⁰ Corte cost., 24 luglio 2009, n. 242, cit.

²¹ Propone osservazioni simili M. CERESA-GASTALDO, *Non è costituzionalmente tollerabile la menomazione del potere di appello del pubblico ministero*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1903 ss., il quale criticamente evidenzia come, seguendo il ragionamento della Corte si dovrebbe prospettare un giudizio nel quale «ciò che, per una certa parte del processo, è pubblico, doveroso e irretrattabile, si può successivamente trasformare in vero e

obbligatorio dell'esercizio dell'azione penale ne implica una prosecuzione scriteriata e persecutoria²²: come si è ampiamente argomentato, infatti, tale iniziativa poggia su valutazioni di carattere tecnico che lo portano a maturare il convincimento che nel primo grado di giudizio non sia stata correttamente applicata la legge penale, circostanza che rende necessaria una verifica garantita proprio dallo strumento dell'appello²³. Al contrario, deve dunque ravvisarsi proprio un legame – già peraltro posto in luce – tra i due concetti, in quanto la discrezionalità tecnica costituisce il criterio che guida il pubblico ministero nelle scelte relative all'esercizio (*lato sensu* inteso) dell'azione penale obbligatoria.

Quella dunque che la Corte definisce la «coscienza»²⁴ che il pubblico ministero deve interrogare nella decisione circa l'impugnazione o meno di una sentenza, in realtà altro non è che proprio la discrezionalità tecnica di cui si è finora parlato.

Da ultimo, è altresì da sottolineare che se anche la Corte avesse riconosciuto, come spesso auspicato dalla dottrina, copertura costituzionale nell'art. 112 della Carta al

proprio diritto soggettivo della parte pubblica, come tale disponibile», mentre in realtà il pubblico ministero «non ha alcuna disponibilità dell'azione». Sul punto, si veda anche V. GREVI, *Appello del pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 1414 ss, il quale a sua volta ha sostenuto che la conclusione della Corte implicherebbe il riconoscimento di un potere di disponibilità di fatto ispirato a criteri di mera convenienza, radicalmente inconciliabile con l'attuazione del principio di legalità su cui si fonda il 112 Cost.; al contrario, risulta conseguenza «imprescindibile che il pubblico ministero, di fronte ad una sentenza che abbia a suo avviso ingiustamente disatteso la “pretesa punitiva” [...] debba proporre appello, non essendogli consentiti altri margini di valutazione discrezionale in ordine all'eventuale non esercizio del relativo potere». Osservava invece provocatoriamente T. PADOVANI, *Il doppio grado di giurisdizione. Appello dell'imputato, appello del p.m., principio del contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 4029, che «non è facile accettare l'idea che la parte pubblica, l'organo dell'accusa, venga, a partire da una certa fase, in qualche modo “privatizzata”: il p.m. è libero di non impugnare, di rinunciare, di colpire su un versante piuttosto che su un altro, di continuare la sua battaglia contro Tizio piuttosto che contro Caio, in piena e assoluta discrezionalità sottratta ad ogni verifica e ad ogni controllo; cioè in pieno arbitrio. Tant'è, bisognerà acconciarsi a confidare nella bontà dell'organo piuttosto che sulla legalità della funzione».

²² Si richiamano sul punto le considerazioni proposte da O. DOMINIONI, *Un conflitto endemico tra gli interessi di persecuzione penale e di efficienza giudiziaria*, in *Penale diritto e procedura*, 27 maggio 2020. L'A. osserva infatti dapprima che «l'obbligatorietà è stabilita non più come automaticità necessaria tra notizia di reato e azione penale, ma come regola della legalità, la quale richiede che l'esercizio del potere di azione penale sia disciplinato dalla legge ordinaria in termini di dovere prevedendone i presupposti e le modalità, così che non sia rimesso a criteri di opportunità concepiti dal pubblico ministero in modo dichiarato o surrettizio». In merito al concetto di discrezionalità, viene poi evidenziato come «la discrezionalità, intesa nei termini teoricamente corretti di specie del genus “dovere” e perciò distinta dall' “opportunità” (o “facoltà”) sia in effetti la categoria normativa che in modo corretto attiene al fenomeno usualmente enunciato come “obbligatorietà” dell'azione penale; e come essa qualifichi le vicende di esercizio del potere di azione penale».

²³ È peraltro la stessa Corte, nella sentenza Corte cost., 6 febbraio 2007, n. 26, cit., a riconoscere tale funzione al giudizio d'appello, laddove afferma che «l'iniziativa del pubblico ministero volta alla verifica dei possibili (ed eventualmente, anche evidenti) errori commessi dal primo giudice, nel negare la responsabilità dell'imputato, non può qualificarsi, in sé, “persecutoria”; essa ha, infatti, come scopo istituzionale quello di assicurare la corretta applicazione della legge penale nel caso concreto e – tramite quest'ultima l'effettiva attuazione dei principi di legalità e di uguaglianza, nella prospettiva della tutela dei molteplici interessi, connessi anche a diritti fondamentali, a cui presidio sono poste le norme incriminatrici».

²⁴ Si esprime in questi termini, come sopra riportato, Corte cost., 28 giugno 1995, n. 280, cit.

potere d'appello della parte pubblica, ciò non avrebbe in realtà influito sulla decisione circa la questione che la occupava. Il precetto costituzionale citato non fissa infatti un principio assoluto ed inderogabile²⁵, pertanto la costituzionalizzazione del potere d'impugnazione della parte pubblica non avrebbe comunque inficiato nella sostanza l'apparato argomentativo della Corte, in quanto tale caratteristica non ne avrebbe comunque precluso la limitabilità. Come infatti la Corte ha condivisibilmente rilevato già in passato, «il valore dell'art. 112 della Costituzione [...] nell'attribuire al pubblico ministero l'esercizio dell'azione penale, configura un potere che legittimamente può cedere di fronte ad esigenze del tipo di quella indicata [ossia, la ragionevole durata del processo], che non potrebbero invece condizionare, al di là dell'indispensabile, il diritto di difesa, senza per questo porre in discussione il principio di uguaglianza»²⁶. Si pensi, ad esempio, alla possibilità riconosciuta al pubblico ministero di chiedere l'archiviazione per particolare tenuità del fatto (art. 411 co. 1-*bis* c.p.p.), introdotta dal d.lgs. n. 28/2015, ipotesi in cui può ravvisarsi una deroga all'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale: l'istituto di cui all'art. 131-*bis* c.p. opera infatti nelle diverse fasi del procedimento penale, ma la fase di indagini preliminari è forse il momento in cui l'eccezione all'art. 112 Cost. si mostra con più evidenza. L'operatività dell'art. 131-*bis* c.p., infatti, presuppone comunque l'accertamento sulla sussistenza degli elementi costitutivi del reato, pertanto risulta certamente significativa la possibilità di formulare richiesta di archiviazione nonostante la presenza di un reato perfetto nei suoi elementi costitutivi a fronte della lieve offensività dello stesso – anche se non può non essere rilevata una certa incongruenza nel parlare di “accertamento” in riferimento alla fase delle indagini preliminari²⁷. In tal caso, dunque, è evidente che l'esigenza sottesa all'art. 112 Cost. ha ceduto il passo ad altri interessi di rango costituzionale ritenuti preminenti rispetto all'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale.

3. Il potere di impugnazione del pubblico ministero allo stato dell'arte.

Le recenti riforme, da ultimo quella realizzata con il d.lgs. n. 11/2018 (attuativo della legge delega n. 103/2017) hanno dunque parzialmente rideterminato i confini entro i quali il pubblico ministero può proporre appello; la legittimità di tale *deminutio* è stata da ultimo confermata dalla sentenza n. 34/2020 della Corte Costituzionale, su cui ci si è prima soffermati.

²⁵ Osserva a proposito dell'art. 112 O. DOMINIONI, *Un conflitto endemico tra gli interessi di persecuzione penale e di efficienza giudiziaria*, cit., che tale disposizione «tutela l'interesse di persecuzione penale in un contesto che annovera anche altri valori costituzionali. La sua tutela, cioè, non è assoluta, ma relativa in un rapporto di equilibrio con tali valori». Da ciò, secondo l'Autore, deriva la conseguenza che laddove rispetto all'interesse alla persecuzione penale risulti preminente la tutela di un altro valore di rilievo costituzionale, dovrà essere escluso il dovere di promuovere l'azione penale.

²⁶ Corte cost., 24 marzo 1994, n. 98, cit.

²⁷ Sulla tematica si veda, ad esempio, R. DIES, *Questioni varie in tema di irrilevanza penale del fatto di particolare tenuità*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3839 ss., nonché le osservazioni formulate sul tema da O. DOMINIONI, *Un conflitto endemico tra gli interessi di persecuzione penale e di efficienza giudiziaria*, cit.

Allo stato dell'arte, dunque, con riferimento alle sentenze di condanna la parte pubblica può proporre appello solamente quando esse modificano il titolo di reato o escludono la sussistenza di una circostanza aggravante ad effetto speciale o stabiliscono una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato (art. 593 co. 1 c.p.p.): una configurazione del potere di impugnazione che risulta dunque più ristretta rispetto a quella prevista per l'imputato, il quale non soffre specifiche limitazioni nella possibilità di appellare le sentenze di condanna. Specularmente, *ex art.* 593 co. 2 c.p.p. il pubblico ministero può appellare contro le sentenze di proscioglimento, provvedimenti che invece l'imputato non può appellare se si tratta «di sentenze di assoluzione perché il fatto non sussiste o perché l'imputato non lo ha commesso». Sono infine inappellabili ai sensi del comma 3 del medesimo articolo le sentenze di condanna che hanno visto applicata la sola pena dell'ammenda e le sentenze di proscioglimento relative a contravvenzioni punite con la sola pena dell'ammenda o con pena alternativa.

Tale restrizione dei poteri d'appello del pubblico ministero ha suscitato alcune perplessità in dottrina, in quanto si è osservato che anche ponendola a confronto con le preclusioni all'appello previste per l'imputato in caso di proscioglimento le due posizioni rimangono comunque sbilanciate, in quanto i casi in cui l'imputato non è legittimato ad appellare avverso le sentenze di proscioglimento integrano ipotesi in cui difetterebbe comunque il requisito dell'interesse ad impugnare²⁸.

Con la riforma è stato poi introdotto l'art. 593-*bis* c.p.p., che andando ad incidere sulla legittimazione soggettiva ad impugnare, sancisce il potere d'appello del procuratore della Repubblica presso il tribunale con riferimento alle sentenze del giudice per le indagini preliminari, della corte d'assise e del tribunale. Il secondo comma dell'articolo prevede poi anche un potere di impugnazione del procuratore generale presso la corte d'appello, circoscritto solamente ai casi di avocazione o nell'ipotesi in cui il procuratore della Repubblica abbia prestato acquiescenza al provvedimento.

Significativa è infine la riscrittura del primo comma dell'art. 595 c.p.p., relativa all'appello incidentale, che ha visto l'estromissione della parte pubblica da tale forma di impugnazione, la quale diviene ora prerogativa esclusiva dell'imputato. Mentre infatti nella versione previgente si faceva genericamente riferimento alla «parte che non ha proposto impugnazione», nel testo novellato della disposizione si legge che «l'imputato che non ha proposto impugnazione può proporre appello incidentale entro quindici giorni da quello in cui ha ricevuto la notificazione prevista dall'art. 584». Come è stato sottolineato dalla dottrina, l'istituto dell'appello incidentale vede con la riforma in questione un ribaltamento della *ratio* di fondo che lo ispirava: mentre infatti in passato rappresentava una forma di gravame attribuita solamente al pubblico ministero, andandosi a configurare «come strumento teso a deflazionare gli appelli mediante il timore di una possibile *reformatio in peius*», nell'odierno assetto si pone piuttosto come «rimedio destinato ad operare solo in *favor* dell'imputato non impugnante»²⁹.

²⁸ A. MACCHIA, [Impugnazioni penali fra riforme legislative e interpretazioni giurisprudenziali](#), in *Dir. pen. cont.*, 26 settembre 2019.

²⁹ A. MACCHIA, [L'assetto del giudizio di appello alla luce delle recenti riforme](#), in *Dir. pen. cont.*, fasc. 11/2018, p. 33, contributo a cui si rimanda anche per un più approfondito commento sul contenuto della riforma. Per una

Una parte della dottrina non ha peraltro mancato di sottolineare come le esigenze deflattive che erano in passato poste alla base del potere di appello incidentale del pubblico ministero – istituto che scongiurava le impugnazioni pretestuose prospettando il pericolo di un peggioramento nel trattamento sanzionatorio – se da un lato non possono più essere ravvisate nella nuova configurazione dell’appello incidentale, dall’altro sono state perseguite dalla riforma attraverso vie diverse. In particolare, si evidenzia come la strada scelta dal legislatore sia stata quella di introdurre un filtro a maglie più strette nella valutazione circa l’ammissibilità dell’atto, accrescendo l’onere di specificità gravante su colui che presenta l’impugnazione. In tale prospettiva la riforma non avrebbe menomato la parte pubblica di alcun significativo spazio d’azione, in quanto al pubblico ministero, si sottolinea, restano comunque a disposizione l’appello in via principale, nel caso i motivi per impugnare siano seri, nonché lo “strumento” della conversione dei mezzi di ricorso di cui all’art. 580 c.p.p.: infatti il pubblico ministero, ad avviso dell’Autore, «pur privato dell’appello, ben può proporre ricorso per cassazione che, se vien proposto dall’imputato, si converte in impugnazione di merito ai sensi del citato articolo»³⁰.

4. La nuova configurazione del potere d’appello del p.m.: verso una parte “parziale”?

Alla luce di questa panoramica, nonché della nuova configurazione dei poteri d’appello del pubblico ministero, sorge l’interrogativo se questo ridimensionamento dei poteri di impugnazione in nome della c.d. efficienza giudiziaria non lo porti ad accostarsi sempre di più ad una parte processuale *stricto sensu* intesa, perdendo quel ruolo che sovente gli si attribuiva sullo scenario processuale laddove lo si definiva “parte imparziale”.

Come viene osservato dalla dottrina, l’interesse all’efficienza giudiziaria cui si è fatto riferimento riguarda un concetto non attinente, nella sua formulazione più ampia, solamente al funzionamento degli uffici giudiziari, ma comprensivo anche della durata ragionevole del processo: in una visione ermeneutica di portata sistematica, infatti, «l’attuazione di una regola fondamentale del giusto processo, qual è la sua durata ragionevole, necessita anzitutto di uffici che funzionino in modo adeguato a tale fine», così da giungere alla conclusione che i due aspetti citati sono reciprocamente serventi l’uno all’altro³¹. Tale interpretazione non sembra in realtà accolta dalla Corte, come parrebbe emergere dal riferimento alla «ragionevole durata dei processi e [al]l’efficienza del sistema punitivo»³²: nonostante ciò, i due concetti vengono invero richiamati

panoramica complessiva delle novelle normative ed un ulteriore commento al proposito, si rimanda anche a A. MARANDOLA, [Prime riflessioni sul “nuovo” giudizio d’appello](#), in *Dir. pen. cont.*, fasc. 2/2018, p. 159 ss.

³⁰ G. SANTALUCIA, *Brevi note sulla difficile riforma dell’appello tra fughe in avanti della giurisprudenza e timidezze del legislatore*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 981.

³¹ O. DOMINIONI, *Un conflitto endemico tra gli interessi di persecuzione penale e di efficienza giudiziaria*, cit.

³² Corte cost. 34/2020, paragrafo 3.7 del Considerato in diritto.

insieme, elemento che depone invece a favore di una loro lettura congiunta, o comunque sistematica.

Svolta questa premessa, ben si comprende la rilevanza di tale interesse nell'argomento in questione, dal momento che proprio esigenze legate alla garanzia di una ragionevole durata dei procedimenti hanno spinto il legislatore a ridimensionare l'ampiezza dei poteri impugnativi – e, specificamente, di appello – della parte pubblica, a scapito, forse, di quello che è l'interesse pubblico sotteso alla posizione da questa rivestita nel procedimento. Se dunque l'interesse di carattere pubblico alla persecuzione penale sotteso all'art. 112 Cost. viene per certi versi "sacrificato" per tutelare altri valori di rango costituzionale ritenuti preminenti, è d'uopo interrogarsi se tale assetto non avvicini il ruolo del p.m. a quello di una vera e propria parte processuale, portatore di interessi, per certi versi, maggiormente "individualistici" o comunque non spiccatamente pubblicistici³³, con la conseguenza che ne verrebbe sfumata la posizione di "parte imparziale" – a voler utilizzare l'ossimoro che sovente taluni impiegano. Tale quesito è sorto anche nella dottrina, che si è infatti chiesta se ad esito delle più recenti riforme il pubblico ministero «mantiene ancora le paludate vesti di "Cerbero della legalità" o sta cominciando ad assumere quelle, più *adversary*, di "avvocato dell'accusa"»³⁴.

In questo senso sembra orientarsi una parte degli Autori³⁵, i quali hanno infatti rilevato come limitazioni di tal genere al potere d'appello sembrino avvicinarlo ad una «parte in senso stretto»³⁶, con una scelta terminologica, peraltro, a fronte della quale non si può non obiettare che il pubblico ministero nel processo penale riveste già a tutti gli effetti il ruolo di parte. Al contempo, è anche da rimarcare come la sua qualificazione in termini di "parte in senso stretto" costituisca in realtà una tautologia – dal punto di vista tecnico si parla infatti solamente di parti, senza che sia contemplata alcuna distinzione tra parti "in senso stretto" e "in senso ampio".

Nello specifico, la preclusione circa la possibilità di attivare il sindacato sul trattamento sanzionatorio parrebbe rimandare all'idea di un pubblico ministero che deve "accontentarsi" della pena applicata, come se egli dovesse ritenersi soddisfatto già per l'inflizione della condanna in sé, quale che sia il *quantum* di sanzione irrogata. In tale prospettiva dunque si ravviserebbe una trasformazione della figura, che diventerebbe portatrice non più di un interesse pubblicistico alla legalità e, in senso ampio, alla giustizia, quanto piuttosto di uno più circoscritto, sostanzialmente limitato all'inflizione di una condanna e alla conseguente irrogazione di una pena a prescindere dalla

³³ Il che configurerebbe una sorte di paradosso, dal momento che è evidente che il pubblico ministero, in quanto organo pubblico, non può che essere portatore di interessi pubblici; tale aspetto, nonostante le riforme intervenute negli anni, può peraltro dirsi pacifico già nell'assetto originario del codice di procedura penale del 1988.

³⁴ Utilizza questi termini suggestivi A. MACCHIA, *Impugnazioni penali fra riforme legislative e interpretazioni giurisprudenziali*, cit.

³⁵ *Ibidem*; G. SANTALUCIA, *Il futuro dell'appello nelle ragioni di compatibilità costituzionale della riforma Orlando*, cit.

³⁶ Utilizza questa espressione G. SANTALUCIA, *Il futuro dell'appello nelle ragioni di compatibilità costituzionale della riforma Orlando*, cit.

congruità della stessa, quasi che l'aver ottenuto una condanna in primo grado debba fargli «ritenere vinta la causa»³⁷. D'altra parte, la stessa Corte costituzionale sembra invero velatamente fare proprie tali considerazioni nella recente sentenza 34/2020: il giudice delle leggi parrebbe infatti suggerire che il pubblico ministero deve "accontentarsi" della condanna raggiunta laddove afferma che, diversamente dalla questione su cui verteva la nota sentenza 26/2007, quella che la occupa «riguarda, d'altro canto, sentenze che hanno accolto, nell'an, la "domanda di punizione" proposta dal pubblico ministero»³⁸.

La stessa Consulta in passato non ha mancato di rimarcare espressamente come il pubblico ministero nel processo non faccia valere interessi particolari ma agisca esclusivamente a tutela dell'interesse generale consistente nell'osservanza della legge³⁹. Nel monito di diversi Autori è in tale prospettiva che la figura del pubblico ministero vedrebbe perso, o quantomeno fortemente sfumato, il carattere di imparzialità che le è connaturato: si sottolinea infatti che ciò che rischia di essere perso di vista con tale riforma è proprio il ruolo di organo pubblico di tale figura in quanto portatrice, come già più volte osservato, di interessi di carattere pubblicistico, nonché, parimenti, il suo ruolo istituzionale, che corre il pericolo di essere significativamente snaturato. Tuttavia, è da notare come tale linea di pensiero incorra in una "confusione concettuale" laddove sovrappone il tema dell'imparzialità con quello della collocazione del pubblico ministero fra le parti. Giova infatti rammentare che nella scena processuale il pubblico ministero è la parte pubblica: è *parte*, a differenza del giudice, in quanto portatore dell'interesse alla persecuzione penale, al quale è estraneo il giudice, ed è una *parte pubblica*, a differenza dell'imputato, perché persegue un interesse di natura non privata ma pubblica⁴⁰.

Nonostante le perplessità avanzate dalla dottrina dimostrino senz'altro una forte attenzione nei confronti del ruolo che il pubblico ministero è chiamato a svolgere nel processo penale, non si può omettere di proporre una diversa prospettiva di lettura. Se da un lato è evidente che il potere d'appello conferito alla parte pubblica ha subito alcune significative limitazioni, dall'altro tale riforma non sarebbe da leggere come un traghettamento del p.m. verso un ruolo maggiormente prossimo a quello di "parte in senso stretto", dal momento che, come si è considerato, egli riveste pienamente già il ruolo di parte processuale. Si potrebbe infatti giungere a ritenere che la riforma non ha in alcun modo spostato la posizione della pubblica accusa all'interno del processo penale, ma ha semplicemente introdotto dei limiti all'esercizio di tale potere.

Si osservi, peraltro, come tale prospettazione troverebbe anche più forte legittimazione se il potere di impugnazione del pubblico ministero fosse considerato

³⁷ L'espressione volutamente provocatoria, in quanto appartenente al lessico dell'avvocato ben più che del pubblico ministero, è mutuata da A. MACCHIA, *Impugnazioni penali fra riforme legislative e interpretazioni giurisprudenziali*, cit.

³⁸ Corte cost. n. 34/2020, paragrafo 3.7 del Considerato in diritto.

³⁹ Corte cost., 15 febbraio 1991, n. 88; Corte cost., 24 marzo 1993, n. 111, in *Giur. cost.*; quest'ultima sentenza peraltro richiama a sua volta altre pronunce risalenti agli anni Settanta, a dimostrazione di quanto tale convincimento sia radicato nel pensiero della Consulta.

⁴⁰ Quale è, si ritiene opportuno ribadirlo, l'interesse alla persecuzione penale.

manifestazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale: assodato che a tale valore possono essere legittimamente poste deroghe o limiti a fronte di altri interessi di rango costituzionale da ritenere nel giudizio di bilanciamento preminenti, le preclusioni all'appello del p.m. potrebbero essere lette come limiti posti all'obbligatorietà dell'azione penale, giustificati dalla prevalenza attribuita all'interesse all'efficienza giudiziaria perseguita dalla riforma, in linea peraltro con il pensiero della stessa Corte.

In una prospettiva di questo genere, dunque, l'attuale assetto del potere d'appello del pubblico ministero si porrebbe come il punto di equilibrio che garantisce il soddisfacimento tanto dell'interesse alla persecuzione penale, sotteso all'art. 112 Cost., quanto di quello alla più volte citata efficienza giudiziaria, valore al quale la Corte ha anche recentemente attribuito significativa rilevanza⁴¹.

⁴¹ Si pensi ad esempio alla recente Corte cost., 20 maggio 2019, n. 132, in *Giur. cost.*, ordinanza nella quale la Consulta ha sostanzialmente ritenuto che in nome e a salvaguardia dell'efficienza giudiziaria possano essere legittimate – ed introdotte dal legislatore – eccezioni al principio (fondamentale) di identità tra giudice avanti al quale è assunta la prova e giudice che decide.

LA CONFISCA DI PREVENZIONE: TRA FINALITÀ PREVENTIVE, EFFETTI NEUTRALIZZATORI ED ESIGENZE RIPRISTINATORIE.

di Giuseppe Linares, Giuseppe Annicchiarico e Francesco Messina ^(*)

SOMMARIO: 1. Riflessioni preliminari. – 2. La stratificazione normativa sulla confisca di prevenzione. – 3. La diffidenza di parte della dottrina verso il ruolo essenziale del Questore e delle indagini di Polizia. – 4. Le scelte della Corte di Cassazione tra finalità preventive ed effetti neutralizzatori. – 5. L’interpretazione della Corte europea dei diritti dell’uomo: un po’ di chiarezza a favore del Legislatore nazionale. – 6. I primi effetti della sentenza De Tommaso sul sistema delle prescrizioni. – 7. La sentenza della Corte costituzionale 24 gennaio 2019 n. 24.

1. Riflessioni preliminari

L’approccio di parte della dottrina¹ alle misure di prevenzione presenta talvolta aspetti e caratteri di pregiudizio fondati sulla idea distorta di un sistema di Polizia privo di garanzie, ordinariamente orientato a comprimere i diritti dei cittadini in nome di una sicurezza pubblica di stampo pre-Repubblicano, contraddistinto da espedienti e stratagemmi di torsione delle prove, “afflittivo per le sofferenze che determina a carico dei destinatari”² e fondato su un malinteso “bisogno di sicurezza”³.

Interpretazioni che fanno riferimento a (infondate) “inquietanti tendenze” per auspicare prospettive abolizioniste⁴, basate su un’inesistente contrapposizione tra sicurezza e libertà. Quasi che i provvedimenti di prevenzione si fondino sul mero sospetto di una singola condotta illecita, al più su un indizio, e non già su un articolato e motivato giudizio di pericolosità che riguarda un segmento rilevante della vita

(*) Pur trattandosi di contributo frutto di riflessioni condivise tra i tre autori, il paragrafo 1 è attribuibile a Francesco Messina, mentre i paragrafi dal 2 al 7 sono attribuibili a Giuseppe Linares e Giuseppe Annicchiarico.

¹ M. CERFEDA, *La prevedibilità ai confini della materia penale: la sentenza n. 24/2019 della Corte costituzionale e la sorte delle “misure di polizia*, in *Archivio Penale*, 2019, n. 2, pag. 16; per D. PETRINI, *Le misure di prevenzione personali: espansioni e mutazioni*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2019, 11, 1531, *il sistema di prevenzione personale denota una inquietante tendenza a estendere sempre più i destinatari degli obblighi e dei divieti imposti sulla mera base del sospetto, nonché di una prognosi di pericolosità della quale non è mai dato comprendere i presupposti scientifici*. Cfr. L. DELLA RAGIONE, *Le misure di prevenzione nello specchio del volto costituzionale del sistema penale*, in *Discrimen*, 20.4.2020; M. PELISSERO, *Le misure di prevenzione*, in *Discrimen*, 13.2.2020; A. CIERVO, *Le misure di prevenzione sono convenzionalmente ancora compatibili?*, in *Questione giustizia*, 2019, speciale, pag. 509 e segg.; V. MAIELLO, *La corruzione nel prisma della prevenzione ante delictum*, in *Discrimen*, 4.12.2018.

² F. CONSULICH, *La sanzione senza precetto. Verso un congedo delle misure di prevenzione dalla materia penale?*, in *Discrimen*, 1.10.2019.

³ M. FATTORI, [Così lontani così vicini: il diritto penale e le misure di prevenzione](#), in *Dir. pen. cont.*, 2017, 4, pag. 97.

⁴ D. PETRINI, ult. op. cit., pag.1; F.P. LASALVIA, *La prevenzione insostenibile. Scenari post De Tommaso*, in *Archivio penale*, 2018, n. 2, pag. 34.

criminale di un soggetto⁵. È stato addirittura ipotizzato un parallelismo tra le misure di prevenzione e il c.d. “diritto penale del nemico”⁶, così da ritenere che il sistema sia fondamentalmente caratterizzato da meccanismi di costruzione delle categorie criminali prive di fondamenti probatori, sempre in nome di un’idea di prevenzione che postula necessariamente la compressione dei diritti.

Seppure l’esigenza di caratterizzare in un’ottica preventiva l’attività di Polizia sia, da sempre, correlata all’adozione di misure in grado di garantire, in via cautelare (*recte*: preventiva), il pacifico e ordinato svolgimento del vivere civile, la “sicurezza” si sostanzia come un insieme di condizioni (fisiche, sociali e percettive) in grado di assicurare il pacifico esercizio di tutti i diritti di libertà previsti dalla Costituzione, cioè condizioni di vita prive di qualsiasi pericolo⁷. Tale finalità ha conservato nel corso degli anni la sua attualità, tanto da essere considerata un pilastro nelle questioni di legittimità delle misure di prevenzione⁸.

Il sistema delle misure di prevenzione⁹ è, allora, naturalmente orientato a evitare la commissione di reati attraverso il contenimento di condotte illecite¹⁰, colpendo le personalità antisociali che manifestano, per un verso, dispregio per la Legge e mancanza di una coscienza critica e, dall’altro, adesione alle regole che governano la realtà criminale¹¹. In altri termini, come di recente evidenziato dalla Suprema Corte¹², la pericolosità deve assumere connotati inequivoci per rilevare ai fini del giudizio di prevenzione, nel senso che l’iter esistenziale deve delineare la figura del proposto quale

⁵ Cfr. F. PALAZZO, *Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione ante delictum*, in *Discrimen*, 12.9.2018, pag. 5, secondo cui le misure di prevenzione hanno acquisito una funzione surrogatoria della repressione penale fondata su una logica francamente indiziaria.

⁶ A. MANNA – F.P. LASALVIA, “Le pene senza delitto”: sull’inaccettabile “truffa delle etichette”, in *Archivio penale*, 2017, n. 1, pag. 23 e segg.

⁷ Cfr. Corte cost., 14 giugno 1956, n. 2, secondo cui: *sicurezza si ha quando il cittadino può svolgere la propria lecita attività senza essere minacciato da offese alla propria personalità fisica e morale; è l’ordinato vivere civile, che è indubbiamente la meta di uno Stato di diritto, libero e democratico.*

⁸ Per Corte cost., 5 maggio 1959, n. 27, *l’ordinato e pacifico svolgimento dei rapporti sociali deve essere garantito, oltre che dal sistema di norme repressive di fatti illeciti, anche da un sistema di misure preventive contro il pericolo del loro verificarsi in avvenire: sistema che corrisponde a una esigenza fondamentale di ogni ordinamento, accolta e riconosciuta negli artt. 13, 16 e 17 della Costituzione.* Cfr. M.C. GASTALDO, *L’inesorabile antinomia della giustizia penale preventiva*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2016, 2, pag. 294.

⁹ Cfr. F. MENDITTO, *Lo statuto convenzionale e costituzionale delle misure di prevenzione, personali e patrimoniali. Gli effetti della sentenza della Corte costituzionale 27 febbraio 2019, n. 24*, in *Giurisprudenza penale*, 2019, 10.

¹⁰ R. MAGI, *Misure di prevenzione: l’evoluzione della giurisprudenza*, in *Il libro dell’anno del diritto*, Treccani, 2019, pag. 623, parla di provvedimenti in “chiave contenitivo-inibitoria”. Cass. pen., sez. II, 12.3.2019, n. 20239; Cass. pen., sez. I, 15.6.2017, n. 349, secondo cui la neutralizzazione della pericolosità rappresenta il valore sistemico delle misure di prevenzione.

¹¹ G. MAZZA, *Lo spettro delle misure di prevenzione per i reati perseguiti dalla Legge c.d. codice rosso: un’alternativa alle misure cautelari*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2019, 10, 1363, secondo cui *il sistema delle misure di prevenzione, fondamentale per la realtà italiana, rappresenta il più efficace degli strumenti per il contrasto a qualsiasi tipologia di criminalità; negli Stessi termini, Corte cost., 4 marzo 1964, n. 23 secondo cui le misure di prevenzione richiedono una oggettiva valutazione difatti, da cui risulti la condotta abituale e il tenore di vita della persona, o che siano manifestazioni concrete della sua proclività al delitto, e siano state accertate in modo da escludere valutazioni puramente soggettive e incontrollabili da parte di chi promuove o applica le misure di prevenzione.*

¹² Cass. pen., sez. II, 19.1.2018, n. 11846.

soggetto che ha consapevolmente scelto il crimine come stile di vita almeno per un periodo significativo. Ecco perché la necessità di garantire un'adeguata difesa sociale (coerente, da un lato, con un sistema che sia in grado di assicurare accettabili livelli di vivibilità in termini di assenza di delitti e, dall'altro, con strumenti che contemperino le esigenze di garanzia con le garanzie di efficacia) ha indotto il Legislatore a confermare il meccanismo attraverso cui la limitazione dei reati può essere conseguita. In quest'ottica, la prevenzione attiene a una delle potestà irrinunciabili dello Stato. Secondo un'autorevole dottrina¹³, la prevenzione dei reati è un compito imprescindibile dello Stato che viene prima della stessa potestà punitiva, seppure l'efficacia delle misure di prevenzione risieda "nell'intreccio, che esse assicurano, tra profili di prevenzione e profili di repressione, e in ogni caso nel loro grado di afflittività che può risultare pari, se non superiore, a quello delle pene vere e proprie"¹⁴.

La dicotomia, che ha contrassegnato un periodo storico della dottrina italiana, tra le c.d. misure *ante delictum* (cioè quelle che dovrebbero tendere a evitare la commissione di reati) e quelle *post delictum* o di sicurezza (che invece dovrebbero evitare la recidiva), rischia oggi di apparire inattuale e infondata¹⁵. Non esiste alcuna differenza concettuale all'interno della prevenzione.

Il comune presupposto della pericolosità sociale rappresenta, infatti, l'anello di congiunzione tra le due categorie di provvedimenti. Ciò consente di sostenere che i concetti di prevenzione e di repressione possano anche non essere considerati in contrapposizione tra loro ma, anzi, debbano tendere al raggiungimento di un comune obiettivo: il controllo sociale che è finalizzato a conservare l'ordine mediante l'assicurazione delle fondamentali condizioni di convivenza e del vivere civile.

Tant'è vero che un'opinione¹⁶ ha ritenuto che tra finalità preventiva e quella repressiva vi sia piena fungibilità, perché la finalità è rappresentata dal controllo sociale della criminalità e della devianza. Generalmente, per la società, il ristoro di un crimine commesso avviene attraverso l'emanazione di una sentenza e l'applicazione di una pena; ciò, tuttavia, presuppone la commissione di un reato e l'attivazione degli strumenti legati alla funzione repressiva. Al contrario, il cittadino vede garantita la propria sicurezza dall'assenza di reati; egli, piuttosto che vedere identificato e condannato l'autore di un delitto del quale è rimasto vittima, preferisce evitare tale condizione e non

¹³ Vedi P. NUVOLONE, *Relazione introduttiva*, in *Le misure di prevenzione*, atti del convegno di studi "E. De Nicola", Milano, 1975, pag. 15.

¹⁴ F. BASILE, *Le misure di prevenzione dopo il c.d. codice antimafia. Aspetti sostanziali e aspetti procedurali – Brevi considerazioni introduttive sulle misure di prevenzione*, in *Giur. It.*, 2015, 6, pag. 1520.

¹⁵ Analogamente, E. GALLO, *Misure di prevenzione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1996, vol. XXII, pag. 1, sostiene che entrambe le misure mirano a prevenire la commissione di reati. V.N. D'ASCOLA, *Il progressivo sdoppiamento della confisca come risposta dell'ordinamento al fatto-reato e come strumento di controllo delle manifestazioni sintomatiche di pericolosità "patrimoniale"*, in *La giustizia patrimoniale penale*, a cura di A. BARGI – A. CISTERNA, Torino, 2011, pag. 131, le definisce "misure *ante o praeter probationem delicti* (fondate sul sospetto) o *post delictum* (con funzione meramente repressiva).

¹⁶ D. PETRINI, *La natura giuridica delle misure di prevenzione*, in *Quaderni del CSM*, n. 104 del 1998, pag. 15. In senso contrario, Corte cost., 20 giugno 1964 n. 68, secondo cui tra le misure di prevenzione e quelle di repressione resta sempre una netta differenziazione.

assumere tale veste. Qualsiasi altro risarcimento non è in grado di costituire un serio ristoro al danno subito.

In generale, sebbene autorevole dottrina tuttora non le consideri “un sistema coerente e rigoroso”¹⁷, le misure di prevenzione¹⁸, al di là dei dubbi (oramai superati ma mai sopiti) circa la loro compatibilità con i principi della Costituzione¹⁹, costituiscono un valido ed efficace strumento di difesa sociale.

La medesima considerazione è stata di recente svolta anche dalla Corte Costituzionale²⁰, secondo cui “le misure di prevenzione personali accompagnano la storia dell’ordinamento italiano sin dalla sua nascita. Ciò nondimeno, il loro preciso statuto costituzionale [...] non cessa ancor oggi di ingenerare controversie”.

Da sempre, la materia è oggetto di riflessioni critiche riguardo la legittimità di provvedimenti che incidono sulle libertà dei destinatari e che, da un lato, non conseguono a un rigoroso accertamento delle responsabilità penali (accontentandosi di indizi di pericolosità) e, dall’altro, non sono ancorati ai medesimi istituti di garanzia propri del processo penale. Sebbene alcuni commentatori²¹ abbiano evidenziato la necessità di verificare la costituzionalità delle misure *praeter delictum*, poiché esse “appaiono sproporzionate, perché inutili, non necessarie, intrusive nella libertà del cittadino oltre i limiti consentiti dalla rilevanza degli interessi che si intendono proteggere”, il Giudice delle Leggi²² ne ha costantemente sostenuto la legittimità, fondata sulla necessità di garantire l’ordinato e pacifico svolgimento dei rapporti sociali che rappresenta un’esigenza fondamentale di ogni ordinamento²³.

¹⁷ G. FIANDACA, *Il sistema di prevenzione tra esigenze di politica criminale e principi fondamentali. Schema di relazione introduttiva*, in *Parola alla difesa*, 2017, 1, pag. 1; per F.P. LASALVIA, *Le misure di prevenzione dopo la Corte EDU De Tommaso*, in *Archivio penale*, 2017, n. 2, pag. 27, esse sono totalmente inutili e superate, per di pi, controproducenti nel senso che aumentano anziché ridurre il numero di crimini commessi, suscitando quindi una maggiore percezione di pericolo nella collettività.

¹⁸ Sul punto, cfr. P. MAZZA, *La pericolosità sociale nel sistema delle misure di prevenzione*, in *Rivista di polizia*, 1997, VIII-IX, pag. 489 e segg.

¹⁹ Per tutte, Corte cost., 16 dicembre 1980, n. 177. In chiave critica, A.M. MAUGERI – P. PINTO DE ALBUQUERQUE, [La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello: tra istanze di tassatività e ragionevolezza, se ne afferma la natura ripristinatoria](#), in *Sist. pen.*, 29.11.2019, pag. 77, secondo cui l’effetto criminogeno delle misure di prevenzione personali induce dubbi e perplessità in ordine al mantenimento del sistema, richiedendo profonde riforme del settore; A. MANNA – F.P. LASALVIA, “*Le pene senza delitto*”: sull’inaccettabile “*truffa delle etichette*”, cit.; V.N. D’ASCOLA, *Il progressivo sdoppiamento della confisca come risposta dell’ordinamento al fatto-reato e come strumento di controllo delle manifestazioni sintomatiche di pericolosità “patrimoniale”*, in *La giustizia patrimoniale penale*, cit., pag. 130, il quale ritiene che le misure di prevenzione abbiano una “copertura costituzionale affievolita”. Cfr. A. MANGIONE, *Dal giusto processo al giusto procedimento di prevenzione: problemi vecchi e questioni nuove nei profili di costituzionalità delle misure di prevenzione anti-mafia*, in *La Magistratura*, 2007, pag. 162 e segg.; A. SCAGLIONE, *Le misure di prevenzione patrimoniali: problemi attuali e prospettive di riforma*, in *La Magistratura*, 2007, pag. 192 e segg.

²⁰ Corte cost., 24 gennaio 2019, n. 24.

²¹ D. PETRINI, *La natura giuridica delle misure di prevenzione*, cit., pag. 21.

²² Corte cost., 4 marzo 1964, n. 23, cit.

²³ Per G. MAZZA, *la confisca di prevenzione: l’attenzione dell’ordinamento sull’intervento patrimoniale preventivo*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2019, 6, 862, il diritto di prevenzione oscilla tra l’esigenza di prevenire la commissione dei reati in maniera efficace e la tutela dei diritti propri della persona, sanciti da fonti nazionali e sovranazionali.

Il dispositivo di contrasto alla pericolosità (sia qualificata che generica) consente una gradualità d'intervento capace di limitare effettivamente e in concreto l'offensività di talune persone. Le misure di prevenzione, soprattutto quelle di natura personale, rappresentano uno strumento di "contenimento e mitigazione" della pericolosità sociale e non già la panacea per una personalità criminale che nessun sistema è in grado di assicurare. Al contrario, autorevole dottrina ha affermato che, contrariamente alle attese, le misure di prevenzione hanno incrementato i fenomeni criminali²⁴, mentre di recente altra²⁵ ne ha ribadito la "loro inefficacia preventiva". Ancora, altra opinione²⁶ ritiene tuttora che "le misure di prevenzione asfissiano il sistema penale" e che "sono divenute uno strumento comune, generalizzato, del tutto equanime nella sua insidiosità".

Tant'è che non è isolata quell'opinione secondo cui "le misure di prevenzione altro non sono che pene di sospetto fondate su un giudizio di disvalore della persona e perciò costituenti un surrogato delle sanzioni penali"²⁷. Esse si aggiungono a quelle c.d. personali, che s'inseriscono in un sistema di controllo sociale anche in funzione preventiva (e rieducativa), poiché tendono a incidere sulla libertà del singolo individuo senza tuttavia comprimerla in maniera totale.

La giurisprudenza²⁸ più attenta ha evidenziato la "diversità ontologica" esistente tra le misure di prevenzione e le pene. Le prime sono uno *strumento di limitazione di taluni diritti fondamentali, in funzione di contenimento della pericolosità sociale* mentre le seconde costituiscono *una reazione dell'ordinamento alla commissione di un fatto costituente reato, con finalità mista di riequilibrio del disvalore sociale e promozione della rieducazione anche attraverso connotati di consistente afflittività*.

Secondo un'autorevole dottrina²⁹, per la quale le misure di prevenzione sono uno "strumento di controllo sociale di tipo sostanzialmente repressivo", tale funzione trarrebbe il suo fondamento dalla stessa Costituzione³⁰. La difesa sociale assume, così, un rilievo costituzionale non espresso che, tuttavia, ha legittimato interventi legislativi che hanno mostrato la loro validità ed efficacia nei confronti di una criminalità che ha utilizzato la ricchezza come strumento di consolidamento dell'attività illecita e di potere per un agevole controllo del territorio e del mercato. Non appare, allora, condivisibile quell'opinione³¹ secondo cui l'intera normativa ha una dubbia costituzionalità perché,

²⁴ Per G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale parte generale*, Bologna, 1999, pag. 825.

²⁵ F. CONSULICH, *Le misure di prevenzione personali tra Costituzione e Convenzione*, in *Legislazione penale*, 18.3.2019.

²⁶ Così T. PADOVANI, *L'impatto sulla libertà e sui beni dei cittadini avrà effetti pericolosi*, in *Guida al diritto*, 2017, n. 49-50, pag. 16.

²⁷ A. FURGIUELE, *La disciplina della prova nel procedimento applicativo delle misure patrimoniali di prevenzione*, in *La giustizia patrimoniale penale*, cit., pag. 401. Per V. MAIELLO, *Profili sostanziali: le misure di prevenzione personali*, in *Giur. It.*, 2015, pag. 1523, le misure di prevenzione sono costruite su *modelli di tipicità criminose "a base probatoria ridotta"*.

²⁸ Cass. pen., sez. I, 1.2.2018, n. 24707.

²⁹ Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale parte generale*, cit., pag. 814.

³⁰ Sul punto, si vedano le sentenze della Corte cost., 20 aprile 1959 n. 27 e 4 marzo 1964 n. 23.

³¹ V.N. D'ASCOLA, *Il progressivo sdoppiamento della confisca come risposta dell'ordinamento al fatto reato e come strumento di controllo delle manifestazioni sintomatiche di pericolosità patrimoniale*, in *La giustizia patrimoniale penale*, cit., pag. 131.

con l'alibi del contrasto alla criminalità organizzata, il Legislatore ha spostato il controllo dalla persona al patrimonio, sostituendo la sanzione penale con quella meno impegnativa (ma più afflittiva) della misura di prevenzione.

Al contrario, si deve concordare con chi³² afferma che oggi *lo Statuto delle misure di prevenzione assicura la tassatività e le garanzie imprescindibili* e che il sistema ha raggiunto un accettabile equilibrio tra efficienza e garanzie; e con chi ritiene che *“il sistema italiano della prevenzione antimafia, oramai non più solo in ambito europeo, è considerato come la forma di legislazione più avanzata ed efficace per il contrasto alla criminalità organizzata ad alta redditività, non solo di tipo mafioso”*³³, che *“lo strumento della confisca dei patrimoni mafiosi e il loro utilizzo a fini sociali rappresentano senza dubbio un vanto per il sistema giuridico italiano”*³⁴. E non con chi³⁵, criticamente, ritiene che la prevenzione antimafia si erga a strumento potenzialmente autosufficiente della sicurezza pubblica, di tal che essa acquisisca sempre più un'inclinazione sanzionatoria fino a assurgere a strumento privilegiato per irrogare una sanzione “comunque” grazie al più esile spessore del materiale probatorio e alle minori garanzie processuali³⁶.

Il giudizio di prevenzione, come ripetuto dalla Corte di Cassazione³⁷, lungi dall'essere un giudizio di marca soggettivistica e incontrollabile, richiede una complessa operazione preliminare di “inquadramento del soggetto” – sulla base di elementi di fatto – in una delle categorie criminologiche tipizzanti di rango legislativo, e ciò sia sul fronte della pericolosità c.d. generica che di quella c.d. qualificata. In particolare, il giudizio di prevenzione³⁸ deve essere considerato nella sua duplicità: a una prima fase di

³² F. MENDITTO, *Lo statuto convenzionale e costituzionale delle misure di prevenzione, personali e patrimoniali. Gli effetti della sentenza della Corte costituzionale 27 febbraio 2019*, n. 24, cit. pag. 46.

³³ K. TASSONE, [La costante riforma del codice antimafia: un cantiere aperto](#), in *Dir. pen. cont.*, 22.1.2019.

³⁴ S. PELLEGRINI, *L'aggressione dei patrimoni mafiosi e il riutilizzo dei beni confiscati*, Aracne, 2016, pag. 7.

³⁵ A. CISTERNA, *Prevenzione personale e patrimoniale (prassi giudiziarie e riforma normativa)*, in *Digesto penale*, 2018, X agg., pag. 530 e segg.; per F. CONSULICH, *La sanzione senza precetto. Verso un congedo delle misure di prevenzione dalla materia penale?*, cit., pag. 29, *la sicurezza pubblica è sinonimo di ordine pubblico da mantenere solo percorrendo i frusti binari di misure preventive che divengono strumento punitivo*. Per G. GRASSO, [Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale](#), in *Sist. pen.*, 14.2.2020, le misure di prevenzione, moderno strumento di politica criminale, difficilmente possono essere ritenute misure di carattere preventivo, costituendo piuttosto una reazione al reato che evidenzia il loro carattere sostanzialmente repressivo.

³⁶ Per Cass. pen., sez. I, 19.4.2018, n.43826, *le misure di prevenzione, pur se sprovviste di natura sanzionatoria in senso proprio, rientrano in una accezione lata di provvedimenti con portata afflittiva (sia pure in chiave preventiva) il che impone di ritenere applicabile – in siffatta materia – il generale principio di tassatività e determinatezza dei contenuti della fattispecie astratta (sia come limite al potere legislativo di costruzione della disposizione che come criterio interpretativo), lì ove si realizza la descrizione dei comportamenti presi in considerazione come prima “fonte giustificatrice” di dette limitazioni*. Cfr., Cass. pen., sez. I, 15.6.2017, n. 349.

³⁷ Cass. pen., sez. I, 15.6.2017, n.349.

³⁸ Per Cass. pen., sez. I, 11.2.2014, n. 23641, *il giudizio di prevenzione, lungi dal consistere in una mera valutazione di pericolosità soggettiva (la parte prognostica del giudizio) si alimenta in primis dall'apprezzamento di «fatti» storicamente apprezzabili e costituenti a loro volta «indicatori» della possibilità di iscrivere il soggetto proposto in una delle categorie criminologiche previste dalla legge (la parte constatativa e dunque ricostruttiva del giudizio). Il soggetto coinvolto in un procedimento di prevenzione, in altre parole, non viene ritenuto «colpevole» o «non colpevole» in ordine alla realizzazione di un fatto specifico, ma viene ritenuto «pericoloso» o «non pericoloso» in rapporto al suo precedente agire (per come ricostruito attraverso le diverse fonti di conoscenza) elevato ad «indice rivelatore» della possibilità di*

constatazione (valutazione dei fatti idonei a inscrivere il soggetto all'interno di una delle categorie tipizzate dal legislatore) segue la fase prognostica (intesa nel senso di valutazione negativa circa la probabilità che il soggetto si astenga in futuro dal commettere altri reati).

Nell'ambito di tale ricostruzione storica, è essenziale stabilire con precisione il momento d'inizio della "pericolosità", che può essere correttamente individuato, attraverso un giudizio fondato sull'analisi a posteriori delle condotte tenute, nel momento di adesione a regole di vita criminali che determinano in seguito una sequenza temporale significativa di fatti delittuosi³⁹.

Parimenti, poiché normalmente e logicamente l'illecito arricchimento è un effetto della pericolosità (intesa quale capacità di generare reddito illecito tramite delitti), è assolutamente conforme alla finalità dell'istituto procedere all'ablazione di beni acquisiti dopo la cessazione formale della pericolosità, quando sia provato che la provvista finanziaria si sia formata proprio nel periodo in cui sono state compiute le attività criminali⁴⁰. Diversamente argomentando, l'emersione della ricchezza in un tempo successivo alla mera cessazione della pericolosità (dato di comune esperienza) si risolverebbe in un "condono" o in "un parametro scriminante", assolutamente non conforme alle finalità del sistema.

Nessuna contrapposizione tra Sicurezza e Libertà dunque, bensì provvedimento adottato in forza di un accorto giudizio di pericolosità ben motivato, questo è ciò che consegue al giudizio di prevenzione. Nessuna compressione di diritti soggettivi o, ancor meno, alcuna insopportabile limitazione di libertà individuali in nome della sicurezza, piuttosto assicurazione delle migliori condizioni possibili al godimento e all'esercizio di quei diritti e di quelle libertà da parte di ogni cittadino grazie a un sistema di norme legittimante la produzione di atti idonei e finalizzati a incidere sul pericolo della consumazione di delitti. È la funzione di difesa sociale rivestita dalle misure di prevenzione a risultarne esaltata. Si contiene la pericolosità, si garantiscono le migliori condizioni di convivenza sociale, finendo così per neutralizzare la minaccia di chi quelle condizioni può mettere in pericolo attraverso l'adozione di future condotte lesive dell'Ordine Sociale ed Economico.

compiere future condotte perturbatrici dell'ordine sociale costituzionale o dell'ordine economico e ciò in rapporto all'esistenza di precise disposizioni di legge che «qualificano» le diverse categorie di pericolosità.

³⁹ Per Cass. pen., sez. I, 16.2.2018, n. 32264, per individuare il giorno di inizio della pericolosità in chiave storica occorre ricercare il momento in cui gli "indicatori" rappresentati dalla commissione di condotte illecite abbiano raggiunto quella consistenza e abitudine tale da consentire – se il giudizio di prevenzione si fosse tenuto contestualmente ai fatti – l'irrogazione della misura di prevenzione personale, ossia la prognosi negativa sulle condotte future alimentata dall'apprezzamento di quanto "sino ad allora" avvenuto. Per Cass. pen., sez. I, 20.9.2017, n. 13375, nell'ambito del principio di "ragionevolezza temporale" fissato dalla Corte costituzionale con la sentenza 8 novembre 2017, n. 33, il giudizio "storico" di pericolosità soggettiva, necessario a realizzare la perimetrazione cronologica al fine di sostenere la correlazione temporale tra pericolosità ed acquisto dei beni, non può alimentarsi dalla constatazione di condotte genericamente indicative della propensione al delitto, ma deve basarsi sull'apprezzamento di condotte di reato corrispondenti al tipo criminologico indicato dalla norma regolatrice che si intende applicare.

⁴⁰ Cass. pen., sez. II, 13.3.2018, n. 14165. Sull'argomento, cfr., D. ALBANESE, [Confisca di prevenzione: smussato il requisito della "correlazione temporale"](#), in *Dir. pen. cont.*, n. 4/2018, pag. 193.

Strumenti preziosi ed irrinunciabili ai fini dell'espletamento di una tanto efficace quanto effettiva azione di contrasto alla criminalità comune e/o organizzata, le misure di prevenzione sono ormai divenute la cifra della reale sussistenza in capo ad Autorità che per legge sono tenute a garantire la sicurezza dei cittadini che convivono in un dato territorio, della esistenza di un rapporto virtuoso tra la responsabilità di quei garanti di tale sicurezza e la pericolosità dei cittadini.

2. La stratificazione normativa sulla confisca di prevenzione.

La particolare finalità delle misure di prevenzione, correlata all'esigenza di perseguire effetti deflattivi in materia penale, induce a svolgere di seguito una riflessione sulla stratificazione normativa della confisca di prevenzione.

Tant'è vero che un'autorevole dottrina⁴¹, per un verso, ha riscontrato *“una tendenza a valorizzare misure preventive per affrontare fenomeni gravi come il terrorismo e la violenza ai danni delle donne, pur se, ancora oggi, si ricorra a queste misure per affrontare fenomeni sociali”*; per altro verso, ha sostenuto che le misure di prevenzione si stiano caratterizzando in un'ottica esclusivamente patrimoniale *“perdendo il ruolo tradizionalmente loro assegnato di contenimento della diversità e del disagio sociale”*.

Peraltro, come del resto osservato dai Giudici di legittimità⁴², ai fini del giudizio di inquadramento nella categoria di soggetti pericolosi [segnatamente quelli di cui all'art. 1, c. 1, lett. c)], viene riconosciuta attitudine qualificante alla commissione di reati lesivi o, comunque, pericolosi per la sicurezza e la tranquillità pubblica: vengono dunque in rilievo reati la cui offensività sia proiettata verso beni giuridici non meramente individuali (quali, ad esempio, i reati contro il patrimonio), ma connessi alla preservazione delle condizioni materiali necessarie alla convivenza sociale, quali, per restare sempre ancorati al caso di specie, l'ordine e la sicurezza della collettività.

Nel corso degli anni, la sensibilità nei confronti delle misure di prevenzione è cresciuta tanto da divenire, soprattutto nell'ultimo decennio, una vera e propria strategia di contrasto. Rispetto ai primi anni '80, gli strumenti operativi per contrare le organizzazioni criminali sono diversi e le tecniche d'indagine hanno registrato un rilevante sviluppo, consentendo di disvelare ingenti ricchezze illecitamente acquisite e restituirle al patrimonio dello Stato⁴³. È altrettanto vero che aver ampliato, in tale settore, il novero degli investigatori cui affidare le indagini abbia rappresentato una svolta di rilievo.

⁴¹ F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Milano, 2019, pag. 21. Per S. DI BUCCIO, *Gli strumenti di aggressione patrimoniale: dall'ablazione al riutilizzo*, in *L'aggressione dei patrimoni mafiosi e il riutilizzo dei beni confiscati*, cit., pag. 45, *nell'ordinamento giuridico italiano regna in materia di sequestri e confische quella che può essere definita una vera e propria “giungla delle omonimie” in quanto ci si riferisce all'uno e all'altro istituto in un caleidoscopico crogiuolo di ipotesi, correlate a tipologie di accertamento eterogenee, nonché a branche dell'ordinamento distanti e distinte.*

⁴² Cass. pen., sez. V, 19.1.2018, n.15492.

⁴³ Negli stessi termini, E. GALLO, *Misure di prevenzione*, cit., pag. 36. Sul tema, si veda R. ALFONSO, *La confisca nel procedimento di prevenzione*, in *La giustizia patrimoniale penale*, cit., pag. 783 e segg.

L'introduzione di misure di prevenzione di carattere patrimoniale risale alla Legge n. 152 del 1975⁴⁴ che prevede la misura della sospensione provvisoria dell'amministrazione dei beni personali (esclusi quelli destinati all'attività professionale o produttiva) per i sottoposti a misura della sorveglianza speciale di p.s.

Invero, seppur priva di autonoma rilevanza sistematica, la prima forma di misura a vocazione patrimoniale può essere considerata la cauzione prevista dall'art. 3-*bis* della Legge n. 575/65, imposta a garanzia delle prescrizioni a carico del sorvegliato speciale di p.s. In seguito, la Legge n. 646 del 1982⁴⁵ inserì una serie di disposizioni che consentivano di sottrarre i beni illecitamente acquisiti dai destinatari di una misura di prevenzione personale⁴⁶.

La pericolosità "derivata" dei beni (illecitamente ottenuti), in virtù della relazione esistente con la persona che li aveva acquisiti o che ne preordinava l'impiego per simili attività, appariva chiara già al Legislatore dell'epoca. Vieppiù, l'accumulazione sospetta (a volte immediata) di patrimoni e la loro ostentazione erano ritenute manifestazioni di pericolosità⁴⁷ e considerate elementi sintomatici e presupposti tali da giustificare un provvedimento ablativo. Le due nuove fattispecie del sequestro e della confisca (di prevenzione) si rivelarono immediatamente strategiche all'interno di un sistema antimafia che muoveva i suoi primi passi.

Le predette misure furono poi estese, attraverso successivi interventi legislativi, ai fatti legati alla sovversione e alle associazioni politiche disciolte⁴⁸ e alle manifestazioni sportive⁴⁹. In seguito, la Legge 24 luglio 1993 n. 256 modificò il comma 2, dell'art. 2-*ter*,

⁴⁴ L'articolo 19 della c.d. legge "Reale", inoltre, estese l'applicabilità delle disposizioni contro le organizzazioni criminali di tipo mafioso di cui alla Legge n. 575/65 alle persone indicate nell'art. 1, nn. 2), 3) e 4) della Legge n. 1423/56. Tale ultima norma è stata poi modificata dalla L. n. 327/88 cosicché il richiamo doveva intendersi all'art. 1, nn.1) e 2) della Legge n. 1423/56, ossia a coloro che:

- "debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono abitualmente dediti a traffici illeciti";
 - "per la condotta ed il tenore di vita, debba ritenersi che vivano abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose".

⁴⁵ Per M.F. CORTESI, *Le misure di prevenzione*, in *Il sistema di prevenzione penale*, a cura di L. FILIPPI – M.F. CORTESI, Torino, 2011, pag. 10, con la Legge Rognoni – La Torre, la ricchezza di sospetta provenienza diviene il presupposto della pericolosità.

⁴⁶ La relazione all'Atto Camera n. 2982, disegno di legge recante "disposizioni in materia di misure di prevenzione di carattere patrimoniale ed integrazioni alla legge 27 dicembre 1956 n. 1423", presentato il 20 novembre 1981, in [Archivio Pio La Torre](#), affermava che gli istituti in argomento rappresentavano un essenziale strumento di lotta alla mafia perché consentivano di colpire tale categoria di persone "proprio nella disponibilità degli ingenti patrimoni cui spesso attingono, che costituiscono l'arma più efficace del mafioso per sfuggire alla giustizia attraverso l'omertà, le collusioni con gli apparati pubblici e privati, l'intimidazione, il conseguimento di rilevanti subappalti".

⁴⁷ In senso analogo, F. MENDITTO, *La riforma delle misure di prevenzione*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2013, pag. 659.

⁴⁸ *Amplius*, si veda articolo 18, Legge 22 maggio 1975, n. 152.

⁴⁹ Articolo 7-*ter*, Legge 13 dicembre 1989, n. 401. La portata estensiva dell'articolo 19 della Legge Reale subì un ridimensionamento con l'art. 14 della legge 19 marzo 1990, n. 55, che limitò le indagini e l'applicazione delle misure di prevenzione di cui alla Legge n. 575/65 ai soli soggetti indiziati di appartenere alle associazioni dedite al commercio illecito degli stupefacenti nonché alle persone che, sulla base di elementi di fatto, si aveva motivo di ritenere che vivessero, anche in parte, dei proventi di attività delittuose, quando si fosse trattato dei delitti di cui agli artt. 629, 629-*bis*, 630, 644, 648, 648-*bis*, 648-*ter* del codice penale o di quelli di contrabbando.

della legge n. 575/65, attribuendo al valore sproporzionato⁵⁰ del bene (rispetto ai redditi ufficiali del proponendo) un autonomo rilievo probatorio circa la sua provenienza illecita e aggiungendo tale ipotesi di sequestro a quella sintomatica concernente i beni frutto di attività illecite o conseguenti il loro reimpiego.

Il c.d. “pacchetto sicurezza” del 2008 ha “razionalizzato il doppio binario sulle misure di prevenzione”⁵¹, ampliato il novero dei soggetti cui è applicabile la confisca di prevenzione (includendovi anche i soggetti indiziati di uno dei reati previsti dall’articolo 51, comma 3-*bis*, del codice di procedura penale), modificato i presupposti della confisca (art. 2-*ter* comma 3 L. n. 575/65) e, soprattutto, sancito l’autonomia delle misure patrimoniali da quelle personali⁵². La Legge 24 luglio 2008 n. 125 di conversione del D.L. n. 92/2008, inoltre, abrogando l’articolo 14 della L. n. 55/90 (che aveva limitato l’applicabilità della normativa antimafia in argomento a specifiche categorie di persone) ha determinato il ripristino dell’originario regime giuridico delle disposizioni di cui alla Legge n. 575/65, cioè la loro applicabilità alle persone abitualmente dedite a traffici delittuosi e che vivono con i proventi di tali attività, cioè i c.d. pericolosi comuni o generici (Legge n. 1423/56, articolo 1, nn. 1 e 2)⁵³.

Per fornire agli investigatori strumenti di aggressione ai patrimoni criminali più incisivi⁵⁴, il requisito della sproporzione dei beni (già previsto per i casi di sequestro) fu esteso alle ipotesi di confisca nel caso di mancata giustificazione circa la loro legittima provenienza o quando gli stessi fossero frutto di attività illecite o conseguenza del loro reimpiego. Se per un verso, una dottrina⁵⁵ riteneva trattarsi di un “esplicito quanto pericoloso inversione dell’onere della prova”, per altro verso, l’istituto era interpretato

⁵⁰ Per Cass. pen., SS.UU., 17.12.2003, n. 920, con il termine “sproporzione” s’intende fare riferimento a un incongruo squilibrio tra guadagni e capitalizzazione e non già a una qualsiasi difformità tra di essi. La sproporzione è riferita alla somma dei singoli beni, cosicché i termini di raffronto dello squilibrio vanno fissati sul reddito o sulle attività svolte al momento del singolo acquisto rispetto al valore del bene acquisito e non già al reddito dichiarato o alle attività svolte al momento della misura. Cfr., Cass. pen., sez. VI, 17.9.2008, n. 37166.

⁵¹ In questi termini, P. GIORDANO, *Senza controllo sull’effettiva applicazione la filosofia dell’inasprimento non basta*, in *Guida al diritto*, 2008, n. 32, pag. 80.

⁵² Cass. pen., sez. I, 13.1.2011, n. 5361 (rv. 249800). Il principio di reciproca autonomia tra le misure di prevenzione personali e quelle patrimoniali ha comportato la conseguenza che il procedimento di prevenzione patrimoniale può essere avviato a prescindere da qualsiasi proposta relativa all’adozione di misure di prevenzione personali, rimettendo al giudice il compito di accertare in via incidentale la riconducibilità del proposto nella categoria dei soggetti che possono essere destinatari dell’azione di prevenzione e, ora per allora, la sua pericolosità. Nella previgente disciplina le misure di prevenzione personali e patrimoniali formavano un “binomio tendenzialmente inscindibile”, cfr. Cass. pen., sez. VI, 6.11.2014, n. 46068. Per G. FURCINITI – D. FRUSTAGLI, *Il sequestro e la confisca dei patrimoni illeciti nell’Unione Europea*, Cedam, 2016, pag. 23, il nuovo sistema non ha comportato un radicale ribaltamento del rapporto di accessorietà tra misura personale e patrimoniale perché non esiste una pericolosità intrinseca del bene.

⁵³ Per V. MAIELLO, *La prevenzione patrimoniale in trasformazione*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2009, 7, pag. 805, il provvedimento normativo era un intervento nel complesso insoddisfacente che non recepiva “un modello di prevenzione patrimoniale strutturato sulla mera logica della intrinseca pericolosità dei beni”.

⁵⁴ Cfr. F. FIORENTIN, *Procura nazionale a caccia di patrimoni*, in *Guida al diritto*, 2008, n. 23, pag. 83.

⁵⁵ S. LORUSSO – A.E. RICCI, *Le novità del pacchetto sicurezza (seconda parte)*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2008, 12, pag. 1481.

come un caso di “soglia probatoria abbassata ma non esclusa”, poiché l’onere probatorio spetta sempre all’autorità giudiziaria⁵⁶.

Il novellato articolo 2-ter comma 3 della L. n. 575/65 ha introdotto una presunzione *iuris tantum* con l’obiettivo di rendere più agevole la confisca superando il precedente meccanismo che prevedeva l’ablazione dei beni sequestrati dei quali non era stata dimostrata la legittima provenienza⁵⁷. Le novelle normative hanno determinato modifiche incisive al sistema delle misure di prevenzione e posto l’Italia all’avanguardia degli stati europei nel contrasto alle sovrastrutture economico-finanziarie criminali.

La scelta di svincolare l’applicabilità di una misura patrimoniale dal necessario presupposto dell’irrogazione di quella personale, generalizzando un principio già presente all’interno del sistema antimafia⁵⁸, fu positivamente accolta in maniera pressoché unanime dalla dottrina e dalla giurisprudenza. La prima, da un lato, ne sostenne il carattere rivoluzionario⁵⁹ e, dall’altro, ne consacrò la centralità facendola assurgere a “cuore della riforma”⁶⁰. Era finalmente stata individuata la funzione essenziale della misura di prevenzione reale⁶¹: l’eliminazione dell’utile economico, ritenendo il “bene mafioso” pericoloso in sé poiché rappresentativo di uno strumento di sviluppo e di espansione dell’organizzazione stessa.

Tale importante lettura è stata da ultimo confermata dalla Corte Costituzionale⁶² che ha ribadito come lo scopo sotteso al sequestro e alla confisca sia quello di sottrarre alla criminalità organizzata beni e denaro di origine illecita. Senza che possa farsi largo la prospettata ipotesi interpretativa che guardava al citato principio come un possibile “generalizzato e illiberale strumento di controllo della ricchezza di tutti i cittadini”⁶³.

⁵⁶ B.L. GIORGIO, *Il contrasto all’illecita accumulazione della ricchezza: dal sistema antiriciclaggio alle forme di confisca*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2009, 3, pag. 351. M. MONTAGNA, *procedimento applicativo delle misure di prevenzione e garanzie del giusto processo*, in *La giustizia patrimoniale penale*, cit., pag. 471.

⁵⁷ Così, F. FIORENTIN, *Il direttore Dia può proporre la sorveglianza*, in *Guida al diritto*, 2008, n. 32, pag. 111.

⁵⁸ Si fa riferimento ai casi di assenza, residenza o dimora all’estero del proponendo (art. 2-ter, comma 7, L. n. 575/65), alle fattispecie di persona sottoposta a misura di sicurezza detentiva o alla libertà vigilata (art. 2-ter, comma 8, L. n. 575/65) e di morte della persona nei cui confronti potrebbe essere disposta (art. 2-ter, comma 11, L. n. 575/65), ipotesi questa già accolta dalla giurisprudenza (Cass. pen., SS.UU., 17 luglio 1996, n. 18).

⁵⁹ Per F. FIORENTIN, *Il direttore Dia può proporre la sorveglianza*, cit., pag. 110, il principio di autonomia delle misure patrimoniali è rivoluzionario.

⁶⁰ A. MANGIARACINA, *il “congelamento dei beni” e la confisca come misure di contrasto alla criminalità organizzata transnazionale e al terrorismo*, in *La giustizia patrimoniale penale*, cit., pag. 953.

⁶¹ Cass. pen. SS.UU., 10.7.2008, n. 38834 e Cass. pen., sez. VI, 3.7.2012, n. 34511, secondo cui *Il fine perseguito dalla confisca è quello di eliminare dal circuito economico beni in disponibilità di soggetto collegato con organizzazione criminale di stampo mafioso di presunta illecita acquisizione, in modo tale da impedire la riproducibilità, mediante uso diretto ovvero reinvestimento dei medesimi, di ricchezza inquinata all’origine, di modo che i beni assoggettati a confisca finiscono con l’essere oggettivamente pericolosi di per sé, in quanto strumento di sviluppo dell’organizzazione mafiosa e dei suoi membri*. In senso analogo, Cass. pen., SS.UU., 17.7.1996, n.18. Negli stessi termini, F. FIORENTIN, *Serve il coordinamento del procuratore distrettuale*, in *Guida al diritto*, 2011, n. 42, inserto, pag. XXIV.

⁶² Corte cost., 24 gennaio 2019, n. 24.

⁶³ V.N. D’ASCOLA, *Il progressivo sdoppiamento della confisca come risposta dell’ordinamento al fatto reato e come strumento di controllo delle manifestazioni sintomatiche di pericolosità patrimoniale*, in *La giustizia patrimoniale penale*, cit., pag. 155, il quale, al termine di un’analisi interpretativa, ritiene tuttora confermata l’esistenza di un rapporto di pregiudizialità tra pericolosità sociale e misura reale. Negli stessi termini, S. ASTARITA,

Peraltro, la concreta applicazione dell'istituto in esame ha dimostrato come tali teorie fossero ingiustificate e che i predetti timori infondati⁶⁴. Al riguardo, la giurisprudenza costituzionale⁶⁵ ha evidenziato, attraverso il principio della "ragionevolezza temporale", che il momento dell'acquisizione del bene oggetto dell'ablazione non deve porsi in un tempo talmente lontano dalla pericolosità del proposto, proprio per evitare "un monitoraggio patrimoniale esteso all'intera vita del condannato".

Era evidente che le misure di ordine patrimoniale dovessero essere rivolte verso beni che, oltre a presentare una provenienza illegittima, erano anche nella disponibilità di persone socialmente pericolose in quanto sospettate di appartenere ad associazioni di tipo mafioso o ad altre alle prime equiparate (art. 2-ter, secondo e quarto comma, della legge n. 575 del 1965). In altri termini, la pericolosità (su cui si fondava la misura di prevenzione personale) costituiva e costituisce il "presupposto ineludibile"⁶⁶ delle misure di prevenzione reali⁶⁷. Infatti, secondo i Giudici della Consulta⁶⁸, "il presupposto giustificativo della confisca di prevenzione è la ragionevole presunzione che il bene sia stato acquistato con i proventi di attività illecita"⁶⁹.

Da ultimo, l'acquisita consapevolezza che il contrasto ai fenomeni criminali di ogni genere implica la necessità di disporre di adeguate misure di carattere patrimoniale ha consentito profonde e radicali riforme in materia di misure di prevenzione⁷⁰.

Presupposti e tipologia delle misure applicabili, in *Misure di prevenzione*, a cura di S. FURFARO, Torino, 2013, pag. 379.

⁶⁴ T. PADOVANI, *L'impatto sulla libertà e sui beni dei cittadini avrà effetti pericolosi*, cit. pag. 20, aveva addirittura sostenuto che il meccanismo introdotto dal Legislatore con la Legge n. 161/2017 avesse "un orizzonte per così dire operativo costituito dalla formazione di una gigantesca manomorta di immensi patrimoni; una specie di buco nero capace di ingoiare, al limite, gran parte dell'economia italiana".

⁶⁵ Corte cost., 7 novembre 2017, n. 33.

⁶⁶ In senso analogo, Cass. pen. sez. II, 31.1.2017, n. 6858 e Cass. pen., SS.UU., 22.12.2016, n. 12621.

⁶⁷ Per Corte cost., 9 giugno 2015, n. 106, *la rilevanza e l'incidenza dell'accertamento della pericolosità sociale assume un significato pregnante anche nella valutazione dei presupposti oggettivi (sproporzione con redditi leciti e mancanza di giustificazione della provenienza) richiesti perché si possa disporre la misura patrimoniale della confisca dei beni. Pur non dovendo ricorrere, infatti, un legame «pertinenziale» tra acquisizione patrimoniale e condotte attraverso le quali si è manifestata la pericolosità, il bene oggetto di confisca deve, comunque, essere riferibile al soggetto pericoloso e riconducibile, sia pure in senso ampio, all'epoca in cui la pericolosità si è espressa. Cfr., Cass. pen., sez. I, 22.10.2014, n. 52182.*

⁶⁸ Così Corte cost., 24 gennaio 2019, n. 24.

⁶⁹ Per R. ALFONSO, *La confisca nel procedimento di prevenzione*, in *La giustizia patrimoniale penale*, cit., pag. 785, "la privazione del patrimonio può disarticolare le organizzazioni criminali, forse più della stessa detenzione degli affiliati", perché "tali misure impediscono alle organizzazioni di rafforzare il loro potere economico sul territorio ove esercitano la loro egemonia; di conseguenza, rendono più difficile il reclutamento di affiliati, l'approvvigionamento di armi, di strutture di base dove svolgere o pianificare le attività criminali e l'acquisto di sostanze stupefacenti". Secondo V. VISCO, *Contrasto all'economia criminale: preconditione per la crescita economica*, 7.11.2014, sul sito di Banca d'Italia, *la penetrazione di queste "economie" illecite, che accumulano guadagni smisurati, comporta effetti che incidono non solo «nel valore di quanto prodotto attraverso le attività criminali ...», ma anche, con effetti di più lungo periodo, nel valore di quanto non prodotto a causa delle distorsioni generate dalla diffusione della criminalità.*

⁷⁰ Cfr. F. VERGINE, *Le misure preventive patrimoniali penali*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2016, 1, pag. 52. Negli stessi termini, R. ALFONSO, *Legge 125/2008. Confisca di prevenzione. Gli strumenti per prosciugare i patrimoni della*

La Legge 15 luglio 2009 n. 94 ha introdotto altre rilevanti modifiche al sistema, ampliando ulteriormente la platea delle persone cui è applicabile il regime antimafia⁷¹ e slegando l'applicabilità della misura patrimoniale dalla pericolosità sociale del proponendo al momento della richiesta. Il principio di reciproca autonomia tra provvedimenti personali e provvedimenti patrimoniali non esclude, però, che la pericolosità del soggetto debba essere comunque accertata con riferimento al momento dell'acquisto del bene oggetto della richiesta, perché la finalità preventiva perseguita con il provvedimento ablatorio è quella di impedire che il sistema economico legale sia funzionalmente alterato da anomali accumuli di ricchezza⁷². Al riguardo, persiste tuttora un'opinione⁷³ che considera l'accertamento della pericolosità pregressa ai fini della confisca "un esercizio privo di senso" che si sostanzia in un "riscontro di elementi sintomatici idonei a suffragare una qualche responsabilità penale di cui è tuttavia mancato l'accertamento definitivo.

Invero, il Giudice delle Leggi⁷⁴ ha recentemente ribadito che "*l'innovazione più significativa, ai fini della definizione della natura delle misure di prevenzione in parola e del loro statuto di garanzia, consiste nella recente autonomizzazione del rispettivo procedimento applicativo rispetto a quello finalizzato all'applicazione delle misure di prevenzione personali*".

La norma invero ha l'espressa finalità di sottrarre al mondo criminale le ricchezze illecitamente accumulate⁷⁵ che, a causa del trascorrere del tempo, non potevano essere aggredite per la mancanza del requisito dell'attualità del citato presupposto soggettivo⁷⁶. In tale quadro normativo, la Legge 13 agosto 2010 n. 136⁷⁷ ha delegato il Governo a riordinare l'intera materia e a redigere il primo codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione. Il D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159 non ha però inizialmente riscosso grandi entusiasmi tra i primi commentatori⁷⁸, che hanno evidenziato l'assenza di alcune disposizioni che hanno privato l'opera di ricognizione della sua essenziale

criminalità, in *Gnosis*, 2009, 1.

⁷¹ I soggetti indiziati del delitto di cui all'articolo 512-bis c.p. (già 12-*quinqüies*, comma 1, del decreto legge 8 giugno 1992 n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992 n. 356).

⁷² Cfr. Cass. pen., sez. I, 11.2.2014, n. 23641 (rv. 260103). In senso analogo, Cass. pen., sez. VI, 25.9.2014, n. 46068 (rv. 261082).

⁷³ T. PADOVANI, *L'impatto sulla libertà e sui beni dei cittadini avrà effetti pericolosi*, cit., pag. 19.

⁷⁴ Corte cost., 24 gennaio 2019, n. 24.

⁷⁵ Così anche Corte cost., 9 febbraio 2012 n. 21.

⁷⁶ Negli stessi termini, A. CISTERNA, *Mafia: uniformità di regole per l'esecuzione*, in *Guida al diritto*, 2009, n. 34, pag. 63. Mentre per T. PADOVANI, *L'impatto sulla libertà e sui beni dei cittadini avrà effetti pericolosi*, cit., pag. 19, "la misura interviene così in funzione surrogatoria di una sanzione che non si è potuta applicare nelle forme comuni e acquista, in tal modo, uno spiccato carattere punitivo: non si tratta di prevenire alcunché, visto che il soggetto non è più pericoloso, ma solo di impedire, ora per allora, ch'egli possa godere dei frutti di attività a vario titolo sospette di illiceità".

⁷⁷ Per un'analisi sulla legge delega, si veda A. CISTERNA, *Con la ricognizione sulla disciplina antimafia si apre la partita per il codice "salva dubbi"*, in *Guida al diritto*, 2010, n. 39, pag. 45 e segg.

⁷⁸ Si veda, G. FIANDACA – C. VISCONTI, *Il "codice delle leggi antimafia": risultati, omissioni e prospettive*, in *Legislazione penale*, 2012, 2, pag. 181; D. MANZIONE, *Dal piano straordinario al codice antimafia e delle misure di prevenzione*, in *Legislazione penale*, 2012, n. 2, pag. 185 e segg.; G. NICASTRO, *Le misure di prevenzione nel Codice antimafia: il nuovo stenta a nascere e il vecchio a morire*, in *Legislazione penale*, 2012, n. 2, pag. 189 e segg.; D. MANZIONE, *Il codice antimafia e la normativa ordinamentale*, in *Legislazione penale*, 2012, n. 2, pag. 311 e segg.

organicità, fatto salvo solo il libro dedicato al procedimento di prevenzione ritenuto un strumento significativo per il contrasto alla criminalità organizzata⁷⁹.

Purtuttavia, alla parte codicistica delle misure di prevenzione è stato attribuito il pregio di aver aggiornato “uno strumento normativo divenuto troppo stratificato, con non poche sbavature, e non incisivo”⁸⁰, sebbene *i 28 interventi legislativi succedutisi dal 1956 al 2011 non siano riusciti a risolvere il complesso fenomeno politico-sociale-istituzionale costituito dalla c.o.*⁸¹.

Ma anche riguardo tale materia, parte della dottrina⁸² ha sollevato alcuni rilievi critici in ordine alle misure personali e a quelle patrimoniali. Gli interventi legislativi susseguitisi in un cinquantennio, spesso fondati sull'emergenza, avevano determinato una complessa disarmonia negli strumenti di prevenzione delle varie forme di criminalità, di fatto depotenziando la normativa antimafia. Solo negli ultimi anni, tali misure hanno acquisito rilievo operativo e sono state ritenute strategiche nell'ambito di politiche criminali orientate al contrasto di fenomeni illegali (gravi e diffusi) quali quelli mafiosi, eversivi o comuni, tutti comunque in grado di mettere a rischio il sistema democratico e il vivere civile, tanto da essere considerate una “forma di tutela particolarmente efficace delle esigenze di sicurezza della società”⁸³.

È apparso finalmente chiaro che la procedura di prevenzione in argomento si dovesse fondare su due pilastri: il primo di ordine etico che comprende il disvalore della condotta illecita finalizzata all'accumulo delle ricchezze; il secondo di ordine economico volto a impedire (*recte*: prevenire) conseguenze negative per il sistema del libero mercato poiché il profitto illecito (personale e patrimoniale) permette alle organizzazioni criminali di penetrare, di contaminare e di corrompere le strutture dello Stato, le attività commerciali e finanziarie e la società stessa.

In particolare, per oramai consolidato e convincente orientamento della Suprema Corte, la finalità delle misure di natura patrimoniale (in coerenza con il sistema della prevenzione) è quella di impedire l'utilizzo dei beni illegittimamente acquisiti per

⁷⁹ Così A. CISTERNA, *L'impegno a varare opportuni testi integrativi fa sperare in un corpus normativo più completo*, in *Guida al diritto*, 2011, n. 41, pag. 84. Cfr. anche F. MENDITTO, *La riforma delle misure di prevenzione*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2013, pag. 660.

⁸⁰ P. GIORDANO, *Un passo avanti nell'azione di contrasto alla mafia che avrà certo bisogno di significative integrazioni*, in *Guida al diritto*, 2011, n. 28, pag. 11.

⁸¹ Per un'analisi di sintesi, si veda A. GIARDA, *Un ulteriore sforzo legislativo contro la criminalità organizzata*, in *Corriere del merito*, 2011, 12, pag. 1133 e segg.

⁸² *Amplius*, G. FIANDACA – C. VISCONTI, *Il “codice delle leggi antimafia”: risultati, omissioni e prospettive*, in *Legislazione penale*, 2002, n. 2, pag. 182 e segg. Per un approfondimento sul procedimento, A. BALSAMO, *Codice antimafia*, in *Digesto penale*, Torino, 2014, agg., pag. 89 e segg.; Cfr., L. FILIPPI, *Procedimento di prevenzione*, in *Digesto penale*, Torino, 2014, I agg., pag. 466. Per un verso, le misure di prevenzione si caratterizzano per una spiccata modernità e una capacità anticipatrice, tanto da poter fungere quale modello di riferimento nella costruzione di un sistema europeo di prevenzione patrimoniale; per M.F. CORTESI, *Le misure di prevenzione*, in *Il sistema di prevenzione penale*, a cura di L. FILIPPI – M.F. CORTESI, cit., pag. 11 esse conservano il vizio di fondo costituito dalla “indeterminatezza delle fattispecie di pericolo” che consentono l'applicazione delle misure di prevenzione.

⁸³ Così G. PIGNATONE, *Le recenti modifiche alle misure di prevenzione patrimoniale (l. 125/2008 e l. 94/2009) e il loro impatto applicativo*, in *Scenari di mafia*, a cura di G. FIANDACA – C. VISCONTI, Torino, 2010, pag. 311.

realizzare ulteriori vantaggi⁸⁴. Inoltre, la decisione in argomento ha coniato il principio del c.d. “*anatocismo dell’illecito*”⁸⁵, secondo cui attraverso il reimpiego dei profitti illeciti in attività lecite (svolto al fine di dissimulare la loro origine criminale), si attua, a causa di un *effetto moltiplicatore*, un inquinamento del patrimonio risultato che la normativa mira a impedire. A conclusioni diverse è pervenuta la giurisprudenza⁸⁶ più recente secondo cui, in virtù del generale principio di equità e dell’art. 42 della Costituzione, *nelle ipotesi in cui il reimpiego del denaro, proveniente da fonte sospetta di illiceità penale, avvenga mediante addizioni, accrescimenti, trasformazioni o miglioramenti di beni già nella disponibilità del soggetto medesimo, in virtù di pregresso acquisto del tutto giustificato da dimostrato titolo lecito*, la confisca di prevenzione deve riguardare solo la parte del bene interessata dall’incremento di valore generatosi con il reimpiego patrimoniale dei profitti illeciti. In altre parole, la confisca deve essere limitata alla quota ideale del bene, rapportata al maggior valore assunto per effetto del reimpiego e valutata al momento della confisca medesima

Anche la Corte europea dei diritti dell’uomo⁸⁷, in ragione delle preoccupanti dimensioni assunte dal fenomeno della criminalità organizzata il cui potere (economico di natura illecita) mette in discussione la supremazia del diritto nello Stato, ha riconosciuto l’adeguatezza e l’indispensabilità del sistema delle misure di prevenzione (patrimoniali), escludendo che la procedura relativa alla confisca di prevenzione costituisca una sanzione indeterminata, sproporzionata e contraria all’articolo 1 del Protocollo n. 1 della Convenzione.

Secondo un’autorevole opinione⁸⁸, l’evoluzione degli strumenti di prevenzione in argomento va nella giusta direzione e rappresenta “l’approdo” che rende tali misure “moderne”. Al contrario, altro pensiero ritiene che il legislatore dovrebbe “rimeditare l’opportunità di una così affrettata e poco giustificata estensione della prevenzione patrimoniale”⁸⁹.

⁸⁴ In questi termini, Cass. pen., SS.UU., 29.7.2014, n. 33451, secondo cui *la confisca di prevenzione persegue un più ampio fine di interesse pubblico volto all’eliminazione dal circuito economico di beni di sospetta provenienza illegittima – siccome appartenenti a soggetti abitualmente dediti a traffici illeciti dai quali ricavano i propri mezzi di vita – che sussiste per il solo fatto che quei beni siano andati ad incrementare il patrimonio del soggetto, a prescindere non solo dal perdurare a suo carico di una condizione di pericolosità sociale attuale, ma anche dall’eventuale provenienza dei cespiti da attività sommerse fonte di evasione fiscale. In altri termini la finalità preventiva perseguita con lo strumento ablativo risiede nell’impedire che il sistema economico legale sia funzionalmente alterato da anomali accumuli di ricchezza di cui il soggetto possa disporre per il reimpiego nel circuito economico-finanziario, ragione per la quale devono considerarsi di provenienza illecita anche i redditi acquisiti per effetto dell’evasione fiscale.*

⁸⁵ Cfr., Cass. pen. sez. I, 22.1.2020, n. 12004; Cass. pen., sez. I, 15.6.2017, n. 53636. Cass. pen., sez. I, 13.7.2017, n. 54286.

⁸⁶ Cass. pen., sez. I, 12.2.2020, n. 10888, secondo cui *il provvedimento ablativo può investire il bene nella sua interezza esclusivamente nel caso in cui le migliorie di provenienza illecita abbiano natura e valore preminente, tale da non consentire una effettiva separazione di distinti valori “pro quota”* (Sez. 2, n. 27933 del 15/03/2019, Lampo, Rv. 276211).

⁸⁷ C.e.d.u., sentenza 5 gennaio 2010 (ricorso 4514/2007), Bongiorno.

⁸⁸ Così F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione dopo il c.d. codice antimafia. Aspetti sostanziali e aspetti procedurali – Le misure di prevenzione patrimoniali: profili generali*, in *Giur. It.*, 2015, 6, pag. 1520.

⁸⁹ Per una lettura critica, cfr. G. FIANDACA, *Il sistema di prevenzione tra esigenze di politica criminale e principi fondamentali. Schema di relazione introduttiva*, cit.

Sotto altro profilo, un'altra corrente dottrinale⁹⁰ ha affermato di aver riscontrato “un impoverimento del modello legale della fattispecie penale” che tende a “separare la sanzione dal fatto riconducendola a figure sintomatiche di pericolosità [...] nel contesto di un sistema punitivo orientato al primario obiettivo della efficienza repressiva”.

I Supremi giudici di legittimità⁹¹ hanno poi affermato come “le disposizioni in tema di confisca mirano a sottrarre alla disponibilità dell'interessato tutti i beni che siano frutto di attività illecita o ne costituiscano il reimpiego, senza distinguere se tali attività siano o meno di tipo mafioso”. Appare allora opportuno osservare come tali particolari forme di criminalità da profitto abbiano goduto, in passato, di una zona franca esente da “sanzioni” che ha garantito agli autori la conservazione delle rendite illecite mediante finzioni giuridiche. Emerge, allora, in tutta evidenza la “prospettiva internazionale”⁹² delle misure di prevenzione sempre più ispirate anche a funzioni di ristoro della collettività grazie all'effetto promotore di sviluppo economico e sociale⁹³ correlato all'eliminazione dal circuito criminale del bene confiscato. Proprio verso tale direzione sembrano muoversi le principali riforme che hanno interessato negli ultimi due anni il codice antimafia.

Le misure di prevenzione cessano di svolgere, come ritenuto da alcuni⁹⁴, una funzione semplicemente “vicaria” o addirittura “servente”: in altri termini, un “autentico surrogato della condanna penale”, un rimedio all'incapacità probatoria delle investigazioni nel procedimento diretto al riconoscimento di una responsabilità penale, per assumere finalmente un ruolo centrale nelle strategie di contrasto ai fenomeni criminali quale strumento con funzione “parallela” di rilievo dell'indagine di polizia giudiziaria tradizionale. Diversamente da quanto spesso avviene nelle tradizionali investigazioni di polizia giudiziaria, le indagini finanziarie e patrimoniali permettono di raccogliere elementi probatori e di riscontro obiettivi e inoppugnabili perché fondati su prove documentali che non sono suscettibili di essere distorte ovvero interpretate soggettivamente. Tale particolarità rappresenta viepiù la garanzia che rende il procedimento (patrimoniale) coerente con i canoni del giusto processo⁹⁵ e con le garanzie

⁹⁰ V.N. D'ASCOLA, *Il progressivo sdoppiamento della confisca come risposta dell'ordinamento al fatto reato e come strumento di controllo delle manifestazioni sintomatiche di pericolosità patrimoniale*, in *La giustizia patrimoniale penale*, cit., pag. 126.

⁹¹ Cass. pen. sez. V, 23.3.2018, 20826. Sul punto si veda, D. SIGNORI – A. DINOI, *Sproporzione tra reddito e patrimonio: la dimostrazione di proventi leciti ma non dichiarati al fisco non funge da giustificazione*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2018, 11, 1439.

⁹² F. MENDITTO, *La riforma delle misure di prevenzione*, cit., pag. 672.

⁹³ Così la Risoluzione del Parlamento europeo del 25 ottobre 2011 sulla criminalità organizzata nell'Unione europea (201/2309 (INI)).

⁹⁴ V.N. D'ASCOLA, *Il progressivo sdoppiamento della confisca come risposta dell'ordinamento al fatto reato e come strumento di controllo delle manifestazioni sintomatiche di pericolosità patrimoniale*, in *La giustizia patrimoniale penale*, cit., pag. 132.

⁹⁵ Principio di oralità e del contraddittorio, presenza di un giudice terzo e imparziale, ragionevole durata del processo e obbligo di motivazione. Sul tema, in senso contrario, si veda M. MIRAGLIA, *L'evoluzione del procedimento di prevenzione alla luce delle recenti riforme: l'effettivo varo di un procedimento il “più giusto possibile” o un mero refitting di facciata?*, in *Discrimen*, 28.2.2020; M. MONTAGNA, *Procedimento applicativo delle misure di*

difensive costituzionalmente previste⁹⁶. La suddetta affermazione si fonda su considerazioni di ordine sistematico in virtù delle quali si può pacificamente ritenere che le misure di prevenzione (personali e patrimoniali) siano state sottoposte a un evidente processo di giurisdizionalizzazione e, di conseguenza, a un processo di costituzionalizzazione, al fine di assicurare la tutela delle garanzie difensive⁹⁷. Da un lato, le interpretazioni della Suprema Corte lungo un percorso tassativizzante e, dall'altro, gli interventi della Consulta hanno indotto anche la dottrina⁹⁸ più critica a ritenere che l'istituto della confisca stia acquisendo caratteri compatibili con i principi dello stato di diritto.

Il procedimento di prevenzione, che non può prescindere dall'osservanza delle garanzie proprie del processo ordinario di cognizione (cui è assimilato), è caratterizzato da "principi coessenziali al giusto processo"⁹⁹. Al contrario, altra dottrina¹⁰⁰ ritiene che il procedimento di prevenzione risenta tuttora dell'influenza inquisitoria che caratterizza tutto il sistema della prevenzione. Tali interpretazioni critiche, poi, raccolgono adesioni tra coloro i quali ritengono, ancora oggi e nonostante i diversi arresti giurisprudenziali, che il procedimento di prevenzione sia lontano dai principi del giusto processo e, addirittura, da quelli costituzionali¹⁰¹. Secondo altra opinione¹⁰² "un ordinamento penale giusto deve trovare un esatto punto di equilibrio tra l'efficienza nel tutelare i beni giuridici e le garanzie da riconoscersi ai singoli cittadini".

In termini generali, l'art. 29 del codice antimafia ha codificato il principio di autonomia del procedimento di prevenzione da quello penale. Esso comporta una differente funzione e struttura nonché una diversa modalità di formazione del prova nei rispettivi giudizi: nel primo caso, la pericolosità è espressa mediante condotte che non necessariamente costituiscono reato e che sono localizzate attraverso il concetto di "dimora" della persona, e altresì verificate in un procedimento che, pur se giurisdizionalizzato, vede quali titolari dell'"azione" di prevenzione soggetti diversi; nel

prevenzione e garanzie del giusto processo, in *La giustizia patrimoniale penale*, cit., pag. 441 e segg.; M. PETRINI, *Profili processuali delle misure ablativa fra codice antimafia e giusto processo*, in *Archivio Penale*, 2016, n. 2.

⁹⁶ Sull'argomento, si veda A. CISTERNA, *La natura promiscua della confisca tra misura di sicurezza e sanzione punitiva in rapporto alle nuove tecniche sanzionatorie della criminalità del profitto*, in *La giustizia patrimoniale penale*, cit., pag. 96 e segg.

⁹⁷ In questi termini Cass. pen., SS.UU., 30.11.2017, n. 111 e Cass. pen., SS.UU., 26.06.2014, n. 4880.

⁹⁸ A.M. MAUGERI, [Un ulteriore sforzo della Suprema corte per promuovere uno statuto di garanzie nell'applicazione di forme di confisca allargata: art. 240-bis c.p., irretroattività e divieto di addurre l'evasione fiscale nell'accertamento della sproporzione](#), in *Sist. pen.*, 2020, n. 4, pag. 203.

⁹⁹ Cass. pen., sez. II, 11.11.2009, n. 43250. Cfr. anche A. OCCHIPINTI, *Sul diritto penale della prevenzione: nuovi orizzonti e limiti applicativi*, in *Giurisprudenza penale web*, 2019, n. 12, pag. 10.

¹⁰⁰ A. BARGI, *Il procedimento di prevenzione e i principi del giusto processo*, in *Misure di prevenzione*, a cura di S. FURFARO, cit., pag. 65 e segg.

¹⁰¹ B. MIGLIUCCI, *Sempre più lontani i principi costituzionali e del giusto processo*, in *Guida al diritto*, 2017, n. 49-50, pag. 21.

¹⁰² Per V.N. D'ASCOLA, *Il progressivo sdoppiamento della confisca come risposta dell'ordinamento al fatto reato e come strumento di controllo delle manifestazioni sintomatiche di pericolosità patrimoniale*, in *La giustizia patrimoniale penale*, cit., pag. 126.

secondo caso, a seguito dell'esercizio dell'azione penale, la responsabilità è ricollegata a un determinato fatto-reato oggetto di verifica nel processo¹⁰³.

Sebbene tale "diversità" non possa costituire un alibi per la degradazione delle garanzie processuali, il principio dell'autonomia postula che, anche in assenza di un giudizio positivo circa la responsabilità penale, il giudice della prevenzione possa comunque pervenire a una dichiarazione di pericolosità che può determinare l'emanazione di una misura patrimoniale. Invero, seppure il giudice della misura di prevenzione possa ricostruire in via totalmente autonoma gli episodi storici anche in assenza di procedimento penale, egli è tuttavia vincolato a recepire l'eventuale esito assolutorio non dipendente dall'applicazione di cause estintive tranne che per i fatti storicamente accertati che rivestano carattere di rilievo¹⁰⁴.

Di recente i giudici di legittimità¹⁰⁵, ampliando le ipotesi di valorizzazione dei mezzi probatori derivanti da un procedimento penale, hanno affermato che in tema di misure di prevenzione, il giudice, attesa l'autonomia tra procedimento penale e procedimento di prevenzione, può valutare autonomamente i fatti accertati in sede penale, al fine di giungere ad un'affermazione di pericolosità generica del proposto *ex art. 1, comma 1, lett. b), d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159*, non solo in caso di intervenuta declaratoria di estinzione del reato o di pronuncia di non doversi procedere, ma anche a seguito di sentenza di assoluzione ai sensi dell'art. 530, comma 2, cod. proc. pen., ove risultino delineati con sufficiente chiarezza e nella loro oggettività quei fatti che, pur ritenuti non sufficienti – nel merito o per preclusioni processuali – per una condanna penale ben possono essere posti alla base di un giudizio di pericolosità.

L'applicabilità delle misure patrimoniali di prevenzione è subordinata all'esistenza di alcuni presupposti¹⁰⁶. Sotto un profilo soggettivo, attraverso il rinvio

¹⁰³ In questi termini, Corte cost., 11 luglio 1996, n. 275.

¹⁰⁴ Cass. pen., sez. I, 19.4.2018, n. 43826. Per Cass. pen. sez. V, 31.3.2000, n. 1968, Rv. 216054 *"il giudice della prevenzione è tenuto a utilizzare gli elementi costituiti dai precedenti o dalle pendenze giudiziarie del proposto, con il preciso onere di sottoporre i relativi fatti, ivi compresi quelli che hanno dato luogo a pronunce assolutorie (salvo quelle sul fatto con formula piena), a nuova ed autonoma valutazione, dando atto delle ragioni in virtù delle quali da tali fatti si ritiene di dovere desumere elementi sintomatici per un giudizio di pericolosità sociale"*. Per Cass. pen., sez. V, 17.1.2006, n. 9505, *la totale autonomia dei procedimenti giustifica, secondo radicato insegnamento del Giudice di legittimità, che la stessa pronuncia "pienamente" assolutoria, ed irrevocabile, del soggetto interessato, non comporti automatica esclusione della pericolosità quando la valutazione di tale requisito venga effettuata dal Giudice della prevenzione in base ad elementi distinti, anche se desumibili dai medesimi fatti storici venuti in rilievo nella sentenza. Tuttavia, sebbene l'autonomia dei due procedimenti comporti la possibilità di applicazione dei provvedimenti, personali e/o patrimoniali, anche in contrasto con le conclusioni cui possa pervenire il giudizio penale* (Cass. pen., SS.UU., 3.7.1996, n. 18), il principio non può giungere fino all'irrazionalità delle statuizioni nel senso che l'elemento fattuale già confutato nel corso del processo penale non può in alcun caso assumere valenza indiziaria nel procedimento di prevenzione.

¹⁰⁵ Cass. pen., sez. II, 6.6.2019, n. 31549; per gli ermellini, il giudice della prevenzione, ai fini del giudizio di pericolosità, può valutare sia materiale probatorio derivante da processi penali già conclusi, sia quello acquisito nel corso di indagini non sottoposto alla valutazione di un giudice penale o che vede pendente il relativo giudizio. Cass. pen., sez. I, 6.2.2018, n. 5286 richiede un *puntuale esame critico* delle circostanze di fatto valutate come insufficienti nel processo penale ma poste alla base di una valutazione di pericolosità sociale.

¹⁰⁶ Sull'argomento, cfr. F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione dopo il c.d. codice antimafia. Aspetti sostanziali e*

all'articolo 4, l'articolo 16 del codice antimafia realizza in astratto la piena coincidenza tra i destinatari di una misura personale e quelli cui è possibile applicare una misura patrimoniale¹⁰⁷,

Invero, limitatamente alla categoria di cui alla lettera *i-ter* dell'art. 4, l'applicabilità di una misura di prevenzione patrimoniale appare oggettivamente impraticabile. Per un verso, si tratta di fattispecie delittuose che non determinano alcun illecito arricchimento e alle quali, per altro verso, la disposizione di cui all'articolo 16, comma 2, C.A.M., che prevede la confisca dei beni che possono agevolare le attività di chi commette delitti in materia di manifestazioni sportive, non può essere applicata (come invece ipotizzato da autorevole dottrina¹⁰⁸ in virtù del divieto di analogia in "*malam partem*". Diversamente argomentando, tale misura sarebbe suscettibile di annullamento proprio a causa della violazione dei principi di tassatività e di sufficiente determinatezza, che sono stati già censurati sia dalla Corte E.d.u. sia dalla Consulta.

Si deve dunque ritenere che per estendere la misura in esame anche agli indiziati dei delitti di maltrattamenti in famiglia e di atti persecutori sia necessario un intervento normativo che espressamente preveda tale ipotesi.

L'anamorfofi del processo di prevenzione ha poi consacrato i principi dell'applicazione disgiunta e dell'indipendenza delle misure personali da quelle reali¹⁰⁹.

In linea generale, il giudizio di pericolosità (presupposto applicativo di carattere generale) si fonda su più pilastri (rivolti verso le azioni passate e verso quelle attuali e correlati a specifiche condotte devianti indicatrici di un percorso di vita antisociale) e

aspetti procedurali – Le misure di prevenzione patrimoniali: profili generali, in *Giur. It.*, 2015, 6, pag. 1520.

¹⁰⁷ Cioè a coloro i quali sono caratterizzati da pericolosità c.d.:

- a. "qualificata" [art. 4 co.1, lett. a) e b)];
- b. "generica" [art. 1, limitatamente alle categorie previste dalle lettere b) e c), alla luce della sentenza della Corte Costituzionale 27 febbraio 2019, n. 24];
- c. "connessa a fenomeni sovversivi" [art. 4 co.1, lett. d) prima parte, e), f), g) e h)];
- d. "connessa a episodi di violenza in occasione o a causa di manifestazioni sportive" [art. 4 co.1, lett. i)];
- e. "connessa a finalità terroristiche ovvero derivante dall'essere un c.d. «combattente all'estero»" (art. 4 co.1, lett. d) seconda parte);
- f. "connessa a fattispecie di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche e a reati associativi finalizzati alla commissione di delitti contro la p.a." [art.4 co.1, lett. i-bis)];
- g. "connessa al reato di maltrattamenti in famiglia e a quello di atti persecutori" [art. 4 co.1, lett. i-ter)].

¹⁰⁸ Per F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione e la confisca allargata*, Milano, 2017, p. 43, "con riferimento agli indiziati del delitto di cui all'art. 612-bis c.p., per il quale non ricorre una pericolosità che comporti illecito arricchimento, si può procedere a sequestro e confisca dei soli beni ricollegabili a tale pericolosità proprio prendendo spunto dall'articolo 16, comma 2. Al contrario, in due distinti procedimenti di prevenzione, il Tribunale di Venezia – Sezione distrettuale delle misure di prevenzione – pur disponendo la misura personale, ha rigettato due richieste di sequestro finalizzato alla confisca a carico di altrettanti soggetti indiziati di atti persecutori. Nel primo procedimento (n. 50/2019 M.P. del 13.1.2020 inedito), i giudici hanno rilevato un "difetto di coordinamento" normativo perché il legislatore del 2017 nell'introdurre all'art. 4, comma 1, la lettera *i-ter*) non ha contestualmente aggiornato l'art. 16, comma 2. Nel secondo caso, il medesimo Tribunale (n. 3/2020 del 27.1.2020 inedito) ha espressamente affermato che la disciplina speciale di confisca prevista dall'art. 16 è applicabile unicamente ai soggetti indicati dalla sola lett. i) dell'art. 4, comma 1 e che la confisca dei beni deve essere considerata ammissibile solo laddove espressamente prevista dalla Legge.

¹⁰⁹ Articolo 18 d.Lgs. n.159/2011. Sull'argomento, cfr. F. MENDITTO, *Misure di prevenzione, personali e patrimoniali, e compatibilità con la Cedu*, in *Questione Giustizia*, 28 novembre 2013.

sfocia in una valutazione prognostica negativa circa la commissione di futuri comportamenti contrari alla civile convivenza¹¹⁰. In materia di misure patrimoniali, l'originario prerequisite dell'attualità della pericolosità è stato sostituito da una sua verifica incidentale all'interno dell'autonomo procedimento finalizzato alla confisca¹¹¹. Secondo un'autorevole dottrina¹¹², ciò ha determinato la trasformazione del giudizio di pericolosità, prima incentrato sul soggetto ora fondato sull'acquisizione illecita del bene da parte di persona pericolosa quando quest'ultima era tale.

Nell'ambito del dibattito sul sistema prevenzionale, si è inserito anche l'iter legislativo di riforma del Codice antimafia che si è concluso con la Legge 17 ottobre 2017, n. 161¹¹³. L'intervento normativo ha suscitato pareri discordanti, soprattutto tra gli operatori del diritto¹¹⁴.

Invero, sul tema, già la giurisprudenza¹¹⁵ aveva offerto una significativa spinta innovativa, estendendo la confisca di prevenzione ai corrotti, ai bancarottieri e ai crimini dei c.d. colletti bianchi nel caso in cui l'attività illecita si fosse caratterizzata in termini di

¹¹⁰ Per Cass. pen., sez. I, 11.2.2014, n. 23641, *il soggetto coinvolto in un procedimento di prevenzione viene ritenuto "pericoloso" o "non pericoloso" in rapporto al suo precedente agire (per come ricostruito attraverso le diverse fonti di conoscenza) elevato ad "indice rivelatore" della possibilità di compiere future condotte perturbatrici dell'ordine sociale costituzionale o dell'ordine economico e ciò in rapporto all'esistenza di precise disposizioni di legge che "qualificano" le diverse categorie di pericolosità.*

¹¹¹ Cass. pen., sez. I, 11.2.2014, n. 23641, cit., fa riferimento a un'immanente pericolosità del bene che si sostanzia nella sua capacità di far godere all'utilizzatore i benefici legati al suo possesso.

¹¹² Così F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione dopo il c.d. codice antimafia. Aspetti sostanziali e aspetti procedurali – Le misure di prevenzione patrimoniali: profili generali*, in *Giur. It.*, cit.

¹¹³ Sull'argomento, si veda, C. VISCONTI, *Codice antimafia: luci e ombre della riforma*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2018, 2, 145; S. FINOCCHIARO, [La riforma del codice antimafia \(e non solo\): uno sguardo d'insieme alle modifiche appena introdotte](#), in *Dir. pen. cont.*, 10/2017, pag. 251 e segg.; G. AMATO, *Misure cautelari reali: il Legislatore rafforza sequestro e confisca*, in *Guida al diritto*, 2017, n. 49-50, pag. 33. Per una breve analisi degli interventi normativi in materia, F. MENDITTO, *Novità in tema di misure di prevenzione*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2017, pag. 671 e segg., secondo cui le misure di prevenzione si sono trasformate da strumenti di controllo del disagio sociale a istituti rivolti prevalentemente a prevenire illeciti guadagni della criminalità eliminando i relativi beni. Per un primo commento, si veda F. ROBERTI – M. V. DE SIMONE, [Osservazioni a margine dei lavori del Senato sull'iter di approvazione dell'A.S. n. 2134 recante modifiche al codice delle leggi antimafia. La posizione della procura nazionale](#), in *Dir. pen. cont.*, 28.6.2016.

¹¹⁴ Per un primo commento positivo, F. MENDITTO, [Verso la riforma del d.Lgs. n. 159/2001 \(cd. Codice antimafia\) e della confisca allargata](#), in *Dir. pen. cont.*, 22.12.2015. Per A. BALSAMO – P. MATTARELLA, *Codice antimafia (riforma del)*, in *Digesto Penale*, 2018, X agg., pag. 41, la novella "configura il sistema delle misure di prevenzione personali e patrimoniali in termini di concorrenza rispetto all'area di rilevanza penale delle condotte"; Per A. BALSAMO – G. LUPARELLO, *La riforma del codice antimafia*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2018, pag. 649, la riforma può far compiere un vero e proprio salto di qualità sul piano della considerazione internazionale della realtà giudiziaria italiana, sebbene si renda necessario un organico disegno riformatore diretto a realizzare un "giusto processo di prevenzione", rafforzare la tutela dei diritti e modernizzare le prescrizioni. N. DI MATTEO, *Confiscare i beni ai corrotti sarebbe una svolta epocale*, *Il Fatto Quotidiano*, 3.5.2017, pag. 6, l'ha paragonata alla Legge Rognoni – La Torre, definendola una svolta di eccezionale portata mentre A.M. MAUGERI, *La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della l. 161/2017 tra istanze efficientiste e tentativi incompiuti di giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione*, in *Archivio Penale*, 2018, supplemento 1, pag. 377, ne ha evidenziato – seppur tra alcuni profili positivi – l'esperto potenziamento degli strumenti patrimoniali come strategia vincente nella lotta a qualunque forma di criminalità, anche se a scapito delle garanzie della materia penale.

¹¹⁵ Sull'argomento, si veda Cass. pen., sez. I, 24.3.2015, n. 31209.

delitto produttivo di reddito e il vivere abitualmente, anche in parte, dei proventi di attività delittuose avesse presupposto la verifica circa:

- a. la realizzazione di attività delittuose non episodica bensì lungo un significativo intervallo temporale della vita del proposto;
- b. la realizzazione di attività delittuose produttive di reddito illecito (il provento);
- c. la destinazione, almeno parziale, di tali proventi al soddisfacimento dei bisogni di sostentamento della persona e del suo eventuale nucleo familiare.

La giurisprudenza era giunta a tale conclusione ritenendo che le condotte elusive degli obblighi contributivi, massive e continuative, realizzassero un vantaggio economico che poteva essere incluso all'interno del concetto di "provento di delitto"¹¹⁶. Anche la dottrina più moderna¹¹⁷ ha considerato positivamente l'estensione delle misure patrimoniali nei confronti di chi vive di corruzione, di concussione, di delitti in materia economica, tributaria e fiscale, giungendo a sostenere che l'applicazione della confisca di prevenzione anche a tali tipologie di delitti costituisce "l'approdo delle misure di prevenzione"¹¹⁸. In tale solco, s'inserisce, poi, la questione dell'inopponibilità al sequestro/confisca (di prevenzione) dei proventi derivanti da evasione fiscale¹¹⁹. Anche nel caso di specie, le sezioni unite della Corte di Cassazione¹²⁰ avevano riaffermato il granitico, consolidato principio secondo cui era legittimo il provvedimento di confisca di beni anche quando essi fossero frutto di evasione fiscale¹²¹, poiché le disposizioni sulla confisca mirano a sottrarre dal circuito criminale tutti i beni che siano frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego, senza distinguere se tali attività siano o meno di tipo mafioso¹²². Nel caso della confisca allargata, invece, l'opponibilità dei redditi occultati al fisco derivava dalla circostanza che essi erano considerati geneticamente leciti, poiché l'illecito era successivo alla produzione del reddito, purché provenienti da attività lecite e comprovate nella loro consistenza¹²³.

¹¹⁶ Cass. pen., sez. I, 23.7.2013, n. 32032.

¹¹⁷ Sull'argomento, cfr. F. MENDITTO, *Le confische nella prevenzione e nel contrasto alla criminalità "da profitto" (mafie, corruzione, evasione fiscale)*, in *Dir. pen. cont.*, 2.2.2015.

¹¹⁸ F. MENDITTO, *Verso lo statuto della confisca di prevenzione*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2015, pag. 654.

¹¹⁹ Per Procura della Repubblica presso il Tribunale di Lanciano, 12 giugno 2012, disponibile su [Dir. pen. cont.](#), può essere configurata la figura dell'evasore fiscale socialmente pericoloso, cioè di colui che manifesta una personalità dedita all'evasione fiscale, continua e ripetuta, che rappresenta uno stile di vita, perciò dedito a traffici delittuosi ovvero che vive col provento di questa attività delittuosa.

¹²⁰ Cass. pen., SS.UU., 29.5.2014, n. 33451. In senso conforme, si veda Cass. pen., sez. V, 22.11.2013, n. 8441.

¹²¹ Cass. pen., sez. I, 17.5.2013, n. 39204 (dep. 23 settembre 2013) Rv. 256140. Sul tema, cfr. A. QUATTROCCHI, *Misure di prevenzione – la sproporzione dei beni nella confisca di prevenzione tra evasione fiscale e pericolosità sociale*, in *Giur. It.*, 2015, 3, pag. 710; cfr. anche F. MENDITTO, *La rilevanza dei redditi da evasione fiscale nella confisca di prevenzione e nella confisca "allargata"*, in *Dir. pen. cont.*, 9.3.2014.

¹²² In senso contrario, si veda G. CIVELLO, *La confisca di prevenzione come "nuova pena"*, in *Le associazioni di tipo mafioso*, cit., pag. 235, secondo cui tale orientamento "comporta una sorta di sviamento dalla funzione propria della confisca di prevenzione".

¹²³ A.M. MAUGERI, *La confisca allargata: dalla lotta alla mafia alla lotta all'evasione fiscale*, in *Dir. pen. cont.*, 9.3.2014.

Secondo i Supremi giudici di legittimità¹²⁴, l'inopponibilità alla confisca di prevenzione dei proventi derivanti da evasione fiscale derivava dalla finalità preventiva della misura ablativa, che consiste nell'impedire che il sistema economico legale sia inquinato da ricchezza illecita. Nel secondo caso, invece, l'opponibilità dei redditi sottratti al fisco risultava coerente con la struttura normativa dell'istituto.

Al riguardo, il Legislatore nella Legge di riforma, recependo sia il consolidato orientamento della Suprema Corte di Cassazione¹²⁵ sia il suggerimento pervenuto dalla Commissione Fiandaca, ha modificato l'articolo 24 del d.Lgs. n. 159/2011 stabilendo espressamente che: *"in ogni caso il proposto non può giustificare la legittima provenienza dei beni adducendo che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego dell'evasione fiscale"*¹²⁶.

Tale soluzione è stata imposta dalle finalità dell'istituto che mira a colpire i proventi di attività criminose ma "non a sanzionare la condotta di infedele dichiarazione dei redditi, che si colloca in un momento successivo rispetto a quello della produzione del reddito, e per la quale soccorrono specifiche previsioni in materia tributaria"¹²⁷.

La Suprema Corte ha poi chiarito ogni dubbio circa un'ipotizzata identica struttura normativa tra confisca c.d. "allargata" e confisca di prevenzione, precisando che si tratta di provvedimenti ablatori che agiscono in campi diversi e che presentano diverse latitudini operative¹²⁸.

¹²⁴ Cass. pen., SS.UU., 29.5.2014, n. 33451, *la confisca di prevenzione persegue un più ampio fine di interesse pubblico rispetto alla confisca ex art. 12-sexies d.l. n.306/1992, convertito con modificazioni dalla Legge n. 356/1992*. Cfr. Cass. pen., sez. V, 16.5.2014, n. 32353. Sull'argomento si registrava un solo orientamento opposto che sosteneva la radicale equiparazione e la totale sovrapposibilità tra i due generi di confisca poiché entrambi per un verso prescindono da una valutazione sull'attuale pericolosità sociale del soggetto destinatario del provvedimento di natura reale incidente sul suo patrimonio, prevedendo come comune presupposto per l'applicazione della confisca l'esistenza di una "sproporzione" tra il valore dei beni posseduti, direttamente o indirettamente, dall'interessato, e i redditi risultanti dalle dichiarazioni fiscali ovvero comunque ragionevolmente riconducibili alle attività economiche esercitate; inoltre, in entrambi i casi attraverso l'effetto ablativo dei beni l'ordinamento persegue l'obiettivo di evitare che il sistema economico legale sia funzionalmente alterato da anomali accumuli di ricchezza; la medesima Corte aveva poi ribadito che la "comunanza strutturale, ontologica e funzionale" dei due istituti, pur nella diversità dei rispettivi presupposti applicativi, è stata, infine, riconosciuta da un recentissimo e condivisibile arresto della Suprema Corte, secondo cui la differenza tra la "confisca di prevenzione" e la "confisca penale allargata" riguarda esclusivamente la percezione e la ricostruzione di uno dei presupposti applicativi, non il modo di atteggiarsi e le finalità del sequestro e della confisca, che restano pienamente coincidenti (cfr. Cass., sez. I, 20 maggio 2014, n. 1528).

¹²⁵ In senso contrario, si veda Cass. pen., sez. VI, 24.5.2012, n. 44512.

¹²⁶ La novella ha eliminato definitivamente qualsiasi alibi a quella corrente interpretativa che in passato, riguardo alla rilevanza o meno dell'evasione fiscale, aveva affermato che *al fine di valutare la legittima provenienza dei beni di cui il condannato risulti avere la disponibilità in misura sproporzionata rispetto al proprio reddito, si debba tener conto di tutte le fonti lecite di produzione del patrimonio, "sia che esse siano costituite dal reddito dichiarato ai fini fiscali, sia che provengano dall'attività economica svolta, benché non evidenziate, in tutto o in parte, nella dichiarazione dei redditi"* Così Cass. pen., sez. I, 5.11.2013, n. 9678; Cass. pen., sez. VI, 15.12.2011, n. 21265; Cass. pen., sez. VI, 28.11.2012, n. 49876.

¹²⁷ Cass. pen., Sez. VI, 31.5.2011, n. 29926.

¹²⁸ In senso concorde, V.N. D'ASCOLA, *Il progressivo sdoppiamento della confisca come risposta dell'ordinamento al fatto-reato e come strumento di controllo delle manifestazioni sintomatiche di pericolosità "patrimoniale"*, in *La giustizia patrimoniale penale*, cit. pag. 171. Per un'opinione critica sulla decisione della Suprema Corte, si veda M. DI LELLO FINUOLI, [La torsione della confisca di prevenzione per la soluzione del problema dell'evasione fiscale](#), in

Al riguardo, autorevole dottrina¹²⁹ ha ritenuto le argomentazioni della Suprema Corte assolutamente condivisibili trattandosi in entrambi i casi di forme di confisca fondate su una duplice presunzione come tutte le forme di confisca allargata riconducibili al modello della “confisca dei beni di sospetta origine illecita. La confisca c.d. “allargata” ha come presupposto la sola condanna del soggetto a carico del quale è chiesta l’ablazione. Senza che sia necessario accertarne la sua attitudine criminale. Anche con riferimento a tale ultimo strumento ablatorio¹³⁰, il Legislatore del 2017, in linea con quanto disposto per la confisca di prevenzione e superando l’interpretazione della giurisprudenza di legittimità che affermava l’opponibilità da parte del destinatario della misura patrimoniale dei redditi sottratti al fisco¹³¹, ha espressamente escluso che la legittima provenienza dei beni possa essere giustificata sostenendo che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego di evasione fiscale¹³². Da ultimo, i giudici di legittimità¹³³ hanno chiarito che l’inopponibilità dell’evasione fiscale non ha effetto retroattivo e che il divieto probatorio (cui deve attribuirsi natura procedimentale) non si applica alle ricostruzioni patrimoniali antecedenti alla riforma del 2017 in virtù della generale previsione dell’art. 11 delle preleggi.

Sull’argomento, anche i Giudici della Consulta¹³⁴ hanno intravisto, sottesa sia alla confisca di prevenzione sia a quella c.d. allargata, la “medesima finalità”. Esse in pratica, costituiscono altrettante *species* di un unico *genus* che è rappresentato dal fatto che risorse economiche, sproporzionate e non giustificate, rinvenute in capo al condannato o al proposto derivino dall’accumulazione di illecita ricchezza che talune categorie di reato sono ordinariamente idonee a produrre¹³⁵. Applicando tale principio, in seguito, la

Dir. pen. cont. – Riv. trim., in, 1/2015, pag. 282 e segg., secondo cui la giurisprudenza ha operato una strumentalizzazione della confisca ante delictum a fini del tutto diversi da quelli preventivi.

¹²⁹ A.M. MAUGERI, [La confisca di prevenzione dinanzi alla Corte Costituzionale: ritorna la confisca ex art. 12-sexies d.l. 306/1992 come tertium comparationis](#), in *Dir. pen. cont.*, 11.2.2015.

¹³⁰ *Amplius*, G. AMATO, *Confisca allargata ai beni dell’imputato di dubbia provenienza*, in *Guida al diritto*, 2017, n. 49-50, pag. 45.

¹³¹ A.M. MAUGERI, *Le misure di prevenzione dopo il c.d. codice antimafia. Aspetti sostanziali e aspetti procedurali. La confisca di prevenzione: profili controversi nella più recente giurisprudenza*, in *Giur. It.*, 2015, 6, pag. 1520, ritiene paradossale tale differenziazione, sostenendo che essa attribuisce carattere punitivo alla confisca di prevenzione.

¹³² Per C. FORTE, [Il “nuovo” codice antimafia e la tutela dei terzi](#), in *Dir. pen. cont.*, n.11/2017, pag. 153, la novella aveva consegnato una confisca allargata geneticamente modificata e sempre più affine a quella di prevenzione, dalla quale appare separata ormai – oltre che dalle perduranti differenze di tipo procedimentale – unicamente dalla necessità o meno di una sentenza di condanna per uno dei reati presupposti e dalla limitazione al solo requisito della sproporzione tra beni e profili reddituali, rimanendo un proprium del sistema prevenzionale il presupposto della derivazione del cespite quale frutto o reimpiego di attività illecite.

¹³³ Cass. pen., sez. I, 11.10.2019, n.1778. per un commento, A.M. MAUGERI, *Un ulteriore sforzo della Suprema corte per promuovere uno statuto di garanzie nell’applicazione di forme di confisca allargata: art. 240-bis c.p., irretroattività e divieto di addurre l’evasione fiscale nell’accertamento della sproporzione*, cit.

¹³⁴ Corte cost. 24 gennaio 2019, n. 24. Corte cost., 8 novembre 2017, n. 33.

¹³⁵ Per Cass. pen., sez. V, 9.2.2017, n.6067, per procedere alla confisca, il mero status di evasore fiscale non è sufficiente posto che il fenomeno della sottrazione agli adempimenti tributari (e contributivi), è indubbiamente illecito in tutte le sue forme ma dà però adito a diverse risposte da parte dell’ordinamento: a sanzioni di carattere amministrativo ed anche a sanzioni penali, ma distinguendosi ipotesi contravvenzionali e ipotesi delittuose. Solo queste ultime soddisfano i requisiti posti dagli artt. 1 e 4 del codice delle misure di prevenzione.

Suprema corte¹³⁶ ha precisato che in materia di reati fiscali, ai fini dell'art. 1 lett. b) del D.Lgs. n. 159/2011, non rilevano tutti quegli illeciti che si traducono in un mero risparmio di imposte su redditi leciti [...] senza generare alcun reddito.

Una dottrina¹³⁷ ha criticato la modifica legislativa che ha ribaltato il granitico orientamento della giurisprudenza di legittimità, ritenendo che la nuova disposizione esuli dalle finalità della norma perché finisce con il sanzionare la infedele dichiarazione dei redditi (che si colloca in un momento successivo a quello della produzione del reddito) e non già le attività criminose.

Da un lato, la confisca di cui all'art. 240-*bis* c.p. (*ex* articolo 12-*sexies* d.l. n. 306/92), misura di sicurezza atipica con funzione anche dissuasiva, parallela all'affine confisca di prevenzione¹³⁸, presuppone l'accertamento giudiziale della commissione di un reato tipico in grado di generare ricchezza; dall'altro, la confisca di prevenzione prescinde da tale accertamento e, per di più, prevede l'ipotesi (assente nel primo caso) che la sproporzionata ricchezza che si presume illegale (e della quale non sia stata data legittima giustificazione) sia frutto di attività illecite oppure ne costituisca il reimpiego¹³⁹.

La confisca c.d. allargata è caratterizzata, per un verso, da una funzione special-preventiva (tipica di ogni misura di sicurezza patrimoniale) e, per altro verso, da una funzione di prevenzione diretta a evitare il perpetuarsi di ricchezza illecita¹⁴⁰. Al riguardo, in maniera ineccepibile e corretta, la Suprema Corte ha fondato tale assunto sulla sussistenza del pregnante, ulteriore e imprescindibile presupposto della pericolosità sociale del soggetto interessato dalla misura. Il legislatore del 2017, prima, e quello del 2018, poi, ha assottigliato le distanze tra confisca di prevenzione e confisca allargata¹⁴¹. Da ultimo, l'articolo 6, comma 1, D.Lgs. 1.3.2018, n.21 ha inserito l'articolo

¹³⁶ Cass. pen., sez. VI, 21.9.2017, n.53003. Cfr. Cass. pen. sez. I, 14.12.2017, n.12374, secondo cui *in tema di misure di prevenzione patrimoniali, il mero status di evasore fiscale non è sufficiente ai fini del giudizio di pericolosità generica che legittima l'applicazione della confisca, considerato che i requisiti di stretta interpretazione necessari per l'assoggettabilità a tale misura sono indicati dagli articoli 1 e 4 D.Lgs. n. 159 del 2011, e concernono i soggetti abitualmente dediti a traffici delittuosi e che vivano abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose, requisiti non automaticamente e necessariamente sovrapponibili all'evasore fiscale, in sé e per sé considerato.*

¹³⁷ C. MINNELLA, *Confisca allargata non a misura Cedu, pronte le modifiche*, in *Guida al diritto*, 2017, n. 49-50, pag. 82, ha affermato che la norma conferma la tendenza del legislatore a utilizzare le confische come strumento per punire l'evasione fiscale (senza tuttavia assicurare le relative garanzie previste dal codice di procedura penale).

¹³⁸ Per Cass. pen., SS.UU., 17.12.2003, n. 920. Cfr., anche, F. SCUDIERO, *La confisca allargata. Caratteristica e limiti di configurabilità*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2012, 10, pag. 1272. S. FURFARO, *La confisca per equivalente tra norma e prassi*, in *Giur. It.*, 2009, 8-9, pag. 2079 e segg.

¹³⁹ Negli stessi termini, cfr. F. MENDITTO, *La confisca allargata o per sproporzione di cui all'art. 12-*sexies* d.l. n. 356/92, conv. dalla l. n. 356/92*, in *Questione Giustizia*, 16.12.2014.

¹⁴⁰ Per S. MASI, *In tema di confisca "allargata": la cassazione torna sul giudicato esecutivo*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2015, 12, pag. 1506 (nota a sentenza), la Corte Costituzionale, 1 aprile 2009, n. 97, seppure con riferimento alla confisca per equivalente, ha ricondotto l'istituto a una misura di sicurezza atipica avente carattere eminentemente sanzionatorio con un'evidente connotazione prevalentemente afflittiva, che comporta l'inapplicabilità a tale misura patrimoniale del principio generale dell'art. 200 cod. pen., secondo cui le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione.

¹⁴¹ Per S. NOTARO, *La confisca allargata alla luce della riforma del codice antimafia: verso una misura praeter probationem delicti?*, in *Riv. Cammino Dirit.*, 6, 2019, *la confisca allargata sembra assimilabile a quella di prevenzione*

240-bis del codice penale ove è stato interamente trasfuso l'articolo articolo 12-sexies d.l. n. 306/92, convertito dalla Legge 7.8.1992, n. 356.

Di recente, il Giudice delle Leggi¹⁴² ha evidenziato che *la misura patrimoniale prevista dalla norma in argomento si colloca nell'alveo delle forme "moderne" di confisca alle quali, già da tempo, plurimi Stati europei hanno fatto ricorso per superare i limiti di efficacia della confisca penale "classica"*¹⁴³. In altri termini, in presenza di determinate condizioni, si presume, cioè, che il condannato abbia commesso non solo il delitto che ha dato luogo alla condanna, ma anche altri reati, non accertati giudizialmente, dai quali deriverebbero i beni di cui egli dispone. Purtroppo, secondo una dottrina¹⁴⁴, la scelta del Legislatore di introdurre il nuovo articolo 240-bis del cod. pen. è apparsa fortemente discutibile perché la novella del 2017 era stata considerata un intervento di ampio respiro che consentiva di colpire la dimensione economica e collettiva dei più gravi fenomeni criminali mediante misure mirate, distinte dalla pena detentiva ma circondate da analoghe garanzie processuali.

Senza dubbio, l'ultimo intervento legislativo ha comportato un'assimilazione tra la confisca allargata e le misure patrimoniali assicurando, così, strumenti sempre più efficaci al sistema di contrasto alla dimensione economico-finanziaria del crimine organizzato. Il percorso di riforma del codice antimafia volto alla ricerca di un equilibrio tra efficacia del sistema della prevenzione ed esigenze di garanzia è proseguito con:

- a. il d.l. 4 ottobre 2018 n.113, convertito dalla Legge 1 dicembre 2018, n. 132;
- b. il d.l. 14 giugno 2019, n. 53, convertito dalla legge 8 agosto 2019, n. 77;
- c. la Legge 19 luglio 2019, n. 69.

e di conseguenza prende le distanze dal modello elaborato dall'art. 240 c.p. Difatti, tale forma di ablazione risulta anch'essa basata sul superamento della necessità di un nesso di derivazione della ricchezza che deve essere confiscata, dal fatto di reato e si fonda sul meccanismo presuntivo della mancata giustificazione della provenienza dei beni; dei quali il soggetto, autore del reato, risulta avere la disponibilità e che presentano un valore sproporzionato rispetto all'attività lavorativa ed economica da costui svolta. Quanto ai presupposti applicativi, la misura de qua è analoga a quella codicistica, si tratta infatti di confisca post delictum, che presuppone un accertamento di responsabilità, ed è applicata obbligatoriamente in caso di condanna o "patteggiamento" per uno dei gravi reati che sono indicati dalla norma. In origine legati all'ambito di azione della criminalità organizzata, poi progressivamente aumentati fino ad includervi anche reati estranei a tale ambito.

¹⁴² Corte cost., 8 novembre 2017, n. 33, secondo cui la confisca "allargata" italiana si caratterizza, quindi, rispetto al modello di confisca "estesa" prefigurato dalla direttiva 2014/42/UE, per il diverso e più ridotto standard probatorio. La norma si colloca nella cornice del generale processo di valorizzazione degli strumenti patrimoniali di lotta alla criminalità organizzata, da qualche tempo in atto a livello dell'Unione.

¹⁴³ Cfr. Cass. pen. SS.UU. 17.12.2003, n. 920, per la quale *la disposizione in esame si presenta espressiva di una «scelta di politica criminale del legislatore, operata con l'individuare delitti particolarmente allarmanti, idonei a creare una accumulazione economica, a sua volta possibile strumento di ulteriori delitti, e quindi col trarne una presunzione, iuris tantum, di origine illecita del patrimonio "sproporzionato" a disposizione del condannato per tali delitti»: presunzione che trova «base nella nota capacità dei delitti individuati dal legislatore [...] ad essere perpetrati in forma quasi professionale e a porsi quali fonti di illecita ricchezza».*

¹⁴⁴ A. BALSAMO – P. MATTARELLA, *Sequestro preventivo e confisca ex art. 12-sexies*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2019, pag. 572.

Con riferimento modifiche al codice antimafia introdotte con il primo dei decreti sopra indicati, alcuni commentatori¹⁴⁵ ne hanno evidenziato la “marginalità”, altri¹⁴⁶ ne hanno invece sottolineato il rilievo. Invero, sotto un profilo prettamente operativo, la disposizione normativa ha introdotto importanti novità che hanno annullato il tentativo di depotenziamento del ruolo dell’Autorità tecnica di p.s. all’interno dell’articolato sistema prevenzionale. L’articolo 24 del d.l. n. 113/2018 ha riscritto il comma 3-bis dell’articolo 17 del testo unico antimafia – rubricato “titolarità della proposta” – con il chiaro intendimento di restituire centralità alla figura del Questore in un sistema di prevenzione nel quale i titolari del potere di proposta sono collocati in posizione paritetica e di favorire il coordinamento degli organi competenti. La legge n. 161 del 2017 contemplava un sistema di obblighi di comunicazione in capo al Questore e al Direttore della D.I.A. nei confronti del Procuratore della Repubblica distrettuale, al quale l’ordinamento riconosce un’importante funzione di raccordo informativo in materia di misure di prevenzione patrimoniali. La previsione dei citati oneri comunicativi aveva inciso in maniera rilevante sugli equilibri esistenti nel nostro ordinamento e, in particolare, sull’autonomia delle funzioni, ancorché concorrenti, riservate rispettivamente all’Autorità giudiziaria e all’Autorità di pubblica sicurezza.

In tale ottica, il d.l. n. 113/2018, pur continuando a riconoscere in capo al Procuratore della Repubblica distrettuale la fondamentale funzione di coordinamento informativo in materia di misure di prevenzione patrimoniali, ha innovato la disciplina complessiva degli oneri di comunicazione previsti dal citato comma 3-bis dell’art. 17.

In secondo luogo, il Legislatore è intervenuto sulla lettera c) dell’articolo 17 citato prevedendo che la comunicazione della proposta al Procuratore della repubblica presso il Tribunale del capoluogo del distretto – da fornire almeno dieci giorni prima della sua presentazione al Tribunale – sia “sintetica”.

Inoltre, è stata eliminata la “sanzione” dell’inammissibilità della proposta, nel caso di mancata presentazione entro il termine previsto nel precedente capoverso, ed è stato contestualmente introdotto l’onere per il Procuratore della Repubblica distrettuale, nei dieci giorni successivi alla comunicazione della proposta, di informare l’Autorità proponente dell’eventuale sussistenza di pregiudizi per le indagini preliminari. In questi casi, l’A.G. e il Questore o il Direttore della D.I.A. potranno concordare modalità per la presentazione congiunta della proposta, già proficuamente sperimentate in varie realtà territoriali. Al riguardo, una dottrina¹⁴⁷ ha definito la modifica normativa “una *par condicio* che introduce un’inedita simmetria tra organismi amministrativi e autorità giurisdizionale”, che è stata ritenuta “costretta” a una cooperazione nel momento della proposta di prevenzione.

¹⁴⁵ A. CISTERNA, *Politiche securitarie, alcune disposizioni andrebbero ripensate*, in *Guida al diritto*, 2018, n. 44, pag. 98, il quale ha definito il provvedimento normativo “un coacervo di norme e un manifesto programmatico” delle politiche securitarie del Governo.

¹⁴⁶ G. MENTASTI, [Decreto-sicurezza: i profili penalistici](#), in *Dir. pen. cont.*, 25.10.2018.

¹⁴⁷ A. CISTERNA, *Politiche securitarie, alcune disposizioni andrebbero ripensate*, in *Guida al diritto*, cit. pag. 98.

Un'affermazione che rivela una diffidenza verso il legittimo ruolo svolto da Autorità dello Stato che ordinariamente assumono la responsabilità di garantire la sicurezza dei cittadini e di assicurare che tutto avvenga senza che nulla accada.

3. La diffidenza di parte della dottrina verso il ruolo essenziale del Questore e delle indagini di Polizia.

La dicotomia tra sicurezza e libertà ha rafforzato nel tempo le prospettive di alcune tesi che hanno cercato di sminuire l'efficacia del sistema delle misure di prevenzione attribuendo a queste ultime un effetto criminogeno, quasi che la causa di condotte delittuose e violente non sia la conseguenza di consapevoli e libere scelte di soggetti che hanno aderito a regole criminali di vita bensì il portato delle azioni e delle contromisure che l'ordinamento ha predisposto per difendere la comunità. Fino a richiedere, nel corso della fase prognostica comportamentale (circa la probabilità di una recidiva nel delitto) la collaborazione di esperti in scienze umane per convalidare un giudizio negativo sulla pericolosità sociale, che ordinariamente già emerge da condotte precedenti e coeve che, da un lato, evidenziano assenza di empatia e rifiuto delle comuni e condivise regole del vivere civile e, dall'altro, comprovano l'adesione a stili di vita criminali¹⁴⁸. A volte, trascurando quanto gli istituti della prevenzione siano importanti per contrastare la criminalità comune e organizzata (anche straniera)¹⁴⁹.

Al contrario, alcuni commentatori¹⁵⁰ ritengono che *le misure di prevenzione*, segnatamente quelle personali, *hanno poco a che vedere con la sicurezza dei cittadini*, prefigurando inverosimili scenari di inquietanti compressioni delle libertà personali. Forse dimenticando che il paventato, ma infondato, rischio di pregiudizio a eventuali attività d'indagine in corso è evitato attraverso quel virtuoso raccordo informativo in base al quale Questore e Direttore della D.I.A., figure essenziali nel sistema della sicurezza, hanno l'obbligo di:

- a. comunicare immediatamente al Procuratore della Repubblica distrettuale i nominativi delle persone fisiche e giuridiche su cui sono disposti gli accertamenti patrimoniali per l'annotazione nel relativo registro;
- b. tenerlo costantemente informato e aggiornato sullo svolgimento delle indagini;

¹⁴⁸ F. BASILE, *Tassatività delle norme ricognitive della pericolosità nelle misure di prevenzione: Strasburgo chiama, Roma risponde*, in *Dir. pen. cont.*, 22.7.2018, pag. 15.

¹⁴⁹ Per F. FIORENTIN, *Procura nazionale a caccia di patrimoni*, cit., pag. 83, le misure di prevenzione hanno un'importanza cruciale nell'aggressione ai patrimoni di mafia, vera linfa vitale attraverso cui le organizzazioni criminali prosperano ed estendono il proprio capillare controllo su vasti territori del paese.

¹⁵⁰ D. PETRINI, *Le misure di prevenzione personali: espansioni e mutazioni*, cit., pag. 1; F. CONSULICH, *La sanzione senza precetto. Verso un congedo delle misure di prevenzione dalla materia penale?*, cit., pag. 3, il quale parla di *cifra di sofferenza a carico del destinatario*, tralasciando ogni considerazione sulla gravità delle condotte che determinano i titolari del potere di proposta a segnalare e i Tribunali ad adottare, in scienza e coscienza, adeguate misure di prevenzione.

c. presentare al medesimo Procuratore comunicazione sintetica della proposta almeno dieci giorni prima della sua presentazione al tribunale.

E che il Procuratore nei dieci giorni successivi deve comunicare all'autorità proponente l'eventuale sussistenza di pregiudizi per le indagini preliminari in corso, concordando in tali casi con l'autorità proponente modalità per la presentazione congiunta della proposta.

Al riguardo, suscita perplessità l'opinione¹⁵¹ che considera il potere di proposta del Questore *“un'interferenza sui procedimenti penali”* e che interpreta la figura del pubblico ministero come un *“mero avvocato di polizia innanzi al tribunale di prevenzione”*, in caso di proposta formulata appunto dal Questore o dal Direttore della D.I.A. Sempre la stessa dottrina, in modo incomprensibile, riduce la figura del Questore a mero spettatore all'interno di un sistema della sicurezza che, da decenni, si regge in maniera equilibrata sulle strutturate e diversificate competenze suddivise tra Autorità di p.s. e magistratura, sostenendo che la segnalazione all'autorità proponente circa l'eventuale sussistenza di pregiudizi alle indagini, prevista dal novellato art. 17, comma 3-bis, lett. c), ha comportato *“una vera e propria inversione dell'onere informativo ora spostato in modo deciso sul pubblico ministero chiamato a scoprire le carte delle indagini in favore del Direttore della D.I.A. e del Questore che, notoriamente, sono sprovvisti della qualifica di ufficiali di polizia giudiziaria”*. Fino a sostenere la necessità di ridiscutere un fondamentale e imprescindibile pilastro su cui si fonda il sistema della sicurezza: il potere di proposta del Questore e del Direttore della D.I.A.¹⁵². Funzione della quale la giurisprudenza, anche quella successiva alla sentenza De Tommaso, non ha mai dubitato, ritenendola essenziale al funzionamento del sistema di prevenzione.

Al contrario, come correttamente rilevato da una dottrina¹⁵³ *“l'abrogazione della sanzione di inammissibilità rimuove il rischio di disperdere compendi investigativi che potrebbero essere preziosi e il coordinamento sarà assicurato dalla leale collaborazione istituzionale”*.

Parimenti, non può non rilevarsi come appaia assolutamente improvida e non condivisibile la tesi secondo cui, a causa della soppressione della comunicazione di cui alla lettera d), comma 3-bis, dell'articolo 17 C.A.M., *“gli uffici di polizia continueranno (almeno formalmente) a essere “terre d'aborto” in cui si possono manipolare e acquisire informazioni sui cittadini senza alcuna garanzia giurisdizionale”*¹⁵⁴.

Una tesi che ha parlato di *“inquisizione preventiva”* e che ha affermato come oggi il processo di prevenzione sia *“puntellato di micro garanzie e camuffato nella sua carica*

¹⁵¹ Così A. CISTERNA, *Confische patrimoniali “proposte” anche da questore e capo Dia*, in *Guida al diritto*, 2018, n. 45, pag. 72 per il quale *“ancora una volta lascia perplessi il ricorso sistematico al sistema di prevenzione per collaudare nuovi modelli criminologici e nuove soglie soggettive di allarme sociale”*.

¹⁵² A. CISTERNA, *Prevenzione personale e patrimoniale (prassi giudiziarie e riforma normativa)*, cit.; F. FIORENTIN, *Non convince la scelta della “pericolosità” unica*, in *Guida al diritto*, 2011, n. 42, inserto 11, pag. XIII, che riteneva (n.d.r. infondatamente) che *“l'eccessiva pluralità di proponenti nuoce inevitabilmente, su un piano operativo, a un efficace coordinamento investigativo, e che produce, con effetti a cascata, negativi sull'efficacia delle misure preventive, oltre a un inutile dispendio di energie investigative, che non raramente si traduce in una duplicazione di istanze rivolte al giudice e riguardanti un medesimo soggetto”*.

¹⁵³ K. TASSONE, *La costante riforma del codice antimafia: un cantiere aperto*, cit.

¹⁵⁴ A. CISTERNA, *Confische patrimoniali “proposte” anche da questore e capo Dia*, cit., pag. 72.

afflittiva”, senza nascondere “*l’immagine di un congegno che macina materiali probatori instabili, insicuri polisemici*” caratterizzato da un quasi inesistente contraddittorio nella formazione della prova¹⁵⁵ orientato verso una “*sanzione*” vicaria, non meno afflittiva o costrittiva di quella penale¹⁵⁶. Altrettante perplessità suscita l’opinione¹⁵⁷ secondo cui il giudizio di pericolosità sociale sia un vero e proprio salto nel vuoto, che mina alla radice il principio di legalità, come tutela del singolo dall’abuso dei poteri pubblici, pur rimanendo la prevenzione dei reati uno scopo fondamentale in qualsiasi società civile.

Ma v’è di più, contrariamente a quanto sostenuto da una dottrina¹⁵⁸, che ha ritenuto che “*le misure di prevenzione rimangono strutturalmente aperte ad abusi applicativi rappresentando il regno dell’indizio, in luogo della prova*”, la giurisprudenza¹⁵⁹ ha costantemente affermato che il procedimento di prevenzione non ha più il compito di “recupero” di materiali cognitivi vacui, atipici e inidonei alla costruzione di una contestazione formale bensì la funzione di valutare la pericolosità sociale, privilegiando le pronunce penali che hanno affermato definitivamente la responsabilità per la commissione di delitti o la sussistenza di gravità indiziaria degli stessi.

Secondo un altro pensiero¹⁶⁰, “*il grave vulnus di tutela attiene alla difficile permeabilità, rispetto alla verifica giurisdizionale, degli accertamenti istruttori compiuti dall’Autorità di pubblica sicurezza, peraltro difficilmente censurabili anche perché non vincolati da particolari cautele procedurali, diversamente da quel che accade per le indagini penali*”.

Invero, oltre all’indubitabile garanzia assicurata dal controllo giurisdizionale (i giudici di legittimità¹⁶¹ hanno più volte evidenziato la necessità sia di una valorizzazione della dimensione probatoria della c.d. fase constatativa del giudizio di prevenzione, base logica e giuridica della successiva prognosi di pericolosità, sia della aderenza di tale dimensione probatoria ai contenuti tipici della fattispecie astratta che si ritiene di applicare al soggetto proposto), il Questore e il Direttore della D.I.A. (titolari del potere di proposta) esercitano le funzioni in materia di misure di prevenzione nel pieno rispetto delle garanzie e dei diritti dei singoli soggetti, consapevoli che la responsabilità di assicurare alle comunità elevati livelli di sicurezza e di pacifica convivenza postula necessariamente l’applicazione di regole che non degradino né tantomeno mortifichino, in maniera tale da profanare il principio della inviolabilità della libertà personale, la dignità o il prestigio di una persona¹⁶².

¹⁵⁵ A. CISTERNA, *I nuovi protocolli processuali delle misure di prevenzione*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2018, 6, 713.

¹⁵⁶ A. CISTERNA, *Prevenzione personale e patrimoniale (prassi giudiziarie e riforma normativa)*, cit.

¹⁵⁷ F.P. LASALVIA, *La prevenzione insostenibile. Scenari post De Tommaso*, cit., pag. 21, il quale parla di giudizio rimesso a valutazioni arbitrarie del giudice.

¹⁵⁸ A.M. MAUGERI – P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello: tra istanze di tassatività e ragionevolezza, se ne afferma la natura ripristinatoria*, cit., pag. 80. Sul diritto alla prova, G. PECCHIOLI, *processo penale e procedimento di prevenzione: interferenze probatorie e limiti di utilizzabilità*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2020, 2, 266.

¹⁵⁹ Cass. pen., sez. I, 14.6.2017, n. 36258.

¹⁶⁰ F. CONSULICH, *Le misure di prevenzione personali tra Costituzione e Convenzione*, cit., pag. 39, il quale considera le misure di prevenzione un sistema in grado di “depotenziare o, finanche, azzerare le garanzie del cittadino”.

¹⁶¹ Cass. pen., sez. I, 19.4.2018, n. 43826.

¹⁶² Per tutte, Corte cost., 20 giugno 1964, n. 68. Cfr. Corte cost., 7 maggio 1975, n. 113, secondo cui “l’autorità

Peraltro, le misure più afflittive, cioè quelle a carattere personale di natura giurisdizionale, sono ordinariamente precedute (temporalmente e logicamente) da quelle c.d. amministrative (avviso orale e ammonimento). Il percorso prevenzionale, seppur non costituisca più presupposto procedurale necessario per le più severe misure di prevenzione, ha l'obiettivo di consentire al soggetto di prendere consapevolezza circa le conseguenze cui si espone, nel caso decida di continuare il cammino di adesione alle regole di vita criminali accrescendo la propria pericolosità. Senza trascurare il fatto che il sistema di prevenzione italiano non risulta isolato nel panorama giuridico mondiale: ipotesi di confisca senza condanna sono presenti in Irlanda (*civil forfeiture*), Regno Unito (*civil recovery* e *Drug trafficking offences act*), Stati Uniti d'America (*civil forfeiture*), Sud Africa e Canada¹⁶³. Per di più, di recente, la Corte di Giustizia dell'Unione europea¹⁶⁴ ha stabilito che il diritto dell'Unione non osta a una normativa nazionale che autorizzi il giudice a disporre la confisca di beni acquisiti illecitamente, senza che tale procedimento sia subordinato alla constatazione di un reato o alla condanna dei presunti autori dell'illecito penale. In precedenza, la stessa Corte Edu¹⁶⁵ aveva affermato la coerenza della confisca di prevenzione con lo Statuto convenzionale.

L'istruttoria di una misura di prevenzione prevede la lettura attenta delle sentenze, delle informative di polizia giudiziaria, l'acquisizione di notizie storicamente accertate (es. abituale frequentazione con esponenti della realtà criminale, assenza di un'attività lavorativa) e di prove documentali acquisite anche in ambito giudiziario sostanziale¹⁶⁶ (es.: materiale probatorio derivante da processi penali già conclusi, materiale probatorio acquisito dal Pubblico Ministero a seguito di indagini, e non sottoposto al vaglio del giudice penale, sottoposto al vaglio di un giudizio penale in corso) a carico del proponendo, da cui trarre gli elementi di fatto per sostenerne la pericolosità e per tracciare un profilo di personalità negativo, escludendo ogni valutazione meramente soggettiva che non sia supportata da riscontri fattuali oggettivi¹⁶⁷.

di p.s. non può agire a proprio arbitrio sulla base di semplici sospetti, poiché è richiesta dalla legge un'oggettiva valutazione di fatti, da cui risulti la condotta abituale e il tenore di vita della persona, che siano manifestazione concreta della sua proclività al delitto e siano state accertate in modo da escludere valutazioni puramente soggettive ed incontrollabili"; negli stessi termini, Corte cost., 16 dicembre 1980, n. 177 secondo cui le misure di prevenzione si fondano su *una oggettiva valutazione di fatti da cui risulti la condotta abituale e il tenore di vita della persona o che siano manifestazioni concrete della sua proclività al delitto, e siano state accertate in modo da escludere valutazioni puramente soggettive e incontrollabili da parte di chi promuove o applica le misure di prevenzione.*

¹⁶³ Sull'argomento, cfr. A.M. MAUGERI, *Un ulteriore sforzo della Suprema corte per promuovere uno statuto di garanzie nell'applicazione di forme di confisca allargata: art. 240-bis c.p., irretroattività e divieto di addurre l'evasione fiscale nell'accertamento della sproporzione*, cit. pag. 205; S. FINOCCHIARO, *La confisca "civile" dei proventi da reato. Misura di prevenzione e civil forfeiture: verso un nuovo modello di non-conviction based confiscation*, Milano, 2018, pag. 247 e segg.; L. FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, Padova, 1997.

¹⁶⁴ Corte giustizia Unione europea, sez. III, 19.3.2020, n. 234/18. Per un commento, G. RANALDI, *Il diritto U.E. non vieta la previsione di un procedimento civile di confisca che sia indipendente dall'accertamento di un reato: dal congelamento dei beni alla confisca dei diritti?*, in *Archivio Pen.*, 2020, n.1.

¹⁶⁵ Corte e.d.u., sez. IV, 12.5.2015, n. 36862/05, Gogitidze e altri c. Georgia.

¹⁶⁶ Cass. pen., sez. II, 6.6.2019, n. 31549;

¹⁶⁷ Per Cass. pen., sez. I, 24.3.2015, n. 31209, nessuna misura di prevenzione (sia essa personale o patrimoniale) può essere applicata lì dove manchi una congrua ricostruzione di "fatti" idonei a determinare

Le indagini svolte dagli organi di Polizia presuppongono quindi una complessa attività investigativa e informativa, incentrata sull'individuazione d'impresе a rischio per la presenza di azionisti o finanziatori inseriti in organizzazioni criminali ovvero di clientela o di affari, e sulla ricerca di indici di pericolosità come, ad esempio, la costituzione di società di capitale a ristretta base azionaria e con capitale minimo, la partecipazione societaria di soggetti, molto giovani o molto anziani, privi dei mezzi finanziari che la giustifichino (chiaro indice di una interposizione personale).

In un'indagine patrimoniale¹⁶⁸ traspare in maniera chiara la necessità di stabilire innanzi tutto la situazione finanziaria storica dell'interessato ad una certa data, che funga da punto di partenza per la ricostruzione della situazione fattuale e per la determinazione della consistenza del patrimonio dell'indiziato. È necessario, quindi, quantificare sia il reddito consumato nel tempo (tenendo conto del tenore di vita dell'indiziato e dei suoi familiari) sia l'eventuale reddito lecitamente prodotto nello stesso periodo di tempo, attraverso l'attività economica ufficialmente svolta e il reddito dichiarato ai fini delle imposte sui redditi.

Ordinariamente, nel mondo dell'illecito quando il tenore di vita è sproporzionato rispetto all'attività lavorativa o economica svolta, con ogni probabilità tale sproporzione (salvo allegazione contraria) è dovuta al fatto che il proponendo dispone di una maggiorazione di reddito, frutto di attività illegali ovvero di beni posseduti che costituiscono il reimpiego di capitali derivanti da attività criminose.

Proprio per aggredire i patrimoni illeciti e restituirli alla collettività, il Capo della Polizia – Direttore generale della pubblica sicurezza, nel 2018, ha dato inizio a una riorganizzazione delle strutture centrali e periferiche del Dipartimento della pubblica sicurezza che, tra l'altro, ha previsto anche la rimodulazione delle Divisioni di Polizia Anticrimine con l'obiettivo di assicurare, in via generale, all'azione di prevenzione e di contrasto della criminalità una maggiore efficacia. Il progetto ha previsto la creazione del Servizio centrale anticrimine che opera in seno alla Direzione centrale anticrimine della Polizia di Stato. Il predetto servizio, che assicura l'indirizzo e il coordinamento delle attività anticrimine e di interscambio informativo di competenza della Polizia di Stato, anche per ciò che concerne l'analisi di natura predittiva dei fenomeni di criminalità, si articola in due divisioni: la seconda ha competenza specifica in materia di attività concernenti le investigazioni relative alla istruzione delle misure di prevenzione personali e patrimoniali. Il servizio svolge, in generale, una funzione di supporto operativo per le Divisioni Polizia Anticrimine delle Questure, con l'obiettivo di restituire piena centralità all'azione di prevenzione propria delle Autorità di pubblica sicurezza, che si esplica attraverso l'intervento sulla pericolosità sociale dei soggetti e l'aggressione ai patrimoni illecitamente acquisiti. In tale contesto, le attività di studio e di analisi della criminalità svolgono una essenziale funzione per sostenere l'azione di prevenzione e di contrasto al crimine attuata dai Questori. L'analisi è propedeutica all'azione d'indirizzo

l'inquadramento (attuale o pregresso) del soggetto proposto in una delle "categorie specifiche" di pericolosità espressamente "tipizzate" dal legislatore. Cfr. Cass. pen., sez. I, 14.6.2017, n. 36258.

¹⁶⁸ *Conoscere la contabilità significa poter conoscere e controllare la gestione economico finanziaria dell'azienda*, così M. MANCINI PROIETTI, *Sulle tracce del denaro illecito*, in *Rivista di polizia*, 2013, VIII-IX, pag. 666.

e d'impulso alle indagini di tipo preventivo, per consentire di rafforzare l'azione delle Autorità di pubblica sicurezza nell'esercizio del potere di applicazione delle misure di prevenzione personale e patrimoniale previsto dal codice antimafia. Per garantire il massimo impulso al settore delle misure di prevenzione, il servizio centrale anticrimine ha realizzato una rete nazionale di esperti in grado di supportare le singole Questure sul territorio per far fronte alle esigenze di investigazione ed elaborazione delle proposte. Il nuovo assetto delle Divisioni polizia anticrimine di ogni capoluogo di provincia è preordinato a garantire il necessario supporto alle Autorità provinciali di p.s., tanto sotto il profilo dell'analisi strategica quanto nell'elaborazione delle misure di prevenzione.

Ma la critica alle opinioni che evocano un ridimensionamento del potere di proposta (patrimoniale) del Questore e del Direttore della D.I.A. è ampiamente motivata facendo leva sul rivoluzionario principio di reciproca autonomia tra le misure personali e patrimoniali¹⁶⁹, che consente di applicare la confisca prescindendo dal requisito della pericolosità del proposto al momento dell'adozione della misura, ma richiede che essa sia, comunque, accertata con riferimento al momento dell'acquisto del bene oggetto della richiesta ablatoria (Cass. pen., sez. VI, 18 ottobre 2012, n. 10153, Coli, rv. 254545). Tant'è vero che, in termini generali, le indagini patrimoniali (sul tenore di vita, sulle disponibilità finanziarie, sul patrimonio e sulle attività economiche che siano fonti di reddito) possono essere condotte nei riguardi di quelle persone nei cui confronti può essere proposta la sorveglianza speciale di p.s. e sono rivolte a disvelare l'esistenza di beni la cui origine sia diretta conseguenza della condizione di pericolosità del soggetto cui gli stessi beni siano riconducibili. In altre parole, l'aggredibilità di un bene¹⁷⁰ è strettamente connessa alla sua pericolosità intesa nel senso di un'origine criminale del bene stesso perché frutto di attività illecite o conseguenza del reimpiego delle relative rendite.

Per valorizzare il potere di proposta attribuito al Questore e al Direttore della D.I.A. appare sufficiente compiere una verifica delle proposte di sequestro finalizzato alla confisca di prevenzione, formulate direttamente dalle Procure distrettuali e circondariali sul territorio nazionale nei confronti dei soggetti condannati (anche in via non definitiva), per accorgersi che il numero dei soggetti proposti per una misura di prevenzione non è omogeneo sul territorio nazionale ed è del tutto scollegato dall'esercizio della azione penale. Se è vero che nelle sue attribuzioni costituzionali l'azione della magistratura inquirente ha il potere di coordinare l'investigazione giudiziaria delle forze di polizia e di attivare l'azione penale (obbligatoria), è altrettanto considerabile che essa non è chiamata a rispondere politicamente dei relativi risultati e delle ricadute della repressione dei reati nella materia dell'ordine e della sicurezza pubblica, le cui precipue implicazioni ricadono, invece, nella responsabilità dell'azione del potere esecutivo. I Questori attivano, pertanto, il potere di proposta proprio nell'ambito della precipua responsabilità finalizzata al contenimento della sicurezza e

¹⁶⁹ Per Cass. pen., sez. I, 18.7.2013, n. 44327.

¹⁷⁰ Con tale termine si fa riferimento a beni immobili, mobili (registrati e non), crediti, partecipazioni e quote societarie, universalità di beni, aziende, diritti reali e ogni altra cosa che, in ipotesi, può formare oggetto di diritti suscettibili di valutazione economica.

dell'ordine pubblico, individuando soggetti portatori non solo dei requisiti di legge, ma anche di un fattore aggiunto ovvero quello del rapporto tra la loro pericolosità e il territorio di cui le autorità di PS sono responsabili.

Sarà, pertanto, la pericolosità del soggetto esaminato, posta in relazione alla natura ed alle esigenze dell'azione di contrasto territorio, a determinare la strategia dell'Autorità proponente, sia per determinare l'opportunità e la priorità della proposta, sia per calibrare l'entità ed il tipo di forze da impiegare nelle investigazioni preventive, utilizzando ogni evenienza istruttoria giudiziariamente ostensibile. Sul punto, val la pena rammentare anche la novella introdotta nel processo di potenziamento della funzione general-preventiva di tutela della sicurezza pubblica, che riguarda l'art. 160 del Regio Decreto 18 giugno 1931, n. 773 (Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza), interamente sostituito dall'art. 27 del D.L. n. 113/2018. Rispetto al testo previgente – che contemplava soltanto l'obbligo di trasmettere al Questore competente i dispositivi delle sentenze di condanna irrevocabili a pene detentive – è stato previsto, per le cancellerie presso la Sezione misure di prevenzione e presso l'ufficio G.I.P. del Tribunale, l'obbligo di comunicare ogni quindici giorni al Questore e al Direttore della D.I.A. anche copia dei provvedimenti ablativi o restrittivi, emessi nell'ambito delle rispettive attribuzioni.

Non si può non evidenziare come il nuovo art. 160 TULPS sia destinato ad incrementare notevolmente il patrimonio informativo a disposizione dell'Autorità provinciale di pubblica sicurezza, nell'attività di prevenzione dei reati e nell'esercizio delle fondamentali prerogative alla stessa riconosciute dall'articolo 17, comma 1, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159.

In questa ottica, si spiega anche il ruolo di vigilanza ed esecuzione in tema di prevenzione personale del Questore specificato all'art 11 del C.A.M nella parte in cui prevede che l'applicazione della sorveglianza speciale personale vada sempre comunicata al Questore per l'esecuzione e ciò a prescindere dall'Autorità proponente. Il codice antimafia completa il controllo sull'esecuzione delle misure di prevenzione personali specificando in capo solo al Questore all'articolo 69 C.A.M. anche l'onere di vigilanza e di certificazione esecutiva di siffatto provvedimento nella parte in cui, peraltro, prevede che i Procuratori della Repubblica debbano nel presentare al Tribunale le proposte per l'applicazione di una delle misure di prevenzione, dandone contestuale comunicazione, in copia, al Questore (*"3. I procuratori della Repubblica, nel presentare al tribunale le proposte per l'applicazione di una delle misure di prevenzione, provvedono a darne contestuale comunicazione, in copia, alla Questura nella cui circoscrizione ha sede il tribunale stesso."*). I Questori, infatti, provvedono al regolare aggiornamento degli archivi del CED interforze del ministero dell'interno (*"4. I Questori dispongono l'immediata immissione nel centro elaborazione dati di cui all'articolo 8 della legge 1° aprile 1981, n. 121, sia delle comunicazioni previste nei commi 2 e 3, sia delle proposte che essi stessi abbiano presentato per l'applicazione di una delle misure di prevenzione indicate nel capoverso che precede. Le informazioni predette sono contestualmente trasmesse alle prefetture attraverso i terminali installati nei rispettivi centri telecomunicazione"*).

Si tratta, quindi, di una responsabilità "situazionale" del Questore che metatestualmente è prevista anche da altri testi di legge per l'obbligo per l'autorità di PS di comunicare il provvedimento di prevenzione agli Uffici elettorali, in relazione alla

capacità elettorale interdetta ai sorvegliati speciali di p.s. ex art 67 del T.U. antimafia (art. 32 T.U. n.223 del 20/03/1967 laddove prescrive: “... il Questore incaricato della esecuzione dei provvedimenti che applicano le misure di prevenzione di cui all’articolo 2, comma 1, lettera b), nonché il cancelliere o il funzionario competenti per il casellario giudiziale, inviano, ciascuno per la parte di competenza, certificazione delle sentenze e dei provvedimenti che importano la perdita del diritto elettorale...”). In questi termini, quell’opinione che ritiene che la misura patrimoniale “mostri preoccupanti segnali di deriva”, perché connotata da “un’aggressività pressoché indiscriminata”¹⁷¹, non è condivisibile. Le strutture economiche dei poteri criminali si alimentano attraverso rendite parassitarie di natura illecita ed emergono esclusivamente quando i flussi finanziari sono trasferiti o reinvestiti nel circuito economico lecito¹⁷².

Invero, il crimine non può mai costituire fonte e occasione di lucro e, di conseguenza, ogni ordinamento giuridico deve necessariamente prevedere e utilizzare istituti e strumenti – rispettosi dei principi generali ma al contempo univocamente rivolti alla difesa sociale – in grado di impedire che l’illecito accumulo di risorse possa furbescamente sfuggire alle sanzioni giuridiche poste a tutela della collettività e quindi essere causa di arricchimento indebito. In senso contrario, un’autorevole opinione ha sostenuto che *l’ampio novero dei destinatari cui può essere applicata una misura di prevenzione conferma l’estrema confusione che governa la materia*¹⁷³.

Né può aderirsi alla tesi secondo cui la pericolosità deve rilevare, anche ai fini patrimoniali, solo se presenti il requisito dell’attualità al momento della decisione.

Nel giudizio di prevenzione, l’affermazione circa l’“attualità” della pericolosità sociale di un individuo è un’operazione complessa che, oltre a fondarsi sull’ordinaria “prognosi di probabile e concreta reiterabilità” di qualsiasi condotta illecita, implica la constatazione di una specifica inclinazione mostrata dal soggetto (dedizione abituale a traffici delittuosi, finanziamento sistematico dei bisogni di vita almeno in parte con i proventi di attività delittuose, condotte lesive dell’integrità fisica o morale dei minori o della sanità, sicurezza o tranquillità pubblica, indiziati di appartenenza ad associazioni mafiose e altre ipotesi tipiche) cui non siano seguiti segni indicativi di un tangibile ravvedimento o dissociazione¹⁷⁴.

La specifica funzione di vanificare l’accumulo di rendite illecite impone di superare tale limite che rappresenterebbe per i criminali esclusivamente una comoda via

¹⁷¹ Così S. ASTARITA, *Presupposti e tipologia delle misure applicabili*, in *Misure di prevenzione*, a cura di S. FURFARO, cit. pag. 380.

¹⁷² Per una riflessione sulle tecniche d’indagine patrimoniale, si veda G. FALCONE, *Tecniche di indagine in materia di mafia*, cit., pag. 95 e segg.; Cfr. Cass. pen., sez. I, 24.3.2015, n. 31209, secondo cui *la ricostruzione patrimoniale esige non soltanto la esatta perimetrazione temporale degli acquisti (intendendo per tali il momento, anche prolungato, della incidenza dei medesimi sul patrimonio del soggetto acquirente) in rapporto alla pericolosità soggettiva ma anche la esplicita comparazione dei valori tra entità dell’investimento e risorse disponibili nel periodo, considerando le fonti lecite ed escludendo le quote di reddito derivante da evasione fiscale*.

¹⁷³ V.N. D’ASCOLA, *Il progressivo sdoppiamento della confisca come risposta dell’ordinamento al fatto reato e come strumento di controllo delle manifestazioni sintomatiche di pericolosità patrimoniale*, in *La giustizia patrimoniale penale*, cit., pag. 142 (nota).

¹⁷⁴ Cass. pen., sez. I, 24.3.2015, n. 31209.

d'uscita dal circuito illegale, in grado di garantire loro un'immunità finanziaria sopravvenuta derivante dalla cessazione della loro pericolosità sociale.

L'interpretazione che lega l'applicabilità della confisca di prevenzione alla pericolosità espressa al momento dell'acquisizione del bene oggetto della misura è, quindi, assolutamente corretta e logicamente fondata su una funzione preventiva¹⁷⁵.

La pericolosità deve essere intesa come indice rivelatore di condotte che manifestano adesione a regole di vita criminali, a modelli comportamentali violenti e illeciti che governano le realtà delinquenziali. Al riguardo, recentemente la Suprema Corte¹⁷⁶ ha ribadito che, in materia di misure di prevenzione, relativamente alla valutazione dei requisiti sottesi alla pericolosità sociale, il principio secondo cui *l'esercizio dei diritti costituzionali non può essere sacrificato oltre la soglia minima resa necessaria dalle misure medesime, cioè dalle esigenze in vista delle quali essa sia legittimamente prevista e disposta, impone un vincolo di interpretazione restrittiva*.

La pericolosità sollecita risposte ordinamentali a stili di vita e metodiche comportamentali che si collocano al di fuori degli ordinari schemi della civile convivenza e del sistema democratico¹⁷⁷. In tali casi, com'è noto, il giudizio di pericolosità deve prescindere dall'accertamento giudiziale della commissione di delitti, pur tenendo conto di tutti gli elementi di fatto (valutati in uno con le condotte in concreto tenute) in grado di sorreggere e fondare una corretta previsione (adeguatamente motivata) circa la futura commissione di atti illegali rilevanti sotto il profilo della prevenzione.

Ecco che il giudizio di prevenzione si deve fondare su elementi certi, dai quali possa legittimamente desumersi l'esistenza della pericolosità, fermo restando che gli indizi su cui il giudizio stesso deve basarsi non devono necessariamente presentare i caratteri di gravità, precisione e concordanza richiesti dall'art. 192 cod. proc. pen.¹⁷⁸.

Peraltro, *nel procedimento di prevenzione il coinvolgimento in vicende di mafia può essere ritenuto anche in base a semplici elementi indiziari, neppure gravi precisi e concordanti*¹⁷⁹.

Per di più, di recente, le sezioni unite della Cassazione¹⁸⁰ hanno affermato che "nel procedimento applicativo delle misure di prevenzione personali agli indiziati di appartenere ad una associazione di tipo mafioso, è necessario accertare il requisito della *attualità* della pericolosità del proposto". L'approdo interpretativo è idealmente partito da tre differenti orientamenti risalenti nel tempo che avevano determinato il contrasto. Il primo radicava la pericolosità in una presunzione assoluta per gli indiziati di appartenenza mafiosa; il secondo, definito intermedio, considerava la presunzione di pericolosità affievolita a seguito del trascorrere del tempo; mentre il terzo richiedeva una valutazione concreta circa l'attualità del requisito. Al riguardo, una dottrina¹⁸¹ ha accolto

¹⁷⁵ *Ex multis*, Cass. pen., sez. II, 31.1.2017, n. 6858; Cass. pen., SS.UU., 22.12.2016, n. 12621; Cass. Pen., sez. VI, 18.10.2012, n.10153, rv. 254545. In senso concorde, V.N. D'ASCOLA, ult. op. cit., pag. 175.

¹⁷⁶ Cass. pen., sez. VI, 29.5.2019, n. 25771; Cass. pen., sez. V, 19.1.2018, n. 15492.

¹⁷⁷ Cfr. Cass. pen., SS.UU., 26.6.2014, n. 4880.

¹⁷⁸ Per Cass. pen., SS.UU., 25.3.2010, n. 13426.

¹⁷⁹ Cass. pen., sez. V, 15.10.2010, n. 4702.

¹⁸⁰ Cass. pen. SS.UU., 30.11.2017, n.111. Cfr., Cass. Pen., sez. II, 16.1.2020, n. 12421.

¹⁸¹ L. DELLA RAGIONE, *Appartenenza mafiosa e attualità della pericolosità sociale nell'applicazione delle misure di*

favorevolmente il nuovo principio, che è stato peraltro considerato un concreto rimedio per sanare carenze di tassatività e determinatezza della condotta, osservando che diversamente “si correrebbe il rischio di sostituire al principio di offensività evanescenti comportamenti sintomatici nell’ottica del diritto penale del tipo di autore”.

La predetta conclusione ha segnato, dunque, un cambio di rotta rispetto a una diversa linea interpretativa seguita in precedenza, secondo cui “nei confronti di appartenenti ad associazioni di tipo mafioso, non era necessaria alcuna particolare motivazione in punto di attuale pericolosità, quando l’appartenenza risultava adeguatamente dimostrata e non sussistevano elementi dai quali ragionevolmente desumere che essa fosse venuta meno per effetto del recesso personale, non essendo dirimente a tal fine il mero decorso del tempo dall’adesione al gruppo o dalla concreta partecipazione alle attività associative (sez. V, 10 gennaio 2014, n. 17067, Rv. 262849)¹⁸².

Sul punto, le sezioni unite della Cassazione hanno evidenziato che la massima sopra indicata “possa applicarsi solo attraverso la previa analisi specifica dei suoi presupposti di validità nel caso oggetto della proposta e non può da sola genericamente sostenere l’accertamento di attualità”¹⁸³.

Emerge, allora in maniera evidente, il legame inscindibile tra il giudizio positivo circa la pericolosità (intesa nei termini di cui sopra) e gli elementi di prova che permettono di sostenere la non giustificata origine in misura sproporzionata rispetto al patrimonio o l’illecita provenienza dei beni oggetto d’indagine, che consente di ritenere (all’esito positivo delle indagini stesse) i predetti beni (di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, il proposto risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo) in diretta relazione con le attività illegali (*recte*: “pericolose”) svolte dal destinatario della misura nel periodo in cui lo stesso era appunto pericoloso.

Orbene, non si tratta di un giudizio sommario che confligge con le garanzie costituzionali, bensì di un’adeguata e necessaria funzione preventiva (avente natura sanzionatoria) nei confronti di condotte (*contra iure*) che hanno illegittimamente procurato un accumulo di beni¹⁸⁴. Quindi, si evince chiaramente che, contrariamente a

prevenzione per fatti di mafia, in *Dir. Pen. e Processo*, 2019, 1, 83.

¹⁸² Sul punto, Cass. pen., sez. II, 31.1.2017, n. 6857; Cass. pen., sez. V, 16.5.2014, n. 32353, la considera una forma d’impermeabilità del procedimento di prevenzione alle vicende del processo penale.

¹⁸³ Cass. pen. SS.UU., 30.11.2017, n.111. In via incidentale, la Corte ha anche affrontato l’argomento relativo al concetto di “appartenenza” richiamato dall’art. 4 del C.A.M., distinguendolo dalla più ristretta figura del “concorso”. Mentre per il primo rilevano anche condotte non connotate dal vincolo stabile, escluse la “mera collateralità che non si sostanzia in sintomi di un apporto individuabile alla vita della compagine”, il secondo è caratterizzato da “una collaborazione occasionale, espressa in un unico o diluito contesto temporale, che si realizza con riferimento a circoscritte esigenze del gruppo, in correlazione con la loro insorgenza”. Da ciò, i Supremi giudici hanno confermato che non può essere qualificata come “appartenenza” quella condotta che, nella consapevolezza dell’illecito, si muova in un’ indefinita area di contiguità o di vicinanza al gruppo, che non sia riconducibile a un’azione, ancorché isolata, che si caratterizzi per essere funzionale agli scopi associativi

¹⁸⁴ Per Cass. pen., sez. V, 18.7.2011, n. 30579, *il perimetro di espletamento del contraddittorio resta quello, per l’accusa, di assolvere l’onere dimostrativo della disponibilità del bene, della sua sproporzione rispetto al reddito dichiarato o alla attività economica svolta o della sua provenienza da attività illecita; per la difesa del proposto e del terzo colpito da procedura ablativa, quello, susseguente, di giustificare la legittima provenienza del bene; nel caso di*

quanto sostenuto dalla dottrina largamente maggioritaria¹⁸⁵, non si tratta di un'ipotesi di inversione dell'onere probatorio perché la pubblica accusa, prima, deve fornire la prova positiva della sussistenza dei presupposti normativi e il giudice, poi, motivare l'incompatibilità del patrimonio con le disponibilità finanziarie dichiarate o con le attività economiche svolte (qualora il proposto non abbia allegato la documentazione probante la legittima origine). Secondo la giurisprudenza¹⁸⁶, si tratta di un'ipotesi di presunzione relativa, pienamente conforme alla Costituzione, che riconosce al soggetto l'esercizio del diritto alla prova contraria attraverso una mera allegazione di atti, fatti e circostanze idonei a dimostrare la legittima provenienza dei beni oggetto della richiesta di misura patrimoniale. Da ultimo, anche la Corte Costituzionale¹⁸⁷, nel sostenere che la confisca rappresenta uno strumento di contrasto alla criminalità lucrogenetica oramai largamente diffuso in sede internazionale, ha sostenuto che lo strumento ablativo in argomento è "caratterizzato sia da un "affievolimento degli oneri probatori gravanti sull'accusa", in funzione dell'esigenza di "superare i limiti dell'efficacia della confisca penale classica".

Come già affermato, le indagini di prevenzione (che ricercano il legame tra un complesso di comportamenti che denotano una condotta pericolosa e una ricchezza di origine illecita) non possono essere considerate inquisitorie nel senso penale del termine.

beni intestati a terzi, l'accusa deve assumersi l'onere di dimostrare rigorosamente l'esistenza di situazioni che avallino concretamente l'ipotesi del carattere puramente formale di detta intestazione, funzionale alla esclusiva finalità di favorire il permanere del bene in questione nella effettiva ed autonoma disponibilità di fatto del proposto; disponibilità la cui sussistenza, caratterizzata da un comportamento "uti dominus" del medesimo proposto, in contrasto con l'apparente titolarità del terzo, dev'essere accertata con indagine rigorosa, intensa ed approfondita, avendo il giudice l'obbligo di spiegare le ragioni della ritenuta interposizione fittizia, sulla base non di sole circostanze sintomatiche di spessore indiziario, ma di **elementi fattuali connotati dai requisiti della gravità, precisione e concordanza ed idonei, pertanto, a costituire prova indiretta dell'assunto che si tende a dimostrare** [sez. I, 15 ottobre 2003, n. 43046 (dep. 11 novembre 2003) Rv. 226610]. Negli stessi termini, Cass. pen., sez. VI, 25.10.2011, n. 41371 e Cass. pen., sez. II, 9.2.2011, n. 6977.

¹⁸⁵ S. ASTARITA, *Presupposti e tipologia delle misure applicabili*, in *Misure di prevenzione*, a cura di S. FURFARO, cit., pag. 389. In senso contrario, E. GALLO, *Misure di prevenzione*, cit., pag. 35, il quale ritiene trattarsi di un mero onere di allegazione. G. AMATO, *Si amplia la platea dei soggetti colpiti dai mezzi di contrasto*, in *Guida al diritto*, 2017, n. 49-50, pag. 40, ha parlato di un "percorso interpretativo di civiltà che dovrebbe consentire di contrastare le critiche non del tutto infondate sulla dilatazione della platea dei soggetti aggredibili con lo strumento delle misure di prevenzione", e, negando ipotesi di inversione dell'onere probatorio, ha sostenuto la tesi di un meccanismo di presunzioni in presenza di indizi, il cui onere probatorio è in carico alla pubblica accusa, rimanendo a carico della persona nei cui confronti è stata presentata la proposta solo un gravame di allegazione per smentirne l'efficacia probatoria. Cfr., Cass. pen., sez. II, 6.6.2019, n. 31549.

¹⁸⁶ Cass. pen., SS.UU., 26.6.2014, n. 4880. Tale orientamento era stato peraltro già espresso da Cass. pen., sez. V, 12.12.2007, n. 228, secondo cui *non si verifica alcuna inversione dell'onere della prova, perché la legge ricollega a fatti sintomatici la presunzione di illecita provenienza dei beni e non alla mancata allegazione della loro lecita provenienza, la cui dimostrazione è idonea a superare quella presunzione*. Per Cass. pen., sez. I, 20.9.2017, n.13375, *l'assunto della illecita provenienza del patrimonio è il risultato di un processo dimostrativo, che deve basarsi sul rispetto dei criteri generali in tema di prova indiziaria connotata da coefficienti di gravità, precisione e concordanza*.

¹⁸⁷ Corte cost., 24 gennaio 2019, n. 24. Per V.N. D'ASCOLA, *Il progressivo sdoppiamento della confisca come risposta dell'ordinamento al fatto reato e come strumento di controllo delle manifestazioni sintomatiche di pericolosità patrimoniale*, in *La giustizia patrimoniale penale*, cit., pag. 129, *le misure di prevenzione patrimoniale costituiscono lo strumento privilegiato per far discendere conseguenze afflittive da un quadro probatorio altrimenti incapace di sorreggere ogni affermazione di responsabilità*.

Seppure esse siano più “agevoli”, poiché fondate su elementi (processuali e di polizia giudiziaria) c.d. “freddi” (cioè svincolati dal filtro del pubblico ministero e dal controllo del g.i.p.), non può certo sostenersi che la previsione normativa di cui all’art. 24 del codice delle misure di prevenzione sia naturalmente orientata – a prescindere da ogni finalità di tutela della collettività – alla confisca dei patrimoni semplicemente perché di origine sospetta. Non convince l’opinione di quella dottrina¹⁸⁸ che assegna alla mera sproporzione il carattere di “presunzione di illecita provenienza”.

Invero, il duplice presupposto della “dimostrata” sproporzione e della mancata giustificazione della legittima provenienza (*rectius*: quadro probatorio non superato dalle allegazioni del proposto), unito al prerequisito della pericolosità sociale (*filtro selettivo della prevenzione patrimoniale*)¹⁸⁹, consente di escludere il paventato pericolo di un controllo generalizzato della ricchezza e assegna all’investigatore l’onere di dimostrare che la persona pericolosa, durante il periodo in cui ha manifestato tale natura, ha accumulato beni che non risultano avere un’origine lecita o legittima. Tale attività d’indagine deve essere svolta nel rispetto delle garanzie ordinarie e dei principi generali del giusto processo¹⁹⁰, salvaguardando i diritti della persona, e presuppone sempre e comunque che l’investigatore fornisca il quadro probatorio su cui si fonda l’ipotesi formulata.

A tal riguardo, nel caso di persona pericolosa, l’impossibilità materiale o l’incapacità di fornire la prova positiva circa la legittima provenienza dei beni sono di per sé assolutamente significativi, soprattutto ove si discuta di beni suscettibili di essere “tracciati”. Tale onere, peraltro, è connesso alla formulazione dell’«accusa di prevenzione» che si fonda su fatti, atti (sentenze e informative di Polizia), documenti, prove testimoniali e, più in generale, su indagini che superano il limite del mero indizio o sospetto. Quindi, diversamente da quanto la dottrina maggioritaria rappresenta ordinariamente, il punto di partenza della disciplina è costituito dalla prova della sproporzione dei beni e non già dalla mancata giustificazione della loro legittima provenienza. Tale prova non è una semplice dichiarazione notarile dell’investigatore che il giudice della prevenzione recepisce acriticamente; è, invece, l’insieme dell’attività d’indagine (svolta anche con l’ausilio di competenze tecniche) da cui scaturisce l’ipotesi investigativa circa l’origine illecita dei beni. Gli “indizi” cui fa riferimento la norma devono essere intesi quali *elementi fattuali astrattamente idonei a dimostrare l’esistenza dei presupposti oggettivi per l’applicazione del procedimento di prevenzione, sebbene privi dei caratteri della precisione e della gravità*¹⁹¹. Non appare allora condivisibile l’orientamento che nega il contraddittorio nella formazione della prova all’interno del processo di prevenzione sulla base dell’utilizzabilità degli atti d’indagine compiuti dalla polizia

¹⁸⁸ Così V.N. D’ASCOLA, ult. op. cit., pag. 173.

¹⁸⁹ La terminologia è di V.N. D’ASCOLA, ult. op. cit., pag. 155.

¹⁹⁰ Per G. PECCHIOI, *processo penale e procedimento di prevenzione: interferenze probatorie e limiti di utilizzabilità*, cit., al procedimento di prevenzione devono estendersi tutte le garanzie e i principi tipici del giusto processo.

¹⁹¹ Cfr. A. FURGIUELE, *La disciplina della prova nel procedimento applicativo delle misure patrimoniali di prevenzione*, in *La giustizia patrimoniale penale*, cit., pag. 405.

giudiziaria¹⁹². In altre parole, non è la mera titolarità di un bene a far scattare la necessità di doverne giustificare la legittima provenienza¹⁹³, bensì la dimostrata esistenza di una serie di elementi (soggettivi e oggettivi), di fatti e di circostanze che depongono contro una specifica categoria di persone le quali hanno agito in maniera “pericolosa per il buon vivere civile”, con condotte delittuose in conflitto con la civile convivenza e con il sistema ordinamentale dello Stato.

4. Le scelte della Corte di Cassazione tra finalità preventive ed effetti neutralizzatori.

L’azione di contrasto al crimine (organizzato o individuale) presuppone la predisposizione di strumenti giudiziari che svolgano una specifica funzione di “prosciugamento” delle ricchezze mafiose¹⁹⁴. L’evoluzione normativa degli ultimi anni ha senza dubbio caratterizzato la responsabilità patrimoniale in termini marcatamente neutralizzatori, correlati a un giudizio di disvalore riguardo a condotte soggettive antisociali.

Secondo una dottrina, la confisca di prevenzione, intesa come strumento utile a recidere il collegamento fra il bene e la persona, persegue finalità di prevenzione e non ha finalità sanzionatorie¹⁹⁵. Il sistema delle misure di prevenzione ha subito un lento ma progressivo processo di modernizzazione, che ha trasformato meri strumenti di controllo sociale, caratterizzati da una natura inquisitoria, in rimedi di prevenzione del crimine¹⁹⁶. In tale contesto, la concezione giuridica circa la natura dell’istituto ha registrato molteplici e oscillanti orientamenti¹⁹⁷. La stessa Corte Costituzionale ha assegnato alla confisca caratteristiche multiformi, da cui dottrina e giurisprudenza¹⁹⁸

¹⁹² Sull’argomento, Cass. pen., SS.UU., 25.3.2010, n. 13426, nell’affermare il principio dell’inutilizzabilità delle intercettazioni eseguite in violazione delle norme poste a garanzia dei diritti garantiti da principi costituzionali, ha confermato la giurisdizionalizzazione del processo di prevenzione e la sua conformità con i principi del giusto processo. *Idem*, A. BALSAMO – G. NICASTRO, *Il procedimento di prevenzione patrimoniale, in Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, AA.VV., Milano, 2010, pag. 158.

¹⁹³ Per A. FURGIUELE, ult. op. cit., pag. 424, non si tratta di un’inversione dell’onere della prova bensì di una “presunzione di illegittima provenienza del bene in presenza di una sproporzione fra il valore del bene stesso e il patrimonio del proposto”.

¹⁹⁴ Cass. pen., sez. VI, 3.7.2012, n. 34511. Per A. BALSAMO – G. NICASTRO, *Il procedimento di prevenzione patrimoniale, in le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, cit., pag. 154, “Le misure patrimoniali rappresentano uno strumento di contrasto nei confronti di un sistema di organizzazione della ricchezza ad alta vocazione mimetica, che opera mediante intestazioni fittizie, complesse forme di cointeressenza, schemi societari, e vari accorgimenti volti a occultare e a trasformare gli originari caratteri dei proventi illeciti”.

¹⁹⁵ R. ALFONSO, *La confisca nel procedimento di prevenzione*, in *La giustizia patrimoniale penale*, cit., pag. 786.

¹⁹⁶ Per uno sguardo prospettico, cfr. F. MENDITTO, [Presente e futuro delle misure di prevenzione \(personali e patrimoniali\): da misure di polizia a prevenzione della criminalità da profitto](#), in *Dir. pen. cont.*, 23.5.2016.

¹⁹⁷ Sull’argomento, si veda A. BALSAMO – G. LUPARELLO, *La controversa natura delle misure di prevenzione patrimoniali*, in *Misure di prevenzione*, cit., pag. 311 e segg. Cfr., anche, A.M. MAUGERI, *Un’interpretazione restrittiva delle intestazioni fittizie ai fini della confisca misura di prevenzione tra questioni ancora irrisolte (natura della confisca e correlazione temporale)*, in *Cassazione penale*, 2014, 1, pagg. 256 e segg.

¹⁹⁸ Cass. pen., SS.UU., 26.6.2014, n. 4880, ha accolto la definizione dottrinarica della confisca quale istituto camaleontico, per evidenziarne la capacità di adattarsi all’ambiente normativo di riferimento e di recepirne

hanno tratto spunto per un vivace dibattito¹⁹⁹. Per un verso, quasi unanimemente, la dottrina afferma che la tesi che sostiene la natura preventiva delle misure patrimoniali sia solo un alibi per svincolarle dai principi costituzionali, atteso che queste “si atteggiavano a provvedimenti soltanto punitivi”²⁰⁰, aggiungendo che le misure di prevenzione hanno una funzione puramente repressiva²⁰¹ oppure ritenendo che la confisca di prevenzione si presenti come una fattispecie ibrida, parapenalistica che, a causa della sua afflittività, assume i tratti della pena²⁰². In senso contrario, altra opinione ha sostenuto la tesi della natura preventiva della confisca in argomento, che presenta una portata più ampia rispetto all’omologo istituto penalistico²⁰³. In via preliminare, riteniamo opportuno evidenziare che il sistema delle misure di prevenzione si caratterizza per la coesistenza di finalità e di strumenti aventi differente natura giuridica. Invero, l’obiettivo delle misure di prevenzione è evitare che la persona ritenuta pericolosa possa continuare a essere tale. È, però, altrettanto vero che le misure (personali e/o patrimoniali), predisposte per realizzare tale obiettivo, possono mostrare un’intrinseca natura punitiva (non penalmente intesa). Non può quindi essere condiviso il percorso logico giuridico di quella giurisprudenza di legittimità che ha costruito la confisca come “una sanzione amministrativa”, escludendone sia il carattere sanzionatorio di natura penale sia quello preventivo²⁰⁴. Al contrario, proprio la coesistenza di finalità e di mezzi aventi nature differenti ha consentito di perseguire con efficacia obiettivi di prevenzione del crimine attraverso severi strumenti ablativi²⁰⁵. Del resto, anche le misure di carattere personale presentano medesima finalità e analoghi strumenti di natura punitiva²⁰⁶.

le peculiari finalità.

¹⁹⁹ Per Corte cost., 25 maggio 1961, n. 29, “La confisca può presentarsi, nelle leggi che la prevedono, con varia natura giuridica. Il suo contenuto, infatti, è sempre la stessa privazione di beni economici, ma questa può essere disposta per diversi motivi e indirizzata a varia finalità, sì da assumere, volta per volta, natura e funzione o di pena, o di misura di sicurezza, ovvero anche di misura giuridica civile e amministrativa”. Negli stessi termini, Corte cost., 4 giugno 1964, n. 46.

²⁰⁰ V.N. D’ASCOLA, *Il progressivo sdoppiamento della confisca come risposta dell’ordinamento al fatto-reato e come strumento di controllo delle manifestazioni sintomatiche di pericolosità “patrimoniale”*, in *La giustizia patrimoniale penale*, cit., pag. 127. Cfr. F. MENDITTO, [Le sezioni unite verso lo “Statuto” della confisca di prevenzione: la natura giuridica, la retroattività e la correlazione temporale](#), in *Dir. pen. cont.*, 26.5.2014.

²⁰¹ Per M.F. CORTESI, *Le misure di prevenzione*, in *Il sistema di prevenzione penale*, cit., pag. 12.

²⁰² C. BATTAGLINI, [Le misure patrimoniali antiterrorismo alla prova dei principi dello stato di diritto](#), in *Rivista trimestrale*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2017, pag. 67.

²⁰³ E. GALLO, *Misure di prevenzione*, cit., pag. 35.

²⁰⁴ Per Cass. pen., SS.UU., 3.7.1996, n. 18. Negli stessi termini, Cass. pen., sez. VI, 3.7.2012, n. 34511. Per gli Ermellini la confisca rappresentava un *tertium genus* equiparabile (quanto al contenuto e agli effetti) alla misura di sicurezza prescritta dall’art. 240 cod. pen., comma 2.

²⁰⁵ Secondo la Corte cost., 30 settembre 1996, n. 335, “la ratio della confisca comprende ma eccede quella delle misure di prevenzione consistendo nel sottrarre definitivamente il bene al “circuito economico” di origine, per inserirlo in altro, esente dai condizionamenti criminali che caratterizzano il primo”.

²⁰⁶ Si fa riferimento alle limitazioni delle libertà personali e alle prescrizioni previste, rispettivamente, dal foglio di via obbligatorio, dall’avviso orale, dalla sorveglianza speciale di p.s. (con o senza obbligo di soggiorno), dal d.a.s.p.o., dall’ammonimento e dal divieto di accesso (articoli 10, 13 e 13-bis, d.l. 20 febbraio 2017 n. 14, conv. con mod. dalla l. 18 aprile 2017 n. 48, e successive modificazioni) del Questore, che presentano un’evidente natura punitiva cui è sottesa un’indubitabile finalità di prevenzione e di tutela della

Tale specificità rende efficace il sistema nel suo complesso e legittima l'apprensione definitiva di un bene nel caso in cui sia dimostrata l'esistenza di una relazione tra utile economico e attività criminosa (anche risalente nel tempo), purché direttamente correlata (temporalmente e causalmente) alla pericolosità sociale della persona cui la misura è applicata²⁰⁷.

In tale dibattito, s'inserisce la decisione delle sezioni unite della Suprema Corte di legittimità n. 4880 del 26 giugno 2014 che, nel riconoscere la peculiarità della confisca (ordinariamente votata alla definitività), ne ha confermato la natura preventiva²⁰⁸. Tant'è che essa è stata definita "uno strumento di mera neutralizzazione, alla fin fine sganciato da qualsiasi reale ed effettivo scopo funzionale"²⁰⁹, che ha subito una dilatazione operativa a cui si è unita una funzione recuperatoria dei patrimoni illeciti²¹⁰.

Secondo un'autorevole opinione²¹¹, "le Sezioni Unite hanno tratteggiato lo statuto della confisca di prevenzione individuando importanti principi generali: retroattività, correlazione temporale, onere probatorio e di allegazione".

Contrariamente alla tesi che aveva intravisto nella predetta misura una "natura oggettivamente sanzionatoria"²¹², e per cui aveva ritenuto non più necessario ai fini dell'applicabilità della confisca l'accertamento della attualità della pericolosità sociale del proposto, i Supremi giudici (sollecitati da alcuni rilievi sollevati da altro Collegio) hanno sostenuto che "la precipua finalità della confisca di prevenzione è, dunque, quella di sottrarre i patrimoni illecitamente accumulati alla disponibilità di determinati

sicurezza pubblica.

²⁰⁷ Per Cass. pen., SS.UU., 26.6.2014, n. 4880, le misure di prevenzione personali e patrimoniali hanno il comune obiettivo di rimuovere dal circuito economico legale i beni riconducibili, direttamente o indirettamente, a soggetti ritenuti socialmente pericolosi, relativamente ai quali è lecito presumerne l'illecita provenienza. Finalità questa che si giustifica non solo per ragioni etiche, ma anche per motivazioni d'ordine economico in quanto l'accumulo di ricchezza, frutto di attività delittuosa, è fenomeno tale da inquinare le ordinarie dinamiche concorrenziali del libero mercato, creando anomale posizioni di dominio e di potentato economico, in pregiudizio delle attività lecite. A tale comune obiettivo il sistema patrimoniale assomma la specifica finalità strategica di incisivo contrasto alla criminalità organizzata, da colpire nel cuore dei suoi interessi, verosimilmente intesi, in via primaria, allo spasmodico accumulo di ricchezza, in forme variegata.

²⁰⁸ Anche la Corte cost., 15 aprile 2015, n. 106, ha confermato che la confisca continua a costituire una misura di prevenzione.

²⁰⁹ R. BARTOLI, *Confisca di prevenzione – La confisca di prevenzione è una sanzione preventiva applicabile retroattivamente*, in *Giur. It.*, 2015, 4, pag. 970.

²¹⁰ Cfr. R. MAGI, [Per uno statuto unitario dell'apprezzamento della pericolosità sociale](#), in *Dir. pen. cont.*, 13.3.2017.

²¹¹ Sull'argomento, si veda F. MENDITTO, *Novità normative ed aggiornamenti giurisprudenziali*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2016, pag. 681; Sull'argomento, cfr. anche A.M. MAUGERI, [Le Sezioni Unite devono prendere posizione: natura della confisca antimafia; l'applicabilità del principio di irretroattività; la necessità della "correlazione temporale"](#), in *Dir. pen. cont.*, 7.4.2014; V. POMPEO, *Confisca di prevenzione – confisca di prevenzione, dinamiche concorrenziali e garantismo economico-sociale*, in *Giur. It.*, 2015, 12, pag. 2720. Al contrario, per F. MAZZACUVA, [Le sezioni unite sulla natura della confisca di prevenzione: un'altra occasione persa per un chiarimento sulle reali finalità della misura](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 4/2015, *l'idea di una pericolosità della res "derivata" da quella del proposto al momento dell'acquisizione illecita e che vi rimane "impressa" in maniera definitiva si rivela nient'altro che un artificio retorico privo di qualsiasi riscontro fattuale*.

²¹² Cass. pen., sez. V, 13.11.2012, n. 14044. Per un commento alla predetta sentenza, si veda M.F. CORTESI, *La Cassazione riconosce alle misure di prevenzione patrimoniali una natura "oggettivamente sanzionatoria"*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2014, 1, pag. 37.

soggetti” e che per tali patrimoni “la connotazione di pericolosità è immanente e ad essi inerisce geneticamente, in via permanente e, tendenzialmente, indissolubile”²¹³.

Quasi unanimemente, la dottrina aveva ritenuto che le modifiche legislative avessero determinato una mutazione genetica delle misure che aveva esaltato il loro ruolo afflittivo²¹⁴. Altra opinione²¹⁵ si era spinta fino a sostenere che il sottosistema della prevenzione patrimoniale presentava “finalità squisitamente repressive, volte a colpire indiscriminatamente il patrimonio del soggetto, a prescindere, appunto, dalla potenzialità pericolosa di lui e anche della disponibilità dei beni” oppure che “la confisca è una vera e propria sanzione perché le “finalità dissuasive” evocate dalla giurisprudenza a sostegno della natura preventiva sono insussistenti”²¹⁶.

Le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno fatto proprio quell’orientamento che, per le misure patrimoniali, riteneva immutabile – a causa della strutturale staticità delle cose – l’illiceità di un bene in quanto nella disponibilità di un soggetto considerato socialmente pericoloso al momento della sua acquisizione. In altre parole, la pericolosità del soggetto che acquisisce il bene trasla tale negativa qualità sulla cosa acquisita, che diviene così anch’essa oggettivamente pericolosa²¹⁷. Orbene, secondo il ragionamento della Corte, ai fini dell’adozione della misura ablatoria assume rilievo significativo la circostanza dirimente che il titolare del bene fosse pericoloso al momento dell’acquisizione del bene. In tal modo, emerge l’efficacia deterrente della confisca (di cui si esalta la funzione preventiva) il cui obiettivo è prevenire la realizzazione di successive condotte illecite.

Secondo i giudici di legittimità, l’esaltazione della natura preventiva della confisca deriva direttamente dall’imprescindibile presupposto giustificativo della misura ablativa che è rappresentato dalla pericolosità del proposto²¹⁸. Tuttavia, appare

²¹³ Cass. pen., sez. I, 17.5.2013 (dep. 23.9.2013), n. 39204, Ferrara, Rv. 256141, aveva in maniera pacifica sostenuto la tesi della natura preventiva, affermando che il venir meno del presupposto della pericolosità sociale non aveva modificato la natura della confisca di prevenzione, da intendersi sempre come sanzione amministrativa, equiparabile, quanto al contenuto e agli effetti, alla misura di sicurezza della confisca di cui all’art. 240, comma secondo, cod. pen., per cui ad essa si applicava il disposto dell’art. 200 cod. pen. e non, invece, quello dell’art. 11 delle disposizioni preliminari al codice civile.

²¹⁴ Così M.F. CORTESI, ult. op. cit.

²¹⁵ Per S. FURFARO, *Giustizia penale patrimoniale*, in *Digesto discipline penalistiche*, 2013, VII agg., pag. 258.

²¹⁶ A. DE LIA, *La sconfinata giovinezza delle misure di prevenzione*, in *Arch pen.*, 2017, 1, pag. 32.

²¹⁷ Cass. Pen. SS.UU. 26.6.2014, n. 4880; per Cass. pen., sez. VI, 30.1.2014, n. 11751, *l’interesse pubblico all’eliminazione dal circuito economico di beni di sospetta illegittima provenienza, per l’appartenenza del titolare ad associazioni di tipo mafioso, sussiste per il solo fatto che quei beni siano andati ad incrementare il patrimonio del soggetto e prescinde dal fatto che perduri in capo a quest’ultimo lo stato di pericolosità, perché la finalità preventiva che si intende perseguire con la confisca risiede proprio nell’impedire che il sistema economico legale sia funzionalmente alterato da anomali accumuli di ricchezza, quale che sia la condizione del soggetto che poi si trovi a farne in qualsiasi modo uso.*

²¹⁸ Per V. MAIELLO, *La confisca di prevenzione dinanzi alle sezioni unite: natura e garanzie*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2015, 6, pag. 707, la natura sanzionatoria della confisca si fonda invece sull’interruzione del rapporto tra bene e soggetto pericoloso; mentre G. CIVELLO, *La confisca di prevenzione come “nuova pena”*, in *Le associazioni di tipo mafioso*, a cura di B. ROMANO, Torino, 2015, pag. 211, ha sostenuto che la confisca di prevenzione “esibisce in gran parte una funzione afflittivo-repressiva” ed è espressione di un diritto di prevenzione fondato sul c.d. “tipo d’autore”.

inevitabile osservare come la stessa Corte abbia ammesso la coesistenza di “effetti sanzionatori”, sebbene essi siano poi classificati in senso “atecnico” perché fondati sulla richiamata pericolosità del soggetto cui ineriscono e non già su un delitto commesso o su finalità tipicamente repressive. Da ultimo, le Sezioni Unite della Cassazione²¹⁹ hanno correlato la natura afflittiva delle misure di prevenzione con il loro carattere giurisdizionale, sostenendo che esso ha progressivamente contribuito a equiparare le garanzie procedurali tra applicazione delle sanzioni penali e delle misure di prevenzione. Il “riflesso para-sanzionatorio” individuato dai Supremi giudici non è quindi un semplice e irrilevante effetto secondario; esso è, invece, un elemento specifico della confisca di prevenzione. La sua esistenza non incide sulla natura e sulle finalità dell’istituto, perché rappresenta lo strumento concreto attraverso il quale l’ordinamento tende a conseguire l’obiettivo di dissuadere la persona dalla commissione di altri reati e dal tenere stili di vita contrastanti con le regole che governano il vivere civile. Emerge, allora evidente, la duplice portata della confisca in cui, in maniera parallela, coesistono la funzione di prevenzione e gli effetti sanzionatori alla prima inscindibilmente connessi. Senza che tale ultimo effetto possa mettere in discussione la specifica essenza preventiva e la funzione neutralizzatoria della confisca e quindi impedirne l’assimilazione alle misure di sicurezza con conseguente applicabilità del disposto di cui all’art. 200 cod. pen. Ecco perché la natura giuridica dell’istituto in argomento non va confusa con gli effetti (comunque afflittivi) che esso produce²²⁰.

Non appare allora condivisibile l’opinione che assegna alla confisca una natura di sanzione patrimoniale di carattere repressivo, afflittivo e retributivo connotata per di più da elementi di natura inquisitoria e autoritaria²²¹. Anzi, proprio muovendo dalle argomentazioni svolte dalla Suprema corte in tema di proprietà privata, secondo cui *la funzione sociale può essere assolta solo all’indeclinabile condizione che il suo acquisto sia conforme alle regole dell’ordinamento giuridico e che nei confronti dell’ordinamento statale non è mai opponibile un acquisto inficiato da illecite modalità*, si è innescato in dottrina un efficace dibattito che ha traguadato la contrapposizione tra natura preventiva e sanzionatoria.

Un’opinione²²² ha tratto, dall’innegabile esigenza di eliminare dal circuito economico-legale i beni e le ricchezze illegalmente acquisiti da soggetti pericolosi e quindi provento di delitti, l’illuminante concetto della confisca quale strumento con *“funzione di riequilibrio economica/compensatoria”*. Di recente, sul punto, altra dottrina²²³ ha affermato che la confisca di prevenzione appare uno strumento “ripristinatorio”, cioè finalizzato alla mera sterilizzazione del beneficio economico derivante da delitto. In tal modo, la confisca si attergerebbe a misura non sanzionatoria bensì fondata su una

²¹⁹ Cass. pen. SS.UU., 30.11.2017, n. 111.

²²⁰ S. ASTARITA, *Presupposti e tipologia delle misure applicabili*, in *Misure di prevenzione*, a cura di S. FURFARO, cit., pag. 382.

²²¹ Così G. CIVELLO, *La confisca di prevenzione come “nuova pena”*, in *Le associazioni di tipo mafioso*, cit., pag. 248.

²²² A.M. MAUGERI, *Le Sezioni Unite devono prendere posizione: natura della confisca antimafia; l’applicabilità del principio di irretroattività; la necessità della “correlazione temporale”*, cit. pag. 12.

²²³ S. FINOCCHIARO, [La confisca e il sequestro di prevenzione](#), in *Dir. pen. cont.*, 19.2.2019. In chiave critica, si veda A.M. DELL’OSSO, *Sulla confisca di prevenzione come istituto di diritto privato: spunti critici*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2019, 7, 995; F.P. LASALVIA, *Brevi riflessioni sulle “confische moderne”*, in *La legislazione penale*, 12.2.2020.

ragione “civile” perché connessa contemporaneamente ai principi sanciti dall’articolo 42 della Costituzione e dall’articolo 1 prot. add. C.e.d.u. In altri termini, la confisca ha l’obiettivo di *ripristinare la condizione economica nella quale il soggetto verserebbe se non avesse acquistato in modo illecito quei beni*²²⁴. La tesi suesposta ha trovato un solido riscontro anche nella giurisprudenza costituzionale, che ha qualificato la confisca come *la naturale conseguenza dell’illecita acquisizione*. Dopo aver negato la natura punitiva dell’istituto e aver ribadito quella preventiva, la Consulta²²⁵, muovendo dal principio affermato dalle sezioni unite della Corte di cassazione nella sentenza *Spinelli*, ha espressamente riconosciuto all’ablazione di prevenzione carattere “*meramente ripristinatorio della situazione che si sarebbe data in assenza dell’illecita acquisizione del bene*”. In termini critici, un commentatore²²⁶ non ha accolto la concezione compensativa o ripristinatoria ipotizzando la confisca come *un’aggressione patrimoniale tanto dirompente quanto priva di senso*.

Un’altra opinione²²⁷ ha affermato, da un lato, la coesistenza di tutti gli effetti e, dall’altro, ha riconosciuto alla confisca anche una funzione risarcitoria sia nei riguardi della comunità sociale sia verso lo Stato. E senza che tali caratteri possano essere ritenuti punitivi o sanzionatori, giacché sarebbe paradossale il tentativo di conservare i vantaggi economici illecitamente ottenuti facendo leva sulla tesi che predilige la natura punitiva della confisca solo per giungere a ottenere, per un verso, l’applicabilità del principio d’irretroattività della legge penale e, per altro verso, l’eliminazione dal sistema di prevenzione del (residuale) requisito degli indizi, che peraltro è oramai superato da elementi di prova fondati su concreti elementi di fatto. Del resto, non può essere in alcun modo prospettata l’idea che un crimine commesso possa comunque garantire rendite e benefici qualora rimanga penalmente impunito.

5. L’interpretazione della Corte europea dei diritti dell’uomo: un po’ di chiarezza a favore del legislatore nazionale.

La natura preventiva della confisca, ribadita dalla Suprema corte di legittimità, ha rischiato però di essere messa nuovamente in discussione dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo del 23.2.2017²²⁸, che ha censurato il sistema italiano delle misure di prevenzione perché formulato in termini vaghi ed eccessivamente ampi tali da non rispettare il criterio della prevedibilità. La decisione della Grande Camera, infatti, ha fatto riaccendere il dibattito sulla natura delle misure di prevenzione, segnatamente

²²⁴ Per un approfondimento, S. FINOCCHIARO, *La confisca “civile” dei proventi da reato. Misura di prevenzione e civil forfeiture: verso un nuovo modello di non-conviction based confiscation*, cit. pag. 422.

²²⁵ Corte cost., 24 gennaio 2019, n. 24.

²²⁶ D. BIANCHI, “*Psicanalisi*” della c.d. confisca di prevenzione e prospettive di razionalizzazione ermeneutica, in *Dir. Pen. e Processo*, 2018, 11, 1469.

²²⁷ M. LANZI, *La caleidoscopica realtà della confisca per sproporzione: tra istanze preventive e riscossione delle imposte*, in *Archivio Penale*, 2019, n. 2, pag. 6.

²²⁸ Ricorso n. 43395/2009 De Tommaso c/ Italia.

quelle patrimoniali. Al riguardo, una dottrina²²⁹ ha riaffermato che le misure di prevenzione sono sanzioni criminali e che la loro costituzionalità trova linfa nelle demagogiche motivazioni della sicurezza, della tranquillità e dell'ordine pubblico, giacché esse sono portatrici di un contenuto afflittivo perché presentano una natura penale a vocazione preventiva. Non si condivide, tuttavia, l'affermazione di quell'opinione²³⁰ che ha intravisto quale obiettivo dei Giudici della C.e.d.u. i *“vecchi arnesi dello strumentario preunitario di Polizia, di cui l'ordinamento nazionale non solo non è riuscito a sbarazzarsi ma ha finanche propiziato una nuova stagione di intenso impiego”*.

Le opinioni che relegano le misure di prevenzione a generici strumenti repressivi legati all'immagine di una Polizia meramente repressiva, che violerebbe anche i diritti più elementari delle persone per tutelare ad ogni costo *“l'ordine governativo”*, non appaiono condivisibili; si tratta di una visione miope, che non considera le sempre più evidenti esigenze e richieste di sicurezza che la collettività reclama e pretende, di fronte a episodi di prevaricazione fisica e finanziaria che minano l'ordinato vivere civile. Anche la giurisprudenza di legittimità²³¹ non ha condiviso il giudizio negativo espresso dalla Corte E.d.u. circa la qualità della legge, ritenendo che le disposizioni in vigore siano idonee a orientare le scelte dei consociati.

Limitatamente al caso esaminato, i Giudici di Strasburgo hanno affermato che la normativa di prevenzione, seppure oggetto di diversi interventi della Corte Costituzionale, viola l'articolo 2 del protocollo 4 della Convenzione perché la Legge n. 1423/56 non contiene disposizioni che presentano sufficienti caratteri di determinatezza riguardo alle condotte tipiche che si ritiene costituiscano un pericolo per la società.

Tale indeterminazione normativa riverbera, poi, i suoi effetti nell'eccessiva discrezionalità attribuita ai magistrati giudicanti, cui le norme permetterebbero di poter intravedere modelli tipici di pericolosità in siffatti (poco dettagliati) comportamenti, tanto da impedire a ciascuno di poter riflettere consapevolmente sulle conseguenze delle proprie azioni e sulla prevedibilità di poter essere destinatari di misure di prevenzione a causa di condotte non tipizzate. In altri termini, la C.e.d.u. ha sostenuto che la legislazione italiana in materia di misure di prevenzione fondate sulla c.d. pericolosità generica, limitatamente ai precetti del *“vivere onestamente e rispettare le leggi”* e di *“non dare ragione alcuna ai sospetti”*, appare formulata in termini molto generici e che il suo contenuto è vago e indeterminato²³². A tale riguardo, si ritiene che i gravi difetti di

²²⁹ M. FATTORE, *Così lontani così vicini: il diritto penale e le misure di prevenzione*, in *Dir. pen. cont.*, 9.4.2017.

²³⁰ V. MAIELLO, *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2017, 8, 1039, per il quale la sentenza in esame era *“destinata a spostare in avanti i confini delle garanzie individuali nell'ambito di una materia storicamente ipotecata da una legalità di secondo livello o (se si preferisce l'eufemismo) di differente modulazione”*.

²³¹ Cass. pen., sez. I, 20.9.2017, n. 13375.

²³² Cass. pen. sez. II, 7.2.2018, n. 9517 ha sostenuto la tesi sopra esposta, affermando, per esempio, che *“in tema di misure di prevenzione il giudizio di pericolosità necessario al fine di rendere le misure conformi convenzionalmente, in un'ottica costituzionalmente orientata..., si fonda su un'interpretazione restrittiva dei presupposti per l'applicazione ai c.d. “pericolosi generici” e, dunque, sull'oggettiva valutazione di fatti sintomatici collegati ad elementi certi e non su meri sospetti, significativi di un'effettiva tendenza a delinquere del proposto”*. In precedenza, Corte cost., 7 luglio 2010, n. 282, aveva affermato che le misure di

tassatività e determinatezza rimarcati dalla Corte possano essere ascritti alla tecnica redazionale del periodo in cui sono stati concepiti che risentiva delle condizioni sociali del tempo e della cultura giuridica allora in voga.

Secondo una dottrina²³³, “la sentenza De Tommaso inaugura una nuova stagione, pur non arrivando a riconoscere il carattere punitivo delle misure di prevenzione e la loro riconducibilità alle garanzie della materia penale”. In effetti, la sentenza De Tommaso ha aperto scenari giuridici sui quali la dottrina e la giurisprudenza, da subito, hanno iniziato a riflettere, soprattutto con riferimento alle opinioni espresse da singoli giudici tra cui spiccano quelle che ricostruiscono le misure di prevenzione come *misure penali draconiane, che costituiscono un reliquato superato di strutture giuridiche liberticide, e che sono, alla luce delle condizioni attuali, totalmente in conflitto con lo stato di diritto intrinseco in uno Stato democratico*²³⁴.

6. I primi effetti della sentenza De Tommaso sul sistema delle prescrizioni.

Lungo il percorso interpretativo inaugurato dalla sentenza della Corte Edu, si segnala che immediatamente i Supremi Giudici (Cass. pen. SS.UU., 27 aprile 2017, n.

prevenzione si fondano sul principio secondo cui l'ordinato e pacifico svolgimento dei rapporti sociali deve essere garantito, oltre che dal complesso di norme repressive di fatti illeciti, anche da un sistema di misure preventive contro il pericolo del loro verificarsi in avvenire, sistema che corrisponde ad una esigenza fondamentale di ogni ordinamento, accolta e riconosciuta negli artt. 13, 16 e 17 Cost. (sentenze n. 23 del 1964 e n. 27 del 1959). Corte cost., 16 dicembre 1980, n. 177, aveva riaffermato che le misure di prevenzione si fondano sul principio secondo cui l'ordinato e pacifico svolgimento dei rapporti sociali deve essere garantito, oltre che dal complesso di norme repressive di fatti illeciti, anche da un sistema di misure preventive contro il pericolo del loro verificarsi in avvenire, sistema che corrisponde ad una esigenza fondamentale di ogni ordinamento, accolta e riconosciuta negli artt. 13, 16 e 17 Cost. e, poi, osservato che una corretta verifica del rispetto di tassatività passa attraverso una lettura sistematica delle norme, che necessariamente devono trovare il loro naturale collegamento con le fattispecie concrete cui si riferiscono. Al contrario, in precedenza, il medesimo Giudice aveva già escluso che “le misure di prevenzione possano essere adottate sul fondamento di semplici sospetti”, richiedendosi, invece, “una oggettiva valutazione di fatti da cui risulti la condotta abituale e il tenore di vita della persona o che siano manifestazioni concrete della sua proclività al delitto, e siano state accertate in modo da escludere valutazioni puramente soggettive e incontrollabili da parte di chi promuove o applica le misure di prevenzione” e ha ribadito che la legittimità costituzionale delle misure di prevenzione – in quanto limitative, a diversi gradi di intensità, della libertà personale – è necessariamente subordinata all'osservanza del principio di legalità e alla esistenza della garanzia giurisdizionale (sent. n. 11 del 1956). Il principio di legalità in materia di prevenzione, il riferimento, cioè, ai “casi previsti dalla legge”, implica che la applicazione della misura, ancorché legata, nella maggioranza dei casi, ad un giudizio prognostico, trovi il presupposto necessario in “fattispecie di pericolosità”, previste – descritte – dalla legge; fattispecie destinate a costituire il parametro dell'accertamento giudiziale e, insieme, il fondamento di una prognosi di pericolosità, che solo su questa base può dirsi legalmente fondata. Cfr. Corte cost., sentenze: n. 327 del 2008, n. 5 del 2004, n. 34 del 1995 e n. 122 del 1993.

²³³ *Amplius*, A.M. MAUGERI, [Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte Europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della “legge”, ma una rondine non fa primavera](#), in *Dir. pen. cont.*, 6.3.2017, secondo cui la sentenza potrebbe rappresentare uno stimolo vitale per ripensare le misure di prevenzione personali e patrimoniali.

²³⁴ Opinioni parzialmente dissenzienti del giudice Pinto de Albuquerque e del giudice Kuris.

40076²³⁵ hanno affermato che la violazione delle prescrizioni di “vivere onestamente e di rispettare le leggi” non integra la fattispecie di reato prevista dall’articolo 75 co. 2 d.lgs. n.159/2011, perché si tratta di meri ammonimenti morali generici e indeterminati, inidonei a integrare il nucleo di una norma penale incriminatrice, la cui violazione può tuttavia rilevare in sede di esecuzione del provvedimento ai fini di un eventuale aggravamento della misura²³⁶. Sul punto si è espressa anche la Corte costituzionale²³⁷ che, completando l’operazione svolta dalla Corte di cassazione di adeguamento dell’ordinamento interno ai principi affermati dalla C.e.d.u. attraverso un’interpretazione conformativa e tassativizzante, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’articolo 75, commi 1 e 2, C.A.M., nella parte in cui sanziona penalmente la violazione degli obblighi di vivere onestamente e di rispettare le leggi, perché la norma viola il canone di prevedibilità della condotta.

Sull’onda interpretativa sopra esposta, le sezioni unite della Suprema corte²³⁸ – di fronte a un contrasto interpretativo circa l’ambito applicativo dell’art. 75 d.lgs. n.159 del 2011 riguardo alla prescrizione di non partecipare a pubbliche riunioni – hanno affermato che *la prescrizione di non partecipare a pubbliche riunioni, ..., si riferisce esclusivamente alle riunioni in luogo pubblico*, cioè quelle che si tengono in un luogo in cui ogni persona può liberamente transitare e trattenersi senza che occorra in via normale il permesso della autorità²³⁹. Escludendo quindi, in maniera logica e saggia, le riunioni in

²³⁵ Secondo la Corte, *la commissione di reati comuni da parte del sorvegliato speciale potrà essere valutata dal giudice come dimostrazione di un atteggiamento non rispettoso dell’obbligo di vivere onestamente e di rispettare le leggi, obbligo generico e indeterminato che non può integrare una fattispecie penale, ma può costituire un presupposto per l’aggravamento della sorveglianza speciale, nell’ambito di un giudizio di prevenzione che deve affermare se un soggetto è pericoloso alla luce della sua precedente condotta, confrontata con i nuovi elementi acquisiti a giustificazione dell’aggravamento richiesto.*

²³⁶ Per A. QUATTROCCHI, *Il divieto di partecipazione a pubbliche riunioni imposto con la misura di prevenzione della sorveglianza speciale: le sezioni unite compongono il contrasto*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2020, 4, 491, la decisione costituisce l’occasione per un complessivo intervento riformatore di matrice legislativa, che ridefinisca i confini della prevenzione personale in linea con i principi di legalità, proporzionalità ed offensività come declinati dal vigente sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali. Cfr. F. BASILE, *Quale futuro per le misure di prevenzione dopo le sentenze De Tommaso e Paternò*, in *Giurisprudenza It.*, 2018, n. 2, pag. 455; Per V. MAIELLO, *La violazione degli obblighi di “vivere onestamente” e “rispettare le leggi” tra abolito giurisprudenziale e giustizia costituzionale: la vicenda Paternò*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2018, 6, 777, (nota a sentenza), la sentenza ha una portata rivoluzionaria; In senso contrario, F. VIGANÒ, [Le sezioni unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato](#), in *Dir. pen. cont.*, 9/2017, pag. 146. Cfr., S. RECCHIONE, [La pericolosità sociale esiste ed è concreta: la giurisprudenza di merito resiste alla crisi di legalità generata dalla sentenza “De Tommaso V. Italia” \(e confermata dalle sezioni unite “Paternò”\)](#), in *Dir. pen. cont.*, 10/2017, pag. 129; F. BASILE, *Misure di prevenzione – quale futuro per le misure di prevenzione dopo le sentenze De Tommaso e Paternò?*, in *Giur. It.*, 2018, 2, 452 (nota a sentenza).

²³⁷ Corte cost., 24 gennaio 2019, n. 25.

²³⁸ Cass. pen., SS.UU., 28.3.2019, n. 46595. Per un commento, S. FINOCCHIARO, [Le sezioni unite sul reato di trasgressione al divieto di partecipare a pubbliche riunioni imposto con la misura di prevenzione della sorveglianza speciale \(art. 75 codice antimafia\)](#), in *Sist. pen.*, 3.12.2019.

²³⁹ In maniera antesignana aveva prefigurato tale soluzione, E. ZUFFADA, [Alle sezioni unite una nuova questione relativa alla configurabilità del reato di cui all’art. 75 cod. antimafia, questa volta in caso di trasgressione del divieto di partecipare a pubbliche riunioni](#), in *Dir. pen. cont.*, 6.3.2019.

luogo aperto al pubblico tra cui rientrano le manifestazioni sportive per le quali vigono le disposizioni di cui alla Legge n.401/1989. Il contrasto era stato originato dalla rilettura “tassativizzante” e tipizzante dei giudici di legittimità²⁴⁰ che anche per il «divieto di partecipare a pubbliche riunioni», avevano intravisto la necessità di rendere la norma incriminatrice di cui all’art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011, coerente sia con la Costituzione sia con le norme Convenzionali (Corte cost., sentenze n. 349 e n. 348 del 2007). I Giudici, partendo dall’evidenza secondo cui nell’ordinamento italiano non era rintracciabile una definizione univoca di «pubblica riunione», erano pervenuti ad affermare che l’inosservanza del divieto di partecipare a pubbliche riunioni da parte del soggetto sottoposto alla misura della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno, non integrava il reato previsto dall’art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011, in virtù della ritenuta indeterminatezza della nozione e attesa l’astratta possibilità di configurare addirittura una violazione dell’articolo 17 della Costituzione ai danni del sorvegliato speciale di p.s. Era seguita una pronuncia²⁴¹ che, al contrario, aveva ribadito che il divieto (che costituiva una prescrizione specifica) in argomento era riferibile a qualsiasi riunione (sia in luogo pubblico sia aperta al pubblico) in considerazione della esigenza di impedire al sorvegliato speciale di avere contatti con altri soggetti che potessero, per un verso, costituire occasioni per commettere delitti e, per altro verso, determinare un’oggettiva impossibilità di controllo dal parte degli organi di Polizia. Vi era stato, peraltro, anche un terzo filone²⁴² che, con un’interpretazione convenzionalmente orientata, atteso che *i contatti da vietare sono solo quelli che incrementano il rischio di pericolosità*, per fondare una responsabilità penale, aveva ritenuto necessario che dovessero essere espresse *la ragioni della limitazione alla libertà di partecipare a riunioni pubbliche e a comizi elettorali* e che, in assenza di tale illustrazione, *la prescrizione si risolveva a «compressione generalizzata di una libertà fondamentale, senza correlarsi all’aspetto della ritenuta pericolosità sociale e senza, soprattutto, dire per quale ragione essa imposizione si renda, nel singolo caso concreto, necessaria in funzione dell’attuazione del controllo di pericolosità»*²⁴³.

Il ragionamento svolto dalle sezioni unite appare assolutamente coerente con l’ordinamento e soprattutto con il c.d. diritto vivente, che in concreto segna i limiti esterni delle disposizioni normative in vigore²⁴⁴; in altre parole, un concetto univoco di

²⁴⁰ Cass. pen., sez. I, 9.4.2018, n. 31322. Sull’argomento, G. AMARELLI, [Ulteriormente ridotta la tipicità del delitto di violazione degli obblighi inerenti alla misura di prevenzione: per la Cassazione anche il divieto di partecipare a pubbliche riunioni contrasta con il principio di determinatezza](#), in *Dir. pen. cont.*, 19.7.2018.

²⁴¹ Cass. pen., sez. I, 8.5.2018, n. 28261.

²⁴² Cass. pen., sez. I, 6.6.2018, n. 49731.

²⁴³ E. ZUFFADA, ult. op. cit., ipotizzava un divieto applicabile *soltanto a quei sorvegliati, la cui partecipazione a riunioni pubbliche può comportare un pericolo per la pubblica sicurezza essendo innegabile che esistano talune categorie di soggetti socialmente pericolosi, rispetto ai quali il divieto di partecipare a pubbliche riunioni non svolge alcuna funzione preventiva* (es. il “corrotto socialmente pericoloso” o lo “stalker socialmente pericoloso”).

²⁴⁴ F. VILASI, *Le sezioni unite chiamate a pronunciarsi sulla punibilità della partecipazione del soggetto sottoposto a sorveglianza speciale ad una manifestazione sportiva tenuta in un luogo aperto al pubblico*, in *Discrimen*, 11.3.2019, pag. 10, *rileva la mancanza di un parametro oggettivo da cui muovere nella ricerca di un modello di comportamento che consenta di definire con chiarezza l’inosservanza del divieto in questione.*

pubblica riunione esiste e il suo significato è ordinariamente conoscibile dalla generalità dei consociati, che sono in grado di prevedere le conseguenze giuridiche del proprio libero agire. Altrettanto innegabile è la considerazione che la prevenzione della pericolosità e dei reati debba necessariamente passare attraverso il contenimento di tutte quelle occasioni e circostanze che, da un canto, possono in concreto favorire la commissione di delitti e, dall'altro, impedire il controllo di soggetti pericolosi a tutela della collettività²⁴⁵.

Il percorso interpretativo convenzionalmente orientato della Suprema Corte²⁴⁶, nonostante l'inequivoca indicazione letterale (il Tribunale qualora disponga l'applicazione di una misura di prevenzione in ogni caso prescrive...), ha raggiunto il suo culmine subordinando l'adozione delle prescrizioni dei divieti di partecipare a pubbliche riunioni e di permanere in abitazione durante gli orari notturni a specifiche e verificate condizioni, da correlarsi alla specificità della pericolosità sociale del proposto e non in maniera automatica. La lettura è indubbiamente attraente se tesa alla risocializzazione e rieducazione del sorvegliato. L'idea di cucire addosso al sorvegliato specifiche prescrizioni, motivate da esigenze di controllo che tengano conto delle condotte precedenti ma che, al contempo, evitino di emarginare il proposto e di prestare il fianco a teorie circa asseriti effetti criminogeni delle misure di prevenzione, consentendo al prevenuto di dimostrare concretamente il proprio ravvedimento, appare senza dubbio meritevole di essere percorsa. In tale ottica, il ridimensionamento di alcune prescrizioni (es. divieto di accedere agli esercizi pubblici e ai locali di pubblico trattenimento) potrebbe consentire al proposto di dimostrare che l'esigenza di controllo sociale correlata alla sua pericolosità è venuta meno e che il percorso di risocializzazione²⁴⁷, auspicato anche dai giudici costituzionali²⁴⁸, è iniziato. Tale lettura si concilia con la finalità della più blanda tra le misure di prevenzione: l'avviso orale del Questore, che si sostanzia in un ammonimento orale con l'invito a tenere una condotta conforme alla Legge. Tuttavia, proprio l'ineludibile (ma per la Corte E.d.u. vago e indeterminato) presupposto della pericolosità (generica) posto a fondamento della confisca ha rischiato di minare anche tale fondamentale strumento di contrasto alla criminalità²⁴⁹.

²⁴⁵ Cass. pen. sez. I, 26.2.2018, n. 12889, ha ritenuto legittimo il divieto di utilizzare apparecchi telefonici e di conseguenza integrata la fattispecie di cui all'articolo 75 C.A.M., considerando che la prescrizione in argomento avesse imposto un comportamento specifico e possedesse, in conseguenza di ciò, un «un contenuto determinato e specifico», a cui poter attribuire valore precettivo, aggiungendo che *laddove si escludesse la possibilità di emettere prescrizioni accessorie, ..., si snaturerebbero le finalità preventive perseguite da tali misure.*

²⁴⁶ Cass. pen., sez. VI, 29.5.2019, n. 25771. Sul punto, cfr., E. ZUFFADA, [La Cassazione scardina in via interpretativa l'automatismo applicativo delle prescrizioni inerenti la sorveglianza speciale: verso una nuova questione di legittimità costituzionale?](#), in *Dir. pen. cont.*, 23.9.2019.

²⁴⁷ Anche A. BALSAMO – G. LUPARELLO, *La riforma del codice antimafia*, cit., pag. 649, ritengono che le misure di prevenzione debbano salvaguardare esigenze di risocializzazione. *Contra*, F. CONSULICH, *La sanzione senza precepto. Verso un congedo delle misure di prevenzione dalla materia penale?*, cit., pag. 22.

²⁴⁸ Corte cost., 20 marzo 1975, n. 69.

²⁴⁹ In senso concorde, F. VIGANÒ, [La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali](#), in *Dir. pen. cont.*, 3.3.2017.

In prospettiva, appare condivisibile l'opinione²⁵⁰ che intravedeva nella sentenza un'occasione per costruire un unico, moderno processo al patrimonio fondato su tre pilastri: codificazione del giusto processo patrimoniale, definitiva scissione tra misure personali e patrimoniali e introduzione di nuovi presupposti soggettivi per l'applicazione della confisca.

In senso analogo, seppure limitatamente alle misure personali, un'altra opinione²⁵¹ ha sostenuto che la sentenza ha rappresentato l'occasione per disciplinare obiettivamente le categorie di pericolosità, gli strumenti di accertamento e i reati che le misure mirano a prevenire. In maniera critica, altra dottrina²⁵² ha affermato che le misure di prevenzione *costituiscono ormai lo strumento prediletto di Procure e Tribunali per ovviare al naufragio degli strumenti ordinari della repressione penale*. Invero, la giurisprudenza successiva alla decisione della C.e.d.u. ha evidenziato come le preoccupazioni manifestate da gran parte della dottrina fossero per lo più enfatizzate.

A tal riguardo, i Supremi giudici²⁵³ hanno correttamente osservato che, sebbene la valutazione espressa dalla Corte sulla cattiva qualità della Legge n. 1423/1956 costituisca un segnale di sofferenza del sistema delle misure di prevenzione, tale giudizio non può atteggiarsi a effetto demolitorio dell'intera piattaforma normativa interna, posto che la stessa C.e.d.u., in più occasioni, ha evidenziato la legittimità convenzionale e la sostanziale doverosità di una frazione dell'ordinamento giuridico che contenga aspetti tesi alla prevenzione delle condotte aggressive verso beni giuridici primari.

7. La sentenza della Corte costituzionale 24 gennaio 2019 n. 24.

I Giudici della Consulta, risolvendo la questione di legittimità costituzionale sollevata con l'ordinanza del 15 marzo 2017 dalla Corte d'Appello di Napoli²⁵⁴, con una

²⁵⁰ Per F. MENDITTO, [La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione](#), in *Dir. pen. cont.*, 26.4.2017, pag. 49.

²⁵¹ F. BALATO, [Su talune recenti prese di distanza dalla sentenza della Corte EDU de Tommaso da parte della giurisprudenza di merito](#), in *Dir. pen. cont.*, 13.4.2017

²⁵² M. DE LONGIS – C. FATTA, *Profili critici e conseguenze pratiche della decisione della Grande Camera sulle misure di prevenzione*, in *Giurisprudenz Penale*, 5/2017. Per A. CISTERNA, *Confische patrimoniali "proposte" anche da questore e capo Dia*, cit., pag. 73, i successivi interventi legislativi rischiano di "compromettere il regime d'eccezione sinora tollerato" dalla Corte di Strasburgo, che è apparsa "abbastanza mite sul versante patrimoniale della prevenzione, mentre ha colpito con durezza il sistema della prevenzione personale".

²⁵³ Cass. pen., sez. I, 15.6.2017, n. 349.

²⁵⁴ Corte d'Appello di Napoli 8ª sezione penale, 14 marzo 2017, disponibile su [Dir. pen. cont.](#), con nota di F. VIGANÒ. Secondo i giudici di merito, le misure di prevenzione (personali e patrimoniali), laddove fondate sulla pericolosità generica, erano ritenute in contrasto con l'art. 117 della Costituzione in relazione sia all'art. 2 protocollo 4 C.e.d.u. (relativamente alle misure *personali*) sia all'art. 1 del primo protocollo addizionale C.e.d.u. (relativamente alla confisca). La questione andava poi estesa anche alla confisca fondata sulla pericolosità c.d. generica, in virtù dell'intervento "totalmente demolitivo" della sentenza De Tommaso che poteva condurre al paradossale assetto normativo per cui persone non pericolose (in base alla decisione della C.e.d.u.) avrebbero potuto essere destinatarie di misure di prevenzione patrimoniali, trasformando così le predette misure in una "vietata *actio in rem*". Per un'interpretazione contraria si veda

sentenza interpretativa di rigetto, hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale degli articoli:

a. 4, comma 1, lett. c), del D.Lgs. n. 159 del 2011, nella parte in cui stabilisce che i provvedimenti previsti dal capo II (misure di prevenzione applicate dall'Autorità giudiziaria) si applichino anche ai soggetti indicati nell'art. 1, lett. a);

b. 16 del D.Lgs. n. 159 del 2011, nella parte in cui stabilisce che le misure di prevenzione del sequestro e della confisca, disciplinate dagli articoli 20 e 24, si applichino anche ai soggetti indicati nell'art. 1, lett. a).

Nelle motivazioni della decisione, i Giudici hanno ricostruito il percorso storico-culturale e giuridico di tutto il sistema della prevenzione italiano per evidenziare le garanzie costituzionali e convenzionali che sorreggono le citate misure.

Innanzitutto, secondo l'interpretazione della Corte, le misure di prevenzione non presentano nella sostanza carattere sanzionatorio-punitivo, seppure uno dei presupposti per la loro applicazione sia costituito da "pregresse attività criminose".

Esse mostrano "una chiara finalità preventiva anziché punitiva", proprio perché mirano a garantire alla comunità maggiore sicurezza attraverso il controllo che l'Autorità di pubblica sicurezza svolge nei confronti dei soggetti sottoposti a misura di prevenzione. La Consulta ha ritenuto, quindi, che la dimensione afflittiva delle misure in argomento sia solo un effetto e non già la ragione principale della loro applicazione. Tant'è vero che anche la Corte E.d.u. ha escluso la natura punitiva delle misure di prevenzione, affermando invece che esse costituiscono "misure limitative della libertà di circolazione personale", come tali subordinate ai requisiti d'idonea base legale, legittima finalità e proporzionalità in relazione all'esigenza di assicurare un ordinato vivere civile. In virtù di tale interpretazione, la Corte Costituzionale ha ritenuto che la tutela approntata dalla legislazione nazionale sia addirittura superiore rispetto a quella richiesta in sede europea, perché ricondurre le misure di prevenzione nel paradigma dell'articolo 13 della Carta Fondamentale comporta necessariamente l'applicazione delle garanzie legali, tra cui quella essenziale della riserva di giurisdizione che in sede europea, per le misure limitative della libertà di circolazione, non è richiesta. La decisione ha costituito l'occasione per confermare che la confisca non ha natura sanzionatorio-punitiva; essa deve essere, invece, intesa come una misura che necessariamente e naturalmente consegue all'illecita acquisizione di un bene che, poiché acquisito con proventi di attività illecita, presenta in origine un "vizio genetico" nella costituzione del relativo diritto di proprietà che non è, in alcun caso, opponibile nei confronti dell'ordinamento giuridico.

invece, Tribunale Milano, sezione autonoma misure di prevenzione, decreto n.13/17 M.P., 7 marzo 2017, che nell'applicare la sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno per una persona "a pericolosità generica" non ha considerato il percorso interpretativo della Corte Edu perché *non espressivo di un orientamento definitivo*. Per un commento al citato decreto, S. FINOCCHIARO, [Come non detto. Per il Tribunale di Milano la sentenza della Grande Camera de Tommaso in materia di misure di prevenzione non integra un precedente consolidato](#), in *Dir. pen. cont.*, 13.4.2017. Cfr. anche, Tribunale Palermo, sezione I penale – misure di prevenzione, 28 marzo 2017.

In altri termini, non può esservi alcuna funzione sociale se la proprietà è stata acquisita illecitamente. In tale caso, lo scopo del sequestro e della confisca è meramente riparatorio e ripristinatorio; l'ablazione consente di "neutralizzare" l'arricchimento di cui il proposto non potrebbe godere, se l'attività illecita che è alla base non fosse stata compiuta. I giudici costituzionali hanno sostenuto tale tesi con il ragionamento già svolto dalla stessa Corte E.d.u.²⁵⁵, che aveva ritenuto compatibile con la Convenzione (riconoscendone la natura "compensatoria e preventiva") una confisca senza condanna di beni acquisiti grazie a condotte illecite che non possono, anche laddove rimangano impunte, assicurare alcun vantaggio economico.

Muovendo da una ricostruzione storica delle misure di prevenzione, che affondano le radici nella Legislazione ottocentesca, la Corte ha riconosciuto il lodevole sforzo interpretativo in funzione tassativizzante compiuto dalla giurisprudenza, che ha determinato anche una graduale tipizzazione delle categorie dei soggetti destinatari dei provvedimenti previsti dal vigente codice antimafia.

Il Giudice delle Leggi ha riaffermato il principio della duplicità delle fasi per pervenire all'applicazione di una misura di prevenzione: di natura diagnostica-constatativa, la prima, e prognostica, la seconda. Solo dopo aver inquadrato (con un giudizio retrospettivo basato su elementi di fatto) il proponendo in una delle fattispecie previste e tipizzate dal Legislatore è legittimo procedere alla formulazione di una prognosi relativa alla probabilità che il predetto possa in futuro commettere altri reati²⁵⁶.

Ecco emergere quelle garanzie di tutela dei diritti che alcuni, tuttora, non riconoscono. Questa duplice fase costituisce un filtro e un argine ai paventati abusi prospettati da dottrine che guardano al potere di proposta del Questore e del Direttore della D.I.A. come una minaccia per i diritti individuali.

La Consulta ha, poi, svolto un'analisi per verificare se, nel corso degli anni, l'interpretazione fornita dalla Giurisprudenza di legittimità sia stata in grado di garantire un'applicazione del complessivo sistema delle misure di prevenzione conforme a canoni e a principi tassativi che siano "prevedibili da parte dei consociati", sulla considerazione che in materia prevenzionale – differentemente da quanto avviene in materia penale (dove l'interpretazione non può colmare l'originaria carenza di precisione del precetto penale) – l'attività interpretativa (fornita da una giurisprudenza conforme e costante) appare in grado di colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto.

Ebbene, i Giudici delle Leggi, limitatamente alla fattispecie di pericolosità prevista dall'articolo 1, comma 1, lett. b)²⁵⁷ del D.Lgs. n. 159/2011, hanno ritenuto che essa non si ponga in contrasto con i principi costituzionali di tassatività e di precisione che sono garantiti attraverso la costante e uniforme interpretazione fornita dalla giurisprudenza²⁵⁸; in altre parole, ciascun consociato è in grado di prevedere

²⁵⁵ Corte e.d.u., sez. IV, 12.5.2015, n. 36862/05, Gogitidze e altri c. Georgia

²⁵⁶ Cfr. cass. pen., sez. V, 14.10.2019, n. 2503. Cass. pen., sez. I, 20.12.2019, n. 12322.

²⁵⁷ Coloro che per la condotta e il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose.

²⁵⁸ Cass. pen., sez. I, 10.1.2020, n. 11661.

ragionevolmente in quali casi e per quali ragioni potrà essere sottoposto a una misura di prevenzione (personale e patrimoniale).

In altri termini, secondo i Giudici della Consulta, la giurisprudenza è riuscita a tipizzare i presupposti per l'applicazione delle misure in argomento attraverso la presenza di tre requisiti:

- a. delitti commessi abitualmente dal soggetto (in un significativo arco temporale);
- b. delitti che abbiano effettivamente generato profitto in favore del proposto;
- c. profitti che abbiano costituito in tutto o almeno in parte l'unica fonte di reddito del proposto.

Sulla base del medesimo ragionamento, relativamente alla fattispecie di cui al medesimo articolo 1, comma 1, lett. a)²⁵⁹, i Giudici della Consulta sono pervenuti a conclusioni opposte affermando che la stessa "appare affetta da radicale imprecisione".

La definizione di "traffico delittuoso" utilizzata dal Legislatore è apparsa "generica" e "vaga", non in grado di assicurare quella necessaria tipizzazione che consente di inquadrare e di selezionare i reati (*recte*: delitti) la cui commissione può determinare l'applicazione di una misura di prevenzione.

E ciò, nonostante tutti gli sforzi interpretativi finora svolti dalla Giurisprudenza che però non è riuscita a precisarne l'ambito applicativo.

La Corte Costituzionale ha, dunque, ritenuto che la disposizione sia, prima di tutto, in contrasto con gli articoli 13 e 42 della Carta Fondamentale e, poi, con gli artt. 1 e 2 del protocollo C.e.d.u., in riferimento all'art. 117 Cost.

La decisione, condivisibile sotto un profilo interpretativo, appare sostanzialmente priva di effetti. L'eliminazione della categoria delle persone abitualmente dedite a traffici delittuosi dal novero dei soggetti per i quali è possibile attivare il processo prevenzionale non ha ridotto l'alveo dei destinatari delle misure di prevenzione né indebolito il sistema. La categoria era ridondante. Si può ritenere, infatti, che le fattispecie di pericolosità generica possano in maniera esauriente essere ricomprese nelle altre due categorie sopravvissute agli affetti della sentenza De Tommaso. Del resto, non è revocabile in dubbio che chi commette delitti lucrogenetici non sia mosso da filantropia ma dalla brama di arricchimento per soddisfare i propri bisogni di vita mentre chi compie reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica faccia parte di una categoria di chiusura strutturata per preservare in una dimensione collettiva le condizioni essenziali necessarie alla convivenza civile.

Parte della dottrina²⁶⁰ si è posizionata su fronti opposti, sostenendo che la via prescelta dalla giurisprudenza non risolve i problemi di indeterminatezza della disciplina in esame, soprattutto laddove si consideri che la sentenza De Tommaso avrebbe posto in evidenza una lacuna normativa non rimarginabile in sede

²⁵⁹ Coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi.

²⁶⁰ G. AMARELLI, *Misure di prevenzione e principio di indeterminatezza*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2019, pag. 104 e segg.

interpretativa. Altra qualificata opinione²⁶¹, da un lato, ha riconosciuto che la decisione “potenzia” il sistema della prevenzione *ante delictum*, dall’altro, l’ha criticata affermando che il salvataggio delle misure di prevenzione ha determinato il rafforzamento di un’inedita categoria di misure *post delictum* a “prova contratta” o a “mera base indiziaria”.

Si può in conclusione sostenere che – allo stato – la sentenza “De Tommaso” 23 febbraio 2017 della Corte E.d.u. non abbia avuto i riflessi negativi e demolitori che la dottrina e, in parte anche la Giurisprudenza, avevano paventato.

Anzi, la decisione della Corte Edu ha consentito di stabilire un principio di legittimità costituzionale per le misure di prevenzione e di riaffermare la loro compatibilità con l’ordinamento giuridico italiano.

²⁶¹ V. MAIELLO, *Gli adeguamenti della prevenzione ante delictum nelle sentenze costituzionali nn. 24 e 25*, in *Dir. Pen. e Pro.*, 2020, 1, 107. Secondo l’autore, la Corte avrebbe dovuto adottare un dispositivo di accoglimento della quaestio relativa all’indeterminatezza legale di entrambe le fattispecie di pericolosità generica.

NON PUNIBILITÀ PER PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO E REATO CONTINUATO: VERSO UNA POSSIBILE COMPATIBILITÀ?

di Francesco Nigro Imperiale

*Nota a [Cass., Sez. III, sent. 4 ottobre 2019 \(dep. 11 dicembre 2019\),
n. 50002, Pres. Izzo, Est. Galterio](#)*

SOMMARIO: 1. La causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto: un costante stimolo per gli interpreti. – 2. Il caso. – 3. Alcuni “punti fermi” sull’interpretazione del terzo comma dell’art. 131-bis c.p. – 4. La particolare tenuità del reato continuato: gli orientamenti in giurisprudenza. – 5. Possibili interazioni tra il reato continuato e l’abitudine del comportamento preclusiva della particolare tenuità del fatto. – 6. Conclusioni.

1. La causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto: un costante stimolo per gli interpreti.

A distanza ormai di cinque anni dalla sua entrata in vigore¹, la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto continua ad essere di costante stimolo per gli interpreti perchè fornisce sempre nuovi spunti di riflessione e porta all’attenzione della giurisprudenza questioni che spesso non vengono risolte in modo univoco².

La ragione della presenza di interpretazioni differenti sul punto è da ricercare anzitutto nell’ampia discrezionalità attribuita al giudice nell’esaminare i due criteri della particolare tenuità dell’offesa e della non abitudine del comportamento necessari per

¹ L’art. 131bis c.p. - rubricato “Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto” - è stato introdotto nel nostro ordinamento con il D.lgs. 16 marzo 2015, n. 28. Per riferimenti al retroterra culturale e ai fattori di stimolo a tale riforma si veda AMARELLI, *L’esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. Inquadramento dottrinario, profili politico-criminali e problemi applicativi del nuovo art. 131-bis c.p. (Prima parte)*, in *Studium Iuris*, 2015, 9, 968 ss.; GULLO, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.*, in AA.VV., *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, QUATTROCOLO (a cura di), Torino, 2015, 3 ss.

² V. con particolare riferimento alla controversa nozione di “comportamento non abituale” CORBO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.* 2016, 6S, 34 s.: «Numerose sono le questioni non definitivamente risolte o, addirittura, oggetto di contrasto giurisprudenziale. Si pensi, ad esempio, alla esatta individuazione dell’ambito operativo del requisito della “non abitudine del comportamento”»; GULLO, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 9; PENCO, *(Ir)rilevanza delle condotte riparatorie successive al reato ai fini del giudizio di particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.*, in *Giur. it.* 2018, 6, 1506; ROSSI, *Il nuovo istituto della “non punibilità per particolare tenuità del fatto”: profili dogmatici e scelte di politica criminale*, in *Dir. pen. proc.* 2016, 4, 542 ss.

dichiarare il fatto non punibile *ex art. 131bis c.p.*³. Il legislatore, infatti, in vista dello scopo politico-criminale da perseguire, ha evitato di fissare rigidi parametri di valutazione al fine di consentire la più ampia applicazione della disciplina a tutti i casi concreti che risultassero conformi alla *ratio* della particolare tenuità del fatto. L'altra "faccia della medaglia" di questa scelta, però, è rappresentata da incertezze interpretative relative a istituti di comune rilevanza nella prassi applicativa⁴. Con l'introduzione della causa di non punibilità in parola l'intento del legislatore è stato quello realizzare una "depenalizzazione in concreto", coerentemente con la natura di *extrema ratio* propria del diritto penale⁵, con il principio di proporzione tra risposta sanzionatoria e offensività del fatto, con un obiettivo di deflazione processuale e con il principio della finalità rieducativa della pena: il giudice deve procedere ad una valutazione di meritevolezza della pena nel caso concreto, constatando se quel fatto di reato – astrattamente integrato in tutti i suoi elementi costitutivi – abbia una carica offensiva esigua tale per cui l'irrogazione di una sanzione penale anche nel minimo risulterebbe inadeguata⁶.

Si iscrive nell'alveo delle questioni controverse il rapporto tra la particolare tenuità del fatto e l'istituto del reato continuato. Ci si chiede, in particolare, se il riconoscimento della continuazione al caso di specie precluda automaticamente al giudice la possibilità di concedere la causa di non punibilità di cui all'art. 131bis c.p. in quanto configurerebbe *ex se* un'ipotesi di "comportamento abituale" oppure imponga, comunque, al giudicante un'indagine nel caso concreto per accertare l'effettiva abitualità

³ Sulla discrezionalità attribuita all'organo giudicante v. POMANTI, *La clausola di particolare tenuità*, in *Arch. pen. online* 2015, 2, 26 ss.

⁴ Chiare le osservazioni sul tema di AMARELLI, *La particolare tenuità del fatto nel sistema della non punibilità*, in *Riv. pen.* 2019, 1, 7. V., altresì, BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.* 2015, 6, 662, secondo cui, in tema di depenalizzazione in concreto «assumono importanza centrale gli indici di valutazione della particolare tenuità». In particolare, l'Autore osserva che se sono pochi i parametri fissati dal legislatore si avrà una maggiore applicazione dell'istituto ed un maggior perseguimento degli obiettivi di politica criminale prefissati, con il rischio, però, di estendere la causa di non punibilità anche a fatti che complessivamente non risultano particolarmente tenui; al contrario, se i "paletti" fissati dal legislatore sono numerosi e stringenti le finalità dell'istituto saranno maggiormente frustrate, perchè sarà imposto all'organo giudicante un «maggior rigore nella valutazione della tenuità complessiva».

⁵ Con riferimento ai fondamenti del principio di *ultima ratio* e ai suoi rapporti con il principio di meritevolezza della pena e gli altri cardini del diritto penale v. DEMURO, *Ultima ratio: Alla ricerca di limiti all'espansione penale del diritto penale*, in *Riv. it. Dir. proc. pen.* 2013, 3, 1656 ss.

⁶ Sul punto AMARELLI, voce *Particolare tenuità del fatto*, in *Enc. dir. Annali*, X, 2017, I; GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.* 2015, 5, 517 ss.; GULLO, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 9 ss.; LARIZZA, *Particolare tenuità del fatto e responsabilità degli enti da reato*, in *Giur. it.* 2018, 8-9, 2000 ss.; MANTOVANI, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Giust. pen.* 2015, 7, 321 ss.; MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, 8°ed., 2019, 463; PADOVANI, *Codice Penale*, Milano, 7°ed., 2019, 927 ss.; RAMPIONI, *La non punibilità per la particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.* 2016, 2, 460 ss. La *ratio* di questa causa di non punibilità è stata messa ben in luce anche da Cass. Sez. Un. "Tushaj" 25 febbraio 2016, n. 13681, in *Pluris* e da Corte Cost. Ord. 10 ottobre 2017, n. 279, in *De Jure*.

Sul tema della depenalizzazione, sia in astratto che in concreto, rimane fondamentale il lavoro di PALIERO, *"Minima non curat praetor". Iperτροφία del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, 627 ss.

della condotta del reo⁷. La giurisprudenza nel corso degli anni ha dato risposte diverse a queste domande⁸ e testimonianza dell'oscillante orientamento sul tema è la sentenza che qui si annota. Vediamo, dunque, di ricostruire la vicenda oggetto di esame, così da ripercorrere le argomentazioni addotte dai giudici di legittimità.

2. Il caso.

La vicenda trae origine dal mancato versamento delle ritenute previdenziali ed assistenziali sulle retribuzioni dei propri dipendenti da parte del rappresentante legale di una s.r.l. in stato di liquidazione. La Suprema Corte ha ritenuto l'imputato responsabile del reato di cui all'art. 2, comma 1bis, del D.l. n. 463 del 1983 (convertito nella Legge n. 638 del 1983) avendo l'agente posto in essere la condotta vietata dalla norma per tre annualità consecutive (dal 2011 al 2013), confermando – in tal senso – la sentenza della Corte d'Appello e dichiarando il ricorso inammissibile perchè tutti i motivi sono stati ritenuti infondati⁹.

In particolare, nel secondo motivo di ricorso, l'imputato censurava la violazione di legge (e il conseguente vizio di motivazione) della sentenza di secondo grado con riferimento all'art. 131bis c.p. in quanto, ad opinione del ricorrente, la Corte d'Appello non aveva fornito alcuna risposta alla doglianza secondo cui la continuazione – riconosciuta dai giudici tra i reati commessi nelle diverse annualità dall'imputato – non fosse ostativa *ex se* all'applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto, quanto meno nell'ipotesi in cui le singole condotte, isolatamente considerate, fossero risultate di lieve entità¹⁰.

Nell'esame di tale motivo, la Corte di Cassazione risolve il problema "a monte", avvalorando le ragioni della sentenza impugnata che negava la causa di non punibilità perchè ritenuto carente il primo dei due criteri previsti dall'art. 131bis c.p. e, cioè, la particolare tenuità dell'offesa, impossibile da ravvisare nella reiterazione temporale delle condotte (tre annualità) e nell'elevato margine di scostamento dalla soglia di punibilità prevista dalla Legge n. 638 del 1983¹¹.

⁷ Ci si chiede, inoltre, a quale delle tre ipotesi di comportamento abituale indicate dal terzo comma dell'art. 131bis c.p. attenga la continuazione.

⁸ In tal senso AMARELLI, voce *Particolare tenuità del fatto*, cit., 13, il quale già osservava che «Il limite dell'abitudine stabilito nel comma 3 sembra costituire un ostacolo insormontabile anche nel caso di reati avvinti dal vincolo della continuazione, o per quelli in concorso materiale tra loro»; successivamente lo stesso Autore in AMARELLI, *La particolare tenuità del fatto nel sistema della non punibilità*, cit., 7, nota che: «Esiste, invece, ancora una disomogeneità interpretativa in relazione al reato continuato, confrontandosi sul punto due orientamenti opposti»; FALCONE, *La particolare tenuità del fatto: presupposti ed efficacia dell'istituto*, in *Riv. pen.*, 2018, 4, 320 ss.; MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 465; PADOVANI, *Codice Penale*, cit., 937. Dubbi sul punto erano stati sollevati anche da MANTOVANI, *La non punibilità*, cit., 322.

⁹ Cfr. Cass. Sez. III, 4 ottobre 2019, n. 50002, in *Pluris*.

¹⁰ A sostegno di tale doglianza il ricorso richiama Cass. Sez. III, 5 aprile 2017, n. 38849, in *Pluris*.

¹¹ Cfr. Cass. Sez. III, 4 ottobre 2019, n. 50002, cit.

Considerando che i due requisiti della particolare tenuità dell'offesa e della non abitudine del comportamento previsti dall'art. 131bis c.p. sono necessariamente cumulativi ai fini della concessione di questa causa di non punibilità, è sufficiente che venga meno uno dei due per portare il giudice a negare il beneficio nel caso concreto¹². La Suprema Corte, pertanto, avrebbe potuto concludere sinteticamente la motivazione sul punto¹³, ma, nonostante ciò, si è dilungata nell'esposizione degli indirizzi giurisprudenziali concernenti il rapporto tra causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto e reato continuato, perché – ci sembra – l'importanza della questione (soprattutto nella prassi) e l'assenza di una posizione univoca sul tema esigevano un chiarimento più preciso da parte della giurisprudenza di legittimità.

3. Alcuni “punti fermi” sull'interpretazione del terzo comma dell'art. 131-bis c.p.

Prima di analizzare tali orientamenti, occorre prendere le mosse da un'asserzione delle Sezioni Unite che appare fondamentale ai nostri fini: le tre ipotesi di comportamento abituale descritte dal terzo comma dell'art. 131bis c.p. sono state ritenute tassative dal massimo consesso: è una norma – osserva la Corte – di tipizzazione dell'abitudine che intende escludere dall'ambito della causa di non punibilità i comportamenti indici di una "serialità" criminosa dell'agente¹⁴. Di conseguenza, affinché la condotta del reo sia qualificabile come abituale (e, per questa ragione, ostativa all'applicazione dell'art. 131bis c.p.) va necessariamente inquadrata o nell'ipotesi di commissione di più reati della stessa indole, o in una fattispecie di reato che abbia ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate oppure deve essere riferita ad un soggetto che sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza.

L'accertamento di quest'ultimo *status* non pone problemi interpretativi in quanto richiede una precedente pronuncia giudiziaria che abbia dichiarato l'imputato delinquente abituale, professionale o per tendenza: la pericolosità sociale già dimostrata

¹² In proposito chiarisce GULLO, *Art. 131bis. Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in DOLCINI, GATTA (a cura di), *Codice penale commentato. Tomo I*, Milano, 4^{ed.}, 2015, 1953 ss., che «L'art. 131bis non stabilisce, infine, alcuna gerarchia tra i diversi criteri enunciati, i quali dunque devono entrambi sussistere affinché sia possibile formulare il giudizio di particolare tenuità del fatto». V. anche ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.* 2017, 3, 407: «L'art. 131bis c.p. esclude la punibilità in presenza due presupposti applicativi [...] Si tratta di presupposti entrambi necessari». In tal senso anche Cass. Sez. III, 8 aprile 2015, n. 15449, in *Pluris*, secondo cui, il tenore letterale della disposizione richiede «congiuntamente e non alternativamente» la sussistenza dei due criteri.

¹³ V. Cass. Sez. III, 4 ottobre 2019, n. 50002, cit.

¹⁴ Chiare sul punto le Sez. Un. "Tushaj" 25 febbraio 2016, cit. V., altresì, ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 408: «Tali ipotesi paiono essere tassative, anche in considerazione del fatto che il legislatore non fornisce una definizione positiva di comportamento non abituale, a cui ricondurre ulteriori casi di comportamento abituale»; AMARELLI, voce *Particolare tenuità del fatto*, cit., 17: «Tale elenco, peraltro, nonostante il diverso parere originario del legislatore storico, è stato considerato tassativo e non meramente esemplificativo»; RAMPIONI, *La non punibilità*, cit., 467.

dall'agente preclude il riconoscimento del beneficio¹⁵. Lo stesso, tuttavia, non può dirsi per le altre due ipotesi descritte dalla norma: nell'analisi della pluralità di reati della stessa indole ovvero del reato che abbia ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate non è richiesta, invero, una precedente statuizione del giudice¹⁶.

In particolare, rientrano nell'ambito della pluralità di reati della stessa indole anche condanne non ancora passate in giudicato, reati accertati incidentalmente e dichiarati non punibili *ex art. 131bis* c.p. (il tenore letterale della disposizione è chiaro sul punto), condotte criminose successive a quella in esame e, persino, fatti rilevanti nel medesimo procedimento al vaglio dell'organo giudicante utili per apprezzare la capacità a delinquere dell'agente e l'abitudine delittuosa del suo comportamento¹⁷. Nel caso di più violazioni della stessa norma incriminatrice o di disposizioni penali aventi "caratteri fondamentali comuni", l'episodio criminale nel suo complesso assume una gravità incompatibile con la finalità della causa di non punibilità, a prescindere dall'eventuale particolare tenuità – e dalla conseguente esenzione da pena *ex art. 131bis* c.p. – delle singole violazioni che lo compongono¹⁸.

Requisito essenziale per l'operatività di questa condizione ostativa è rappresentato dal fatto che i reati della stessa indole commessi dall'agente devono essere in totale almeno tre: il reato in relazione al quale si discute l'applicabilità dell'*art. 131bis* c.p. in aggiunta ad almeno altri due illeciti, precedenti o successivi a quello in esame. È in questo modo che si realizza quella serialità del comportamento del reo che preclude l'applicazione della particolare tenuità del fatto¹⁹.

¹⁵ In proposito BRIZI, *L'applicabilità dell'art. 131-bis nelle ipotesi di continuazione di reati: un dialogo davvero (im)possibile?*, in *Cass. pen.* 2016, 9, 3276; PADOVANI, *Codice Penale*, cit., 936: «Mentre il riferimento agli istituti codicistici relativi alla dichiarazione di abitudine, professionalità o tendenza a delinquere non pone alcun problema ermeneutico, l'attenzione sia della giurisprudenza che della dottrina si è concentrata sulle altre ipotesi di abitudine del comportamento indicate dall'*art. 131bis* c. 3».

¹⁶ Cfr. Cass. Sez. II, 15 novembre 2016, n. 1, in *Pluris*.

¹⁷ Cfr. Cass. Sez. Un. 25 febbraio 2016, cit.: «La pluralità dei reati può concretarsi non solo in presenza di condanne irrevocabili, ma anche nel caso in cui gli illeciti si trovino al cospetto del giudice che, dunque, è in grado di valutarne l'esistenza». Sul punto anche GULLO, *Art. 131bis*, cit., 1957.

¹⁸ In tal senso Cass. Sez. III, 4 aprile 2017, n. 776, in *Pluris*: «Quando il soggetto agente abbia violato più volte la stessa o più disposizioni penali sorrette dalla medesima *ratio punendi*, [si ritiene che] egli non possa avvantaggiarsi della menzionata causa di non punibilità, in quanto, in tale evenienza, è la stessa norma a considerare il "fatto", secondo una valutazione complessiva in cui perde rilevanza l'eventuale particolare tenuità dei singoli segmenti in cui esso si articola, connotato, nella sua dimensione "plurima", da una gravità tale da non potere essere considerato di particolare tenuità»; GULLO, *Art. 131bis*, cit., 1957: «La logica sottostante è quella di non riconoscere la causa di non punibilità nei confronti di chi abbia dimostrato una capacità a delinquere che indizia il carattere "non bagatellare" dell'autore».

¹⁹ Lo mette ben in luce la giurisprudenza sul punto: v., da ultimo, Cass. Sez. VI, 9 gennaio 2020, n. 6551, in *DeJure*. Secondo l'insegnamento delle Sez. Un. 25 febbraio 2016, cit.: «Il tenore letterale lascia intendere che [...] il terzo illecito della medesima indole dà legalmente luogo alla serialità che osta all'applicazione dell'istituto». Per ulteriori riferimenti in dottrina v. ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 409; GULLO, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 30: l'unica recidiva ostativa sarebbe quella reiterata e specifica, tuttavia, poichè la norma non fa riferimento alla necessità che essa sia riconosciuta e applicata, l'abitudine del comportamento potrà essere integrata anche in mancanza della dichiarazione di recidiva; PADOVANI, *Codice Penale*, cit., 936. Per un ulteriore commento in merito all'ampiezza dell'interpretazione del concetto di

Ai sensi dell'art. 101 c.p., nell'analisi dell'indole degli illeciti commessi, il giudice è chiamato a effettuare un esame di tutte le circostanze del caso concreto per verificare se i reati in questione presentino "caratteri fondamentali comuni" alla luce della "natura dei fatti che li costituiscono" o dei "motivi che li determinarono"²⁰. Il più significativo parametro da utilizzare in questa indagine è il bene giuridico protetto dalle norme violate, in seguito sarà utile osservare anche le modalità esecutive, il contesto spazio-temporale dei reati e gli aspetti della natura del reo che rendano evidente un'inclinazione verso una particolare tipologia criminosa; dal punto di vista soggettivo, invece, andranno considerate soprattutto le finalità dell'azione²¹.

Per quanto concerne l'ultima ipotesi di comportamento abituale prevista dal terzo comma dell'art. 131bis c.p., ad avviso della Suprema Corte è necessario attribuire un significato distinto alle tre nozioni ivi contenute al fine di evitare un'inutile ripetizione semantica: si dovranno, quindi, intendere per "plurime" le condotte anche disomogenee che intervengono un numero considerevole (almeno tre) di volte, per "abituale" le condotte non episodiche poste in essere con una certa metodicità e per "reiterate" quelle condotte ripetute nel tempo con le stesse modalità fenomeniche²².

Secondo parte della dottrina, nel concetto di condotte abituali e reiterate rientrerebbero non solo i reati necessariamente abituali, ma anche i reati eventualmente abituali, mentre nell'ambito delle condotte plurime troverebbero spazio quelle fattispecie astratte in cui sono tipizzate condotte progressive²³. In ogni caso, ci troviamo di fronte a reati che presentano come elemento costitutivo della fattispecie la serialità, intesa come abitualità della condotta o come successione nel tempo di diverse azioni, ciascuna delle quali penalmente rilevante²⁴.

La *ratio* di questa previsione normativa consiste nel precludere l'applicabilità dell'art. 131bis c.p. a quei reati aventi una struttura intrinsecamente abituale e come tali

pluralità di reati della stessa indole fornita dalle Sezioni Unite v. BARTOLI, *La particolare tenuità del fatto è compatibile con i reati di pericolo presunto*, in *Giur. it.* 2016, 7, 1740.

²⁰ Così Cass. Sez. V, 30 maggio 2018, n. 53401, in *Pluris*.

²¹ Cfr. Cass. Sez. Un. 25 febbraio 2016, cit. con nota di BARTOLI, *La particolare tenuità del fatto è compatibile con i reati di pericolo presunto*, cit., 1740.

²² Così Cass. Sez. III, 20 novembre 2018, n. 16502, in *Pluris*. In precedenza Cass. Sez. Un. 25 febbraio 2016, cit., le quali portano i seguenti esempi: reato di lesioni colpose commesso con violazione delle norme sulla sicurezza del lavoro, generata dalla mancata adozione di distinte misure di prevenzione e da un consolidato disinteresse per la sicurezza (condotte plurime), reato di maltrattamenti in famiglia (condotte abituali), reato di atti persecutori (condotte reiterate). *Contra* GULLO, *Art. 131bis*, cit., 1958, il quale, richiamando il dibattito parlamentare sullo schema di decreto (p. 18 del resoconto stenografico della seduta del 28.01.2015 della Commissione Giustizia della Camera), osserva che «emerge chiaramente come retroterra dell'esclusione compiuta fossero i reati abituali». Secondo l'Autore, quindi, le tre qualificazioni delle condotte devono essere lette in una logica unitaria, facendo riferimento ai reati necessariamente abituali. In questa direzione si è mossa anche Cass. Sez. II, 15 novembre 2016, n. 1, cit., la quale sintetizza la preclusione in parola con l'espressione «reato a struttura abituale».

²³ In tal senso BARTOLI, *La particolare tenuità del fatto è compatibile con i reati di pericolo presunto*, cit., 1740, il quale porta l'esempio della promessa e della dazione laddove entrambe le condotte vengano realizzate.

²⁴ In argomento ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 409 ss.; PADOVANI, *Codice Penale*, cit., 937; ROSSI, *Il nuovo istituto*, cit., 542. Sulle difficoltà di ricostruire tale condizione preclusiva come riferita ad una pluralità di reati o ad un singolo reato v. POMANTI, *La clausola di particolare tenuità*, cit., 16.

incompatibili con lo scopo perseguito dalla causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto²⁵.

Quanto emerge da tale disamina è la volontà del legislatore di attribuire alla nozione di "comportamento abituale" rilevante ai fini dell'esclusione dall'art. 131*bis* c.p. un significato proprio della causa di non punibilità in questione, autonomo e indipendente da altri istituti o concetti già propri del diritto penale (come la recidiva o l'occasionalità nel reato) e, pertanto, non sovrapponibile *tout court* ad essi, bensì da valutare alla stregua dell'apposito sottosistema fornito nella disposizione legislativa²⁶.

A ciò si aggiunga che l'assenza di una definizione normativa di "comportamento non abituale", unitamente all'elencazione di ipotesi tassative in cui – al contrario – il comportamento è qualificabile come tale, induce a ritenere che sarà sempre il giudice a dover verificare, nell'esercizio del suo potere discrezionale e sulla base delle peculiarità del caso concreto, la sussistenza di questo criterio soggettivo²⁷.

4. La particolare tenuità del reato continuato: gli orientamenti in giurisprudenza.

Veniamo ora ad esaminare il controverso rapporto, prospettato in giurisprudenza, tra la figura del reato continuato e la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto.

Il primo indirizzo si fa risalire a quelle pronunce che escludono automaticamente l'applicabilità della causa di non punibilità ai reati avvinti dal vincolo della continuazione in forza dell'assunto per cui il reato continuato rappresenterebbe un'ipotesi di "comportamento abituale" ostativa *ex se* al riconoscimento del beneficio, in quanto «la reiterazione delle condotte penalmente rilevanti» costituirebbe «il segno di una devianza non occasionale» dell'agente²⁸. In tale circostanza la Corte ha inquadrato il reato continuato nella terza fattispecie preclusiva del terzo comma dell'art. 131*bis* c.p.

²⁵ Cfr. Cass. Sez. Un. 25 febbraio 2016, cit.; FALCONE, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 317.

²⁶ Sul punto Cass. Sez. Un. 25 febbraio 2016, cit.: «Il nuovo istituto dell'abitualità è frutto del sottosistema generato dalla riforma ed al suo interno deve essere letto»; Cass. Sez. VI, 28 marzo 2017, n. 26867, in *Pluris*, la quale ribadisce che la condizione ostativa del comportamento abituale «non può essere confusa con la recidiva o con una generica proclività a delinquere dell'imputato»; Cass. Sez. IV, 7 gennaio 2016, n. 7905, in *Pluris*, in tema di autonomia di giudizio tra sospensione condizionale della pena e particolare tenuità perché la presenza di un precedente penale (che preclude la concessione della prima) non è ostativa a priori all'applicazione della seconda. V., altresì, AMARELLI, voce *Particolare tenuità del fatto*, cit., 17, il quale afferma che «il concetto di abitualità debba essere [...] ricostruito alla luce della *ratio* della riforma di escludere dall'ambito della particolare tenuità le cosiddette condotte "seriali" a prescindere da precedenti sentenze definitive»; BARTOLI, *La particolare tenuità del fatto è compatibile con i reati di pericolo presunto*. cit., 1740 sull'ampia nozione di "comportamento abituale" accolta dalla giurisprudenza; FALCONE, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 317; GULLO, *Art. 131bis*, cit., 1955 ss. sulle differenze tra le nozioni di "recidiva", "occasionalità" del reato e "non abitualità" del comportamento; MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 464, secondo cui, il concetto di "non abitualità" è più ampio di quello di "occasionalità".

²⁷ In tal senso ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 408; AMARELLI, voce *Particolare tenuità del fatto*, cit., 17, che definisce "vago" ed "elastico" tale criterio; PADOVANI, *Codice Penale*, cit., 935.

²⁸ Si esprime in questi termini Cass. Sez. II, 5 aprile 2017, n. 28341, in *Pluris*.

(condotte plurime, abituali e reiterate), ma ciò non toglie che si sarebbe potuta escludere la particolare tenuità del fatto anche in altro senso, avendo il caso di specie ad oggetto una pluralità di reati della stessa indole. Questo principio di diritto – già espresso in una precedente sentenza della Seconda Sezione, in cui si aggiungeva che la sussistenza della continuazione, seppur alla presenza di un'unitaria spinta criminale, darebbe vita a una progressione criminosa incompatibile con i requisiti dell'occasionalità e della non reiterazione delle condotte richieste dall'art. 131*bis* c.p.²⁹ – è stato fatto proprio anche da sentenze successive³⁰, soprattutto avuto riguardo a reati continuati che si sono consumati in lungo arco temporale³¹.

Precisamente, in un arresto della Terza Sezione la Corte di Cassazione ribadisce che, poichè a una «lettura non superficiale del disposto dell'art. 131 *bis* c.p., comma 3» l'ipotesi ostativa della commissione di una pluralità di reati della stessa indole può ricorrere anche in assenza di precedenti condanne definitive, il reato continuato, in quanto fattispecie connotata da una dimensione "plurima", non rientra nell'ambito di applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto³². In tale occasione, dunque, la Suprema Corte ha equiparato, nell'economia dell'art. 131*bis* c.p., l'istituto del reato continuato alla fattispecie della pluralità di reati della stessa indole e, alla luce dell'ampia portata di tale condizione ostativa, ha ritenuto persino "ridondante" l'ulteriore richiamo alle "condotte plurime, abituali e reiterate". Da ultimo, la Quarta Sezione riafferma lo stesso principio con riferimento al caso di una pluralità di cessioni di stupefacenti uniti dal vincolo della continuazione³³.

Di contro, non sono mancate aperture della giurisprudenza di legittimità nel senso di una compatibilità tra i due istituti. Tra le più recenti pronunce, la Corte di Cassazione ha affermato che considerare una pluralità di condotte avvinte dalla continuazione automaticamente esclusa dall'ambito di applicazione dell'art. 131*bis* c.p. anche quando «la contestualità di esse deponga inequivocabilmente nel senso della unicità della volizione antidoverosa dell'agente» comporterebbe un'ingiustificabile disparità di trattamento con la figura del concorso formale di reati (art. 81, primo comma, c.p.) che consente l'eventuale applicabilità dell'art. 131*bis* c.p. Inoltre, sempre ad opinione della Cassazione, appare «più conforme allo stesso tenore letterale della disposizione in questione» e maggiormente coerente con una lettura sistematica della normativa di

²⁹ Cfr. Cass. Sez. II, 15 novembre 2016, n. 1, cit.: «Il riconoscimento della continuazione [...] non elide la circostanza che osta al riconoscimento del beneficio, ovvero la "oggettiva" reiterazione di condotte penalmente rilevanti». Ancora in precedenza Cass. Sez. III, 28 maggio 2015, n. 29897, in *Pluris*, ad opinione della quale, lo sbarramento deriverebbe dalle ultime due condizioni preclusive indicate nel terzo comma dell'art. 131*bis* c.p.

³⁰ Cfr., ad esempio, Cass. Sez. VI, 13 dicembre 2017, n. 3353, in *C.E.D. Cass.* 272123-01: «La causa di esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto non può essere dichiarata in presenza di più reati legati dal vincolo della continuazione, perchè anche il reato continuato configura un'ipotesi di "comportamento abituale" per la reiterazione di condotte penalmente rilevanti, ostativa in base all'ultima porzione [dell'art. 131-bis c.p.](#), comma 1, al riconoscimento del beneficio, perchè denota una devianza "non occasionale"».

³¹ Cfr., da ultimo, Cass. Sez. VI, 19 dicembre 2019, n. 6550, in *DeJure*.

³² Così Cass. Sez. III, 29 marzo 2018, n. 19159, in *Pluris*.

³³ Cfr. Cass. Sez. IV, 25 settembre 2018, n. 44896, in *Pluris*.

settore l'esito secondo cui «non costituisce elemento ostativo alla applicazione dell'art. 131 bis c.p., la presenza di più reati legati dal vincolo della continuazione, qualora questi riguardino azioni commesse nelle medesime circostanze di tempo e di luogo e nei confronti della medesima persona» atteso che da tali elementi emerge una «unitaria e circoscritta deliberazione criminosa» che è compatibile con il criterio della non abitudine del comportamento del reo³⁴. Questo argomento è utile alla Suprema Corte per escludere nel caso di specie la reiterazione delle condotte (la terza condizione ostativa del terzo comma dell'art. 131bis c.p.), dopo aver negato l'identità dell'indole criminosa dei reati in concorso.

Sulla stessa lunghezza d'onda, la Seconda Sezione aveva dichiarato che la continuazione non si identificherebbe automaticamente con l'abitudine nel reato perchè non è indicativa *ex se* di serialità della condotta o di proclività dell'agente a violare la legge. Più precisamente, il reato continuato potrebbe rientrare nell'ambito di applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto quando concerne «azioni commesse nelle medesime circostanze di tempo e di luogo», imponendo in tal caso al giudice di apprezzare in concreto la reale offensività del singolo episodio delittuoso (alla stregua del pregiudizio ai beni giuridici tutelati, delle modalità esecutive, della colpevolezza e degli altri fattori dell'art. 133 c.p.) e «rifuggendo dal rischio di elevare a indice di abitudine il criterio moderatore dell'art. 81 c.p., comma 2»³⁵. La Corte ritiene, in quest'ultima pronuncia, che due reati della stessa indole uniti dalla continuazione e commessi nel medesimo contesto spazio-temporale non precludano l'applicazione dell'art. 131bis c.p.

Si può notare che il principio in questione non è nuovo nel panorama giurisprudenziale. A parere della Quinta Sezione, infatti, l'ipotesi del reato continuato sarebbe equiparabile a quella del concorso formale di reati quando le diverse condotte esecutive del medesimo disegno criminoso vengano poste in essere nello stesso contesto spazio-temporale: in tal modo le condotte risulterebbero "estemporanee" e, di conseguenza, inidonee a fondare un giudizio di abitudine criminale del reo poichè la volontà dell'agente si delineerebbe come sostanzialmente unica, stante la contemporanea esecuzione delle distinte azioni delittuose³⁶. Pertanto, nella ricostruzione data dalla Cassazione in quest'ultimo arresto, l'unicità di contesto spazio-temporale risulta idonea a rendere compatibili due reati della stessa indole oggetto di continuazione con il regime dell'art. 131bis c.p. (bypassando, così, la seconda fattispecie ostativa prevista dal terzo comma della disposizione in commento).

³⁴ È il principio enunciato da Cass. Sez. III, 20 novembre 2018, n. 16502, cit. In particolare, già Cass. Sez. III, 8 ottobre 2015, n. 47039, in *Pluris*, aveva già asserito che il concorso formale di reati non rende operabile lo sbarramento dell'abitudine del comportamento per via dell'unicità di azione o omissione che lo caratterizza. A ciò si aggiunga l'incompatibilità di *ratio* tra l'abitudine preclusiva dell'art. 131bis c.p. e l'istituto del concorso formale.

³⁵ Così Cass. Sez. II, 7 febbraio 2018, n. 9495, in *Pluris*: «Il riconoscimento del vincolo della continuazione tra più reati, quando le violazioni non siano in numero tale da costituire *ex se* dimostrazione di serialità ovvero di progressione criminosa espressiva di particolare intensità del dolo o ancora di versatilità offensiva, non possa ritenersi automaticamente ostativo all'applicabilità dell'esimente ex art. 131 bis c.p.».

³⁶ Sul punto Cass. Sez. V, 31 maggio 2017, n. 35590, in *Pluris*; FALCONE, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 321.

Ancora in precedenza, ad avviso della Seconda Sezione, l'identificazione *tout court* tra continuazione e abitudine frusterebbe sia l'intenzione del legislatore del 2015 di attribuire un autonomo e (per certi versi ampio) significato di "comportamento non abituale", sia il perseguimento degli obiettivi avuti di mira dalla norma (tra i quali, soprattutto, la deflazione processuale) e manifesterebbe una contraddittorietà di fondo nel considerare un istituto di favore *quoad poenam* per l'imputato quale fattispecie preclusiva dell'accesso a una causa di non punibilità. Il reato continuato, pertanto, non sarebbe sovrapponibile *in toto* né alla circostanza della commissione di più reati della stessa indole, né a quella di reati aventi ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate. Tale constatazione, ovviamente, non permette di affermare che la sussistenza della continuazione consenta sempre la concessione del beneficio della particolare tenuità, bensì che l'organo giudicante «dovrà "soppesare" l'incidenza della continuazione in tutti i suoi aspetti [...] per giungere ad esprimere un giudizio di meritevolezza o meno al riconoscimento della causa di non punibilità»³⁷. Qui la Suprema Corte ha escluso, nuovamente, che due reati della stessa indole commessi in un lasso di tempo circoscritto possano integrare un'ipotesi di comportamento abituale (viene meno, anche in questo caso, la seconda condizione preclusiva del terzo comma dell'art. 131bis c.p.).

In breve, emerge una giurisprudenza oscillante per quanto concerne la precisa sussunzione del reato continuato all'interno delle due fattispecie ostative della pluralità dei reati della stessa indole o dei reati che abbiano a oggetto condotte plurime, abituali e reiterate. Nello stesso senso, quando i giudici di legittimità introducono il criterio della contestualità spazio-temporale delle condotte per conciliare l'istituto della continuazione con la non abitudine del comportamento, non indicano chiaramente se tale criterio sia idoneo a superare la condizione preclusiva della pluralità di reati della stessa indole (come hanno reputato nella maggior parte delle pronunce menzionate, ma a ben vedere – trattandosi spesso nei casi di specie di due soli reati della stessa indole – nelle stesse vicende si sarebbe potuta escludere l'abitudine del comportamento senza ricorrere a tale criterio³⁸) o la fattispecie ostativa dei reati a condotte plurime, abituali e reiterate (come è stato anche ritenuto dagli stessi, sebbene in pronunce più isolate).

Pertanto, si può dedurre che la Corte di Cassazione adoperi il criterio della sostanziale contemporaneità delle condotte e dell'unicità della volontà criminosa soltanto per escludere l'automatismo tra il reato continuato e l'abitudine del comportamento incompatibile con l'art. 131bis c.p., rinviando al giudice di merito per una più approfondita analisi del fatto concreto al fine di verificare se è possibile ritenere insussistenti sia la pluralità dei reati della stessa indole che le condotte plurime, abituali e reiterate. Infatti, è la stessa giurisprudenza che afferma, con riferimento al principio

³⁷ Cfr. Cass. Sez. II, 29 marzo 2017, n. 19932, in *Pluris*, con nota di BALLINI, *Il nuovo art. 131-bis c.p. e la "continuazione non abituale": oltre l'ossimoro apparente*, in *Giust. pen.* 2017, 6, 330 ss. Per ulteriori considerazioni su questa pronuncia v. AMARELLI, *La particolare tenuità del fatto nel sistema della non punibilità*, cit., 7; SANTINI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto e reato continuato. Nota a G.I.P. Rovereto, sent. 16 marzo 2017, n. 38*, *Giud. Dies*, in *Dir. pen. cont.* 2017, 6, 314 s.

³⁸ V. *supra* (par. 3).

della contestualità spazio-temporale, che esso richiede di volta in volta delle opportune precisazioni connesse alle peculiarità dei casi di specie³⁹.

In conclusione, ci sembra maggiormente condivisibile il secondo orientamento della Suprema Corte, perchè più coerente con la *ratio* e gli obiettivi della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto: se, invero, il reato continuato non è incluso *prima facie* fra le ipotesi tassative di comportamento abituale definite dal terzo comma dell'art. 131bis c.p., per poter concludere per una sua esclusione dall'ambito di applicazione della norma, il giudice deve verificare in concreto se – alla luce di tutte le caratteristiche del caso di specie – il reato continuato possa essere inquadrato nella categoria della pluralità dei reati della stessa indole oppure qualificato come reato avente ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate⁴⁰.

Precludere *ab origine* una tale valutazione contrasterebbe con il fondamento dell'attribuzione all'organo giudicante del potere discrezionale necessario per accertare la meritevolezza della pena nel caso di specie, pregiudicando in questo modo l'obiettivo di depenalizzazione in concreto e di, conseguente, deflazione processuale cui ambiva il legislatore, nonché frustrando i principi di proporzione, *extrema ratio* e finalità rieducativa sottesi all'introduzione della causa di non punibilità in questione⁴¹.

A ulteriore sostegno dell'impraticabilità della soluzione dell'automatica sovrapposizione tra continuazione e comportamento abituale militerebbe anche la constatazione dell'autonomia della nozione di "comportamento non abituale" rilevante *ex art. 131bis c.p.*, che – come visto – è indipendente da simili concetti o principi già propri del diritto penale.

A ciò si aggiunga che, nella sistematica del codice penale, il reato continuato è progettato come un istituto improntato al *favor rei*, finalizzato a mitigare il trattamento sanzionatorio dell'agente che commetta una pluralità di reati (per mezzo di una pluralità di azioni od omissioni) in esecuzione di un "medesimo disegno criminoso", rispetto all'ipotesi del concorso materiale in cui manchi un'unitaria volontà criminale⁴². Pertanto, ritenere che un istituto pensato a vantaggio del reo possa astrattamente – senza

³⁹ Cfr. Cass. Sez. III, 20 novembre 2018, n. 16502, cit. «Questa stessa Corte ha espresso un orientamento che, seppure con qualche opportuna precisazione connessa alla peculiarità del caso di volta in volta sottoposto alla sua attenzione, appare decisamente mitigare la rigidità e la apparentemente generale applicazione del principio quale dianzi esposto [cioè del principio di automatica preclusione della non punibilità per particolare tenuità del fatto al reato continuato]».

⁴⁰ In tal senso anche ROSSI, *Il nuovo istituto*, cit., 544, a parere del quale, la mera constatazione della continuazione non è sufficiente per escludere la particolare tenuità del fatto, perchè il giudice deve sempre valutare se il comportamento dell'agente realizzi una pluralità di reati della stessa indole o abbia ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate; SANTINI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto e reato continuato*, cit., 314.

⁴¹ Così BALLINI, *Il nuovo art. 131-bis c.p.*, cit., 333.

⁴² In argomento, nella manualistica, v. ANTOLISEI, CONTI (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 16°ed., 2003, 526 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Generale*, Padova, 4°ed., 2001, 510: «Nel reato continuato la riprovevolezza complessiva dell'agente viene ritenuta minore che nei normali casi di concorso»; MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 589: «la *ratio* storica dell'istituto risiede nell'attenuazione delle pesanti conseguenze derivanti dal cumulo materiale delle pene».

valutazioni in concreto – precludergli l'accesso ad un beneficio come la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto apparirebbe una contraddizione del sistema⁴³.

5. Possibili interazioni tra il reato continuato e l'abitudine del comportamento preclusiva della particolare tenuità del fatto.

Per cercare una risposta al secondo quesito da cui siamo partiti (e cioè a quale delle ipotesi di comportamento abituale di cui al terzo comma dell'art. 131*bis* c.p. il reato continuato debba essere ricondotto), iniziamo con l'analizzare la relazione che intercorre tra l'istituto della continuazione e la pluralità di reati della stessa indole.

Qualificando il reato continuato come fattispecie a dimensione plurima, in quanto si manifesta sul piano naturalistico in una molteplicità di illeciti commessi per mezzo di distinte condotte⁴⁴, sarà integrata la causa ostativa della pluralità di reati della stessa indole se i fatti commessi siano in numero non inferiore a tre e se vi sia coincidenza tra i significati di "disegno criminoso" e "indole criminosa": solo in questo caso sarà ravvisabile una totale sovrapposizione tra la disposizione dell'art. 81, secondo comma, c.p. e quella dell'art. 131*bis*, terzo comma (seconda parte), c.p. L'analisi si sposta, dunque, su quest'ultimo fronte.

Il medesimo disegno criminoso è definito come il programma dell'agente di commettere una pluralità di reati, ideati nelle loro linee essenziali e sorretti dall'unitaria volontà di realizzarli⁴⁵; parte integrante di tale disegno, ad avviso della giurisprudenza e della dottrina maggioritaria, deve essere anche l'unicità di scopo perseguito dal reo, condizione che renderebbe le distinte violazioni non più autonome, bensì un frammento dell'insieme⁴⁶.

⁴³ In proposito Cass. Sez. II, 29 marzo 2017, n. 19932, cit.; BRIZI, *L'applicabilità dell'art. 131-bis*, cit., 3279; SANTINI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto e reato continuato*, cit., 315: appare «poco coerente [...] un'eventuale preclusione assoluta di applicazione dell'art. 131-bis c.p. rispetto ad un istituto ispirato alla logica del *favor rei*».

⁴⁴ Sul punto MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 593: a seguito della riforma del 1974 «i reati legati dal vincolo della continuazione devono considerarsi unificati soltanto ai fini della pena principale [...] nonché ad altri limitati effetti [...] per i quali la considerazione unitaria del reato continuato torna a favore dell'agente. [...] Al di fuori di questa limitata sfera di istituti, i reati uniti dal vincolo della continuazione conservano invece la loro autonomia: si considerano cioè come reati distinti». Il reato continuato, in particolare, sarebbe unico per alcuni effetti e plurimo per altri: così Cass. Sez. Un. 23 gennaio 2009, n. 3286, in *DeJure*.

⁴⁵ Così MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 589 s.; Cass. Sez. Un. 18 maggio 2017, n. 28659, in *C.E.D. Cass.* n. 270074, secondo cui, adottando una soluzione intermedia nel definire il contenuto del disegno criminoso, al momento della commissione del primo reato, gli altri illeciti devono essere stati programmati nelle loro linee essenziali.

⁴⁶ In tal senso Cass. Sez. III, 17 novembre 2015, n. 896, in *C.E.D. Cass.* n. 266179; Cass. Sez. V, 3 ottobre 2013, n. 5599, in *C.E.D. Cass.* n. 258862; ANTOLISEI, CONTI (a cura di), *Manuale di diritto penale*, cit., 528; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 7^{ed.}, 2014, 707 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 512. Sul punto, tuttavia, non esiste universalità di vedute: v. MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 590 s.

Da una lettura delle disposizioni dell'art. 81, secondo comma, c.p. e dell'art. 101 c.p. si potrebbe affermare che la nozione di reati della stessa indole abbia un raggio d'azione più ampio rispetto al medesimo disegno criminoso: a titolo esemplificativo, la prima condizione include anche reati colposi (ontologicamente incompatibili con il reato continuato), ricorre anche in caso di reati commessi semplicemente per effetto degli stessi impulsi o motivi a delinquere (fattispecie da cui la Suprema Corte ha, invece, escluso che possa desumersi la sussistenza del medesimo disegno criminoso⁴⁷) e attiene ad un duplice ambito, sia oggettivo ("la natura dei fatti") che soggettivo ("i motivi che li determinarono"), da cui desumere quei "caratteri fondamentali comuni" che qualificano l'indole criminale di un soggetto.

Ma si può concludere, allora, che la continuazione rientri sempre nell'alveo della pluralità di reati della stessa indole? *Nulla quaestio* se i reati oggetto del disegno criminoso consistano in più violazioni della stessa norma incriminatrice (c.d. concorso "omogeneo"), perchè, ai sensi della prima parte dell'art. 101 c.p., questa circostanza configura sempre una pluralità di reati della stessa indole⁴⁸.

Anche nel caso di reati eterogenei la prassi applicativa tenderà spesso a far coincidere le due nozioni, soprattutto quando il vincolo della continuazione attenga a (almeno tre) reati che mirano a un obiettivo unitario, ledono lo stesso bene giuridico e sono commessi con le medesime modalità esecutive anche in relazione al contesto spazio-temporale di riferimento, quando – cioè – emerga, per il numero e per le peculiarità dei fatti commessi, quella serialità ostativa alla *ratio* dell'art. 131bis c.p.⁴⁹. Tuttavia, non sempre ricorrerà tale evenienza: ad esempio, in presenza di reati uniti dal vincolo della continuazione che non perseguano un unico scopo, che pregiudichino beni giuridici non omogenei o che vengano commessi con modalità esecutive differenti⁵⁰ potrebbero non ricorrere i "caratteri fondamentali comuni" in ragione delle non univoche spinte a delinquere o della diversa natura dei fatti e, di conseguenza, potrebbe non sussistere la stessa indole criminosa tra i vari illeciti⁵¹.

⁴⁷ Cfr. Cass. Sez. I, 8 gennaio 2016, n. 15955, in *C.E.D. Cass.* n. 266615.

⁴⁸ È il caso, ad esempio, della sentenza che qui si annota. Così BRIZI, *L'applicabilità dell'art. 131-bis*, cit., 3277: «Ferma l'inapplicabilità assoluta dell'art. 131-bis c.p. rispetto alle ipotesi di concorso tra reati *omogenei*, si dovrebbe procedere ad una valutazione *caso per caso* rispetto alle ipotesi di concorso tra reati *eterogenei*».

⁴⁹ Cfr. Cass. Sez. Un. 18 maggio 2017, n. 28659, cit., secondo cui, l'omogeneità delle violazioni e del bene giuridico protetto, la distanza temporale fra le condotte e le condizioni di tempo e di luogo possono essere indicatori della sussistenza del disegno criminoso. A ben vedere, sono gli stessi indicatori presi in esame da Cass. Sez. Un. 25 febbraio 2016, cit. con nota di BARTOLI, *La particolare tenuità del fatto è compatibile con i reati di pericolo presunto*, cit., 1740, nell'individuazione dell'identità dell'indole criminosa (v. *supra* par. 3).

⁵⁰ Sul punto Cass. Sez. III, 17 novembre 2015, cit., che esclude l'unicità del disegno criminoso quando il reato non è stato preventivato inizialmente ma è il risultato di decisioni prese nel corso dell'esecuzione del programma. *A contrario*, secondo MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 590, «l'unità del disegno criminoso non viene meno quando le modalità esecutive di uno dei reati programmati mutino a causa dell'evolversi degli eventi».

⁵¹ In tal senso BALLINI, *Il nuovo art. 131-bis c.p.*, cit., 333 ss.; BRIZI, *L'applicabilità dell'art. 131-bis*, cit., 3277 ss., a parere del quale, se i reati avvinti dalla continuazione presentano "tratti fondamentali comuni" non si può pervenire all'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, altrimenti, se non si ravvisa tale elemento «nulla potrebbe opporsi all'applicabilità dell'art. 131-bis c.p.»; Cass. Sez. II, 29 marzo 2017, n. 19932, cit.

Da quanto detto discende che, per risolvere i dubbi sul punto, è necessaria ogni volta una valutazione di tutte le circostanze del caso concreto a opera dell'organo giudicante, come – tra l'altro – espressamente stabilito dall'art. 101 c.p.⁵².

Si può affermare con maggior certezza, invece, che la presenza di precedenti penali per reati di indole diversa da quello contestato non costituisce un motivo di negazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto⁵³.

Se, al contrario, si aderisse all'opinione di quella parte di giurisprudenza sopra menzionata che qualifica il reato continuato come un unico reato se commesso nello stesso contesto spazio-temporale, o di quella dottrina che opta per una connotazione unitaria dell'istituto soprattutto se analizzato in relazione ad effetti favorevoli al reo⁵⁴, non sarà ravvisabile alcuna interferenza con la condizione ostativa della pluralità dei reati della stessa indole (che, appunto, richiede la sussistenza di almeno tre distinti illeciti) e, pertanto, non potrà essere negato il beneficio della non punibilità sulla base di tale motivazione⁵⁵.

Più complicato, invece, appare il rapporto tra il reato continuato e la terza condizione preclusiva prevista dal terzo comma dell'art. 131bis c.p., soprattutto a causa della difficile ricostruzione dell'espressione "reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate".

Partendo dal presupposto che il legislatore abbia voluto escludere dall'ambito di applicazione dell'art. 131bis c.p. i reati intrinsecamente abituali, cioè gli illeciti che nella loro struttura oggettiva presentino tratti di serialità e nei quali la reiterazione delle condotte è elemento tipico della fattispecie (ad esempio gli atti persecutori o i maltrattamenti in famiglia) e che, quindi, abbia fatto riferimento a singole figure criminose⁵⁶, non si pongono problemi di interferenza con l'istituto del reato continuato. La continuazione, infatti, attiene ad una pluralità – sul piano naturalistico – di illeciti commessi (si tratta pur sempre di un concorso materiale di reati) e, pertanto, se oggetto del disegno criminoso fossero reati intrinsecamente abituali, l'agente non potrebbe beneficiare della causa di non punibilità in parola, ma non perchè sia ostativo il vincolo

⁵² Cfr. Cass. Sez. V, 30 maggio 2018, n. 53401, in *Pluris*, che impone al giudice di merito un accertamento in concreto e con specifiche indagini per verificare la ricorrenza della stessa indole criminale.

⁵³ Così FALCONE, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 317 ss.; Cass. Sez. III, 23 novembre 2016, n. 35757, in *Pluris*.

⁵⁴ V. *supra* (par. 4) MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 593; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 666; BALLINI, *Il nuovo art. 131-bis c.p.*, cit., 332, secondo cui, nell'ottica di *favor rei*, il reato continuato va considerato unitariamente per superare gli sbarramenti del terzo comma dell'art. 131bis c.p.

⁵⁵ In tal senso BRIZI, *L'applicabilità dell'art. 131-bis*, cit., 3281 ss.; ROSSI, *Il nuovo istituto*, cit., 543.; SANTINI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto e reato continuato*, cit., 315, ad avviso della quale, se il reato continuato può essere considerato un reato unitario - anche per effetti non espressamente previsti dalla legge - purché ciò garantisca un risultato favorevole al reo «difetterebbe quel requisito della pluralità di reati necessario per integrare la presunzione di abitudine del comportamento».

⁵⁶ V. *supra* (par. 3) Cass. Sez. Un. 25 febbraio 2016, cit.; Cass. Sez. II, 15 novembre 2016, n. 1, cit.; Cass. Sez. II, 29 marzo 2017, n. 19932, cit.; GULLO, *Art. 131bis*, cit., 1958.

della continuazione, bensì perchè è il singolo reato da lui commesso incompatibile con le finalità della non punibilità per particolare tenuità del fatto⁵⁷.

Diverso è il caso in cui all'espressione "condotte plurime, abituali e reiterate" sia attribuito un significato più ampio, andando esso a ricomprendere non solo i reati intrinsecamente abituali, ma anche quelli eventualmente abituali, le fattispecie a condotte progressive, o le ipotesi di pluralità di azioni distinte e ripetute che si susseguono nello sviluppo degli accadimenti ognuna delle quali è idonea a integrare un reato, ma che possono essere considerate un unico illecito se commesse in un contesto spazio-temporale unitario e ai danni della medesima persona offesa⁵⁸.

In questa evenienza, la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto potrà essere più facilmente negata sulla base dell'assunto per cui i reati uniti dal vincolo della continuazione – che per definizione legislativa riguarda "più azioni od omissioni" commesse "anche in tempi diversi" – possono rientrare nella nozione di condotte "plurime" o "reiterate", non richiedendo tale fattispecie ostativa alcun requisito ulteriore (quale possa essere l'identità dell'indole criminosa come nell'ipotesi prima vagliata) per la sua operatività⁵⁹. Pertanto, anche laddove oggetto del medesimo disegno criminoso non siano reati a struttura necessariamente abituale, potrebbe essere preclusa l'applicabilità dell'art. 131bis c.p., con la precisazione che – anche in questo caso – se si accede all'interpretazione di "condotte plurime" fornita dalla giurisprudenza sopra indicata, le condotte incriminate devono essere almeno tre.

Inoltre, a causa della polivalente interpretazione dell'espressione "condotte plurime, abituali e reiterate", a nulla rilevarebbe considerare il reato continuato come un'unitaria fattispecie criminosa per escluderlo dalla sussunzione in tale nozione.

Tuttavia, sotto diverso profilo, appare evidente che, nella costruzione della terza condizione preclusiva di cui all'art. 131bis, terzo comma, c.p., il legislatore non abbia ripreso l'inciso "anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità" utilizzato con riferimento alla pluralità di reati della stessa indole: un'interpretazione sistematica e *a contrario*, quindi, fornirebbe la possibilità al giudice di verificare la particolare tenuità delle singole condotte plurime legate dalla continuazione per arrivare a escludere la sussistenza della condizione ostativa e, di conseguenza, concedere la causa di non punibilità se i singoli reati isolatamente considerati non risultino essere meritevoli di sanzione penale all'esito di una valutazione in concreto alla stregua dei parametri indicati nell'art. 131bis c.p.⁶⁰. Anche per questo motivo, dunque,

⁵⁷ In proposito Cass. Sez. II, 29 marzo 2017, n. 19932, cit., la quale asserisce che il reato continuato non è suscumbibile nella locuzione "condotte plurime, abituali e reiterate" perchè questa fa riferimento ai reati strutturalmente abituali o che richiedono condotte reiterate nel tempo.

⁵⁸ V. *supra* (par. 3) Cass. Sez. III, 20 novembre 2018, n. 16502, cit.; BARTOLI, *La particolare tenuità del fatto è compatibile con i reati di pericolo presunto*, cit., 1740; FALCONE, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 318; PADOVANI, *Codice Penale*, cit., 937; ROSSI, *Il nuovo istituto*, cit., 542.

⁵⁹ Questa soluzione è quella che «sarebbe essere, ad una prima analisi, la più convincente, almeno stando alla *littera legis*», perchè, sulla base delle caratteristiche naturalistiche dell'istituto, il reato continuato si sostanzia in una pluralità di condotte: così BRIZI, *L'applicabilità dell'art. 131-bis*, cit., 3278 ss.

⁶⁰ Per aperture della giurisprudenza in tal senso v. Cass. Sez. III, 10 ottobre 2019, n. 45947, in *Pluris*: «Tale scelta del legislatore lascerebbe aperta la possibilità, in caso di "reati che abbiano ad oggetto condotte

andrebbe negata ogni automatica sovrapposizione anche tra l'istituto della continuazione e la fattispecie preclusiva dei "reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate"⁶¹.

Non si può omettere, infine, che il reato continuato, per via della forte caratterizzazione dolosa dell'istituto, data dalla presenza di un disegno criminoso che l'agente idea e persegue, può rilevare sul piano della tenuità dell'offesa *ex art. 131bis*, secondo comma, c.p.: l'organo giudicante, infatti, potrebbe negare l'applicazione della causa di non punibilità perchè l'intensità dell'elemento soggettivo del reato può determinare un'offesa non particolarmente tenue a prescindere da ogni esame circa l'abitudine del comportamento del suo autore⁶².

6. Conclusioni.

La sentenza in commento, come abbiamo visto, risolve il caso di specie sul piano della non particolare tenuità dell'offesa, ritenendo non integrato il primo dei due requisiti strutturali dell'art. 131bis c.p. a causa della reiterazione temporale delle condotte poste in essere dall'imputato e dell'elevato margine di scostamento dalla soglia di punibilità prevista dalla legge.

L'occasione, tuttavia, è utile alla Cassazione per tornare su un tema di particolare rilevanza nella prassi applicativa – ovverosia quello della compatibilità del reato continuato con la causa di non punibilità *ex art. 131bis* c.p. – e rispetto al quale pare sussistere una sotterranea frattura in seno alla giurisprudenza di legittimità.

Da un lato, infatti, si afferma che il reato continuato configurerebbe *ex se* un'ipotesi di comportamento abituale ostativa all'applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto, in quanto la reiterazione delle condotte penalmente rilevanti, unitamente alla dimensione plurima dell'istituto, costituirebbe indice di una devianza non occasionale dell'agente incompatibile con la *ratio* della

plurime, abituali e reiterate", di applicare l'art. 131-bis c.p., all'esito di una valutazione di particolare tenuità delle singole condotte o dei singoli fatti»; Cass. Sez. III, 5 aprile 2017, n. 38849, in *Pluris*. Sul punto v., altresì, ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 410: «La possibilità per il giudice di applicare l'art. 131 bis c.p. al reato continuato deriverebbe dall'inclusione di tale ipotesi nell'ambito dei "reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate", in relazione alle quali è consentito valutare la gravità in concreto delle singole condotte per escludere la punibilità nel caso esse siano, singolarmente considerate, di particolare tenuità»; BALLINI, *Il nuovo art. 131-bis c.p.*, cit., 332.

⁶¹ Sul punto ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 410: «Si tratta di ipotesi che [...] non determinano un'automatica esclusione della particolare tenuità, ma sono suscettibili di una valutazione concreta da parte del giudice, chiamato a vagliare la tenuità di ciascuna condotta»; FALCONE, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 318.

⁶² Così Cass. Sez. III, 20 novembre 2018, 16502, cit.: le violazioni oggetto di continuazione possono essere «indicative di una particolare intensità del dolo [...] tali da porre in evidenza un insanabile contrasto con il giudizio di particolare tenuità dell'offesa in tal modo arrecata»; Cass. Sez. II, 7 febbraio 2018, n. 9495, cit.; ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 410. Sull'inclusione anche dell'elemento soggettivo del reato tra i criteri di valutazione della particolare tenuità dell'offesa *ex art. 131bis*, secondo comma, c.p. v., per tutte, Cass. Sez. Un. 25 febbraio 2016, cit.

norma; dall'altro lato, invece, la Corte di Cassazione nega la tesi dell'automatica identificazione tra continuazione e abitudine del comportamento, in particolare nei casi in cui ricorrano l'unicità del contesto spazio-temporale dell'azione e l'unitaria volontà criminosa del suo autore e – per ragioni di coerenza sistematica con il principio del *favor rei* e con l'istituto del concorso formale di reati – si dimostra favorevole a un'analisi della situazione di fatto da parte dell'organo giudicante al fine di verificare se l'art. 131*bis* c.p. sia suscettibile di applicazione nel caso concreto ai reati avvinti dalla continuazione⁶³.

La pronuncia qui annotata si presenta di interesse sia per la sintesi dei due orientamenti in campo, sia per il fatto che, pur non prendendo esplicita posizione sulla questione, i giudici di legittimità sembrano aderire alla tesi secondo cui la sussistenza della continuazione «non può ritenersi ostativa al diniego dell'art. 131 *bis* c.p., posto che anche il reato continuato configura un'ipotesi di "comportamento abituale", ostativa al riconoscimento del beneficio»⁶⁴.

In ogni caso, la Suprema Corte osserva che, nel caso sottoposto alla sua attenzione, il comportamento dell'agente sarebbe risultato abituale perchè l'imputato ha commesso tre violazioni della stessa norma incriminatrice ripetute a distanza nel tempo (immediata, dunque, la riconduzione nell'ipotesi ostativa della pluralità di reati della stessa indole)⁶⁵.

È agevole prevedere, inoltre, che – in mancanza di un chiarimento da parte delle Sezioni Unite o del legislatore – le ambiguità del testo dell'art. 131*bis* c.p. in punto di preclusione del beneficio per i comportamenti abituali⁶⁶ e le diverse soluzioni prospettabili con riferimento al reato continuato daranno luogo a ulteriori contrasti in giurisprudenza. Il tenore letterale della disposizione in questione, infatti, attribuisce di fatto al giudice un ampio potere discrezionale nel vagliare gli elementi da cui evincere la meritevolezza di pena del caso di specie, soprattutto in relazione al suddetto criterio della non abitudine del comportamento del reo.

Ci sembra, però, che residuino possibilità di assicurare un margine di applicazione dell'art. 131*bis* c.p. anche sul versante dei reati uniti dal vincolo della continuazione: questi ultimi, infatti, possono sfuggire allo sbarramento della pluralità dei reati della stessa indole se si attribuisce loro una connotazione unitaria ovvero – se considerati a dimensione plurima – laddove siano in numero inferiore a tre o non presentino caratteri fondamentali comuni; sarà possibile, inoltre, superare la condizione ostativa delle "condotte plurime, abituali e reiterate" nel caso in cui si interpreti tale espressione come riferita ai reati necessariamente abituali, altrimenti, se le singole violazioni isolatamente considerate si dimostrino essere particolarmente tenui.

Non resta che auspicare, ad ogni modo, che l'organo giudicante si astenga da ogni automatismo in ordine alla preclusione astratta di applicabilità dell'art. 131*bis* c.p. al reato continuato, avendo cura di indagare le specificità del caso concreto da cui

⁶³ V. *supra* (par. 4).

⁶⁴ Cfr. Cass. Sez. III, 4 ottobre 2019, n. 50002, cit.

⁶⁵ Cfr. Cass. Sez. III, 4 ottobre 2019, n. 50002, cit.

⁶⁶ Ricordiamo, in particolare, il richiamo ai "reati ad aventi ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate" «che certo sconta margini di ambiguità e imprecisione»: così GULLO, *La particolare tenuità del fatto*, cit., 31.

9/2020

desumere che i reati uniti dalla continuazione risultino o meno nel loro complesso particolarmente tenui, con tutto ciò che ne consegue in termini di esenzione da pena per il singolo protagonista della vicenda criminosa in considerazione.

**FENOMENI DI SUCCESSIONE DI NORME PENALI
DOPO IL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA:
UNA RIFLESSIONE *DE JURE CONDITO***

di Rosaria Giambersio

Il presente contributo si sofferma sui possibili fenomeni di successione di norme penali nell'ambito delle fattispecie di bancarotta a valle dell'introduzione del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Dopo aver brevemente ripercorso le novità legislative, lo scritto analizza la parziale riformulazione letterale delle disposizioni incriminatrici, per poi valutare l'eventuale presenza di mutamenti in ordine al bene giuridico tutelato e gli effetti delle modifiche apportate alle procedure concorsuali nonché alla disciplina del codice civile in materia di governance societaria. Si conclude rilevando la natura sostanzialmente immutata della materia penal-fallimentare e la sua scarsa adattabilità al nuovo apparato normativo, auspicandosi pertanto l'intervento del legislatore.

SOMMARIO: 1. Le scelte in ambito penale del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. – 2. Le 'nuove' fattispecie incriminatrici di bancarotta. – 3. Le modifiche apportate alle procedure concorsuali: ricadute in ambito penale. – 4. Riverberi penali delle modifiche apportate al codice civile in materia di *governance* societaria. – 5. La difficoltà di adattamento della materia penal-fallimentare al nuovo diritto della crisi (con un auspicio *de jure condendo*).

1. Le scelte in ambito penale del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

Il legislatore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d'ora in avanti, "c.c.i.")¹, analogamente a quanto avvenuto in occasione delle precedenti novelle della disciplina concorsuale e malgrado le sollecitazioni pervenute nel corso degli anni dalla dottrina², ha scelto di non occuparsi, salvo residuali eccezioni, della *matière criminelle* di

¹ Appare opportuno rammentare che, ai sensi dell'articolo 389, c. 1 del d.lgs. 14/2019 (per effetto del quale si introduceva il c.c.i.), il testo normativo sarebbe dovuto entrare in vigore in data 15 agosto 2020 (diciotto mesi dopo la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale), con l'unica eccezione delle disposizioni riportate al comma secondo del medesimo articolo 389, immediatamente vigenti. La data di entrata in vigore risulta invece oggi differita al 1° settembre 2021 per opera del d.l. 23/2020: sul punto v. F. MUCCIARELLI, [La crisi economica da pandemia e la disciplina della crisi d'impresa: gli interventi del legislatore nel d.l. 23/2020](#), in questa *Rivista*, 11 aprile 2020.

² In tal senso, si leggano, a titolo esemplificativo e negli anni, A. ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2006, pp. 114 e ss.; G.G. SANDRELLI, *La riforma della legge fallimentare: i riflessi penali*, in *Cass. pen.* 2006, pp. 1296 e ss.; G.M. FLICK, *Dall'andante con*

riferimento: si afferma infatti testualmente, già nel testo della Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali, che “[l’]aspetto [penale] non rientra (...) nei compiti affidati alla Commissione, che pertanto non se n’è occupata se non del tutto marginalmente”³.

A fronte di un comparto penale apparentemente immutato, la riforma della disciplina concorsuale, oltre ad apportare una radicale innovazione ottica – rappresentata dall’abrogazione del regio decreto del 1942 e dall’intervenuta “scomunica”⁴ del lemma fallimento e dei suoi derivati⁵ – porta a compimento il disegno già abbozzato dal carsico intervento riformatore protrattosi negli anni⁶ e conclama il radicale mutamento di prospettiva del diritto (già) fallimentare, oggi non più volto a disciplinare la liquidazione dell’impresa insolvente, scenario prospettato come del tutto residuale⁷, ma teso in via primaria al risanamento e alla riammissione nel mercato dell’impresa in crisi⁸.

Tale obiettivo viene perseguito dal legislatore mediante due principali e perpendicolari direttrici di intervento. La prima poggia sul presupposto per cui la crisi è da intendersi come rischio insito in ogni attività d’impresa e, in una prospettiva che presenta profili di affinità con la *ratio* che direziona l’intero *corpus* normativo di cui al d.lgs. 231/2001⁹, postula l’opportunità che l’imprenditore (tanto individuale quanto

moto all’adagio ma non troppo e viceversa. Variazioni sul tema del diritto penale dell’economia, in Banca borsa tit. cred. 2011, pp. 427 e ss.; C. PIERGALLINI, *Civile e penale a perenne confronto: l’appuntamento di inizio millennio*, in Riv. it. dir. proc. pen. 2012, pp. 1234 e ss. Per una ricostruzione dei progetti di riforma del comparto penale della legge fallimentare, si veda A. ALESSANDRI, *Novità penalistiche nel codice della crisi d’impresa*, in Riv. it. dir. proc. pen. 2019, pp. 1817 e ss.

³ Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali, p. 39.

⁴ In tal senso, S. CAVALLINI, *Il diritto della crisi e il codice dimezzato: nuovi assetti di tutela per il sistema penale dell’insolvenza?*, in Dir. pen. proc. 2019, p. 1334.

⁵ Assai esplicitiva in ordine ai motivi di tale delezione è la Relazione allo schema di legge delega, in cui si legge che “si propone di abbandonare la pur tradizionale espressione fallimento (e quella da esse derivate) (...) per evitare l’aura di negatività e discredito non necessariamente giustificati dal mero fatto che un’attività d’impresa, cui sempre inerisce un corrispondente rischio, abbia avuto un esito sfortunato. Anche un diverso approccio lessicale può meglio esprimere una nuova cultura del superamento dell’insolvenza, vista come evenienza fisiologica nel ciclo vitale di un’impresa, da prevenire ed eventualmente regolare al meglio, ma non da esorcizzare”.

⁶ In tal senso, A. ALESSANDRI, *Novità penalistiche*, op. cit., p. 1820.

⁷ In tal senso, si vedano in particolare F. MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici del codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza: lineamenti generali*, in Dir. pen. proc. 2019, pp. 1189 e ss.; A. ALESSANDRI, *Novità penalistiche*, op. cit., pp. 1815 e ss.; F. CONSULICH, *Il diritto penale fallimentare al tempo del codice della crisi: un bilancio provvisorio*, in Leg. pen. 2019, p. 5.

⁸ In tal senso, viene infatti notato come “proprio con il d.lgs. 14/2019 (...) [la] prospettiva [viene] radicalmente mutata, divenendo scopo precipuo della gestione della crisi d’impresa (...) quello ‘conservativo’, volto a recuperare e mantenere all’interno della vita economica l’impresa (di cui sia predicabile la continuità aziendale) ovvero le sue strutture produttive”: così F. MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici*, op. cit., p. 1190.

⁹ Soprattutto se visto nella prospettiva della c.d. *corporate social responsibility*, in forza della quale “[si] tende ad attribuire alle (grandi) corporations, e dunque in sostanza ai loro amministratori, il compito (e il potere) di farsi carico della tutela degli interessi generali, decidendo come contemperarli con quelli dei soci”: cfr. M. STELLA RICHTER JR., *In principio sono le funzioni*, in Riv. soc. 2019, p. 32. In effetti, i primi commentatori hanno già avuto modo di osservare i profili di analogia tra gli assetti organizzativi e i modelli organizzativi previsti nell’ambito del d.lgs. 231/2001: in particolare si legga P. MARCHETTI, *Intervento*, in Giur. comm. 2020, p. 437; N. ABRIANI, *Doveri e responsabilità degli amministratori e dei sindaci* in M. Pollio (a cura di), *La riforma del fallimento. Il nuovo codice*

collettivo) presidi tale rischio attraverso l'allestimento di specifici assetti organizzativi (su cui si tornerà *infra*)¹⁰; la seconda prevede invece la predisposizione di una serie di 'rimedi' volendo mantenere il parallelismo con il sistema tracciato dal d.lgs. 231/2001) esperibili dal debitore (anche a valle dell'iniziativa di soggetti terzi qualificati) per evitare che la crisi sfoci in un esito liquidatorio: e ciò può avvenire, progressivamente, attraverso l'accesso alle c.d. procedure di allerta, di nuova introduzione¹¹, ovvero alle procedure concorsuali di carattere non liquidatorio.

Quanto sopra consente di ampliare ulteriormente l'osservazione già accennata: così come il nuovo codice, completando il moto di rivoluzione principiato con le precedenti novelle, pone quale fine primario delle procedure ivi normate il risanamento dell'impresa, allo stesso tempo (*recte*, di conseguenza) risulta pure confermato che la disciplina di riferimento è chiamata a interessarsi anche (verrebbe da dire: principalmente) della situazione di *crisi* dell'impresa (i cui indicatori vengono infatti per la prima volta individuati all'articolo 13 c.c.i.^{12,13}), che non è più mero antecedente temporale dello stato di insolvenza¹⁴, in tal senso sottratto alla disciplina concorsuale ed affidato integralmente alla gestione privata dell'imprenditore, ma diviene un evento fondamentale nel contesto della nuova normativa, in quanto è esattamente la tempestiva emersione della crisi medesima a garantire l'utilità degli strumenti e delle procedure predisposti dal legislatore¹⁵.

In un contesto così strutturalmente mutato, risulta evidente l'incongruità dell'opzione legislativa che ha ritenuto di mantenere sostanzialmente invariate le

della crisi d'impresa e dell'insolvenza, in *Italia Oggi*, 23 gennaio 2019, § 2 nonché R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli organi di società alla luce del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. Soc.* 2019, pp. 931 e ss.

¹⁰ Per un'ampia riflessione sugli assetti organizzativi, si leggano, su tutti, S. FORTUNATO, *Codice della crisi e codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, in *Riv. soc.* 2019, pp. 952 e ss. e R. RORDORF, *op. cit.*, pp. 929 e ss.

¹¹ Sulla disciplina delle procedure di allerta, si vedano, tra i vari contributi, M. PERRINO, *Crisi di impresa e allerta: indici, strumenti e procedure*, in *Corr. giur.* 2019, pp. 653 e ss. e G. BONFANTE, *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Le misure d'allerta*, in *Giur. it.* 2019, pp. 1943 e ss.

¹² In tal modo cercando di porre rimedio ad un'incertezza definitoria già più volte evidenziata: si legga su tutti F. MUCCIARELLI, *Vecchi e nuovi istituti della legge fallimentare nella sentenza n. 22468/2009 delle Sezioni Unite: successione di leggi e ruolo del bene giuridico*, in *Cass. pen.* 2010, pp. 1626 e ss.

¹³ Su cui si veda in particolare M. BINI, *Procedura di allerta: indicatori della crisi ed obbligo di segnalazione da parte degli organi di controllo*, in *Soc.* 2019, pp. 430 e ss.

¹⁴ Per un'ampia analisi dei termini 'crisi', 'dissesto' ed 'insolvenza' alla luce del c.c.i., si veda in particolare S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale, legge fallimentare e codice dell'insolvenza. Disvalore di contesto e soluzioni negoziali della crisi nel sistema penale concorsuale*, Padova, 2019, pp. 299 e ss. e pp. 353 e ss.; si veda altresì F. CONSULICH, *op. cit.*, pp. 17 e ss. Nella letteratura commerciale, si veda da ultimo G. DI MARZIO, *L'insolvenza nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *giustiziavivile.com*, 25 maggio 2020.

¹⁵ Per tale motivo, si ipotizza altresì, nell'ambito della teoria della c.d. zona di rischio penale (che vede tra i suoi principali propugnatori Pietro Nuvolone: sul punto si legga, in particolare, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, pp. 28 e ss., in cui si osserva che il "problema più grave" della bancarotta è "fissare il punto dove incomincia la zona del rischio penale per l'imprenditore che compie determinati atti [in quanto] è assurdo (...) pensare che si possa retroagire indefinitamente nel corso della vita dell'impresa"), che la crisi diventi "lo spartiacque nelle finalità di tutela a favore del diritto penale concorsuale" (cfr. S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale, op. cit.*, 2019, p. 312).

disposizioni incriminatrici di riferimento, chiamate nel momento della loro genesi – come, d'altra parte, si appalesa nella stessa origine etimologica del termine “bancarotta”¹⁶ – a sanzionare l'imprenditore insolvente, fallito e, di conseguenza, espulso dal mercato¹⁷.

Tale incongruità vieppiù si manifesta laddove si consideri che appare difficile ritenere che le disposizioni penali già presenti nella legge fallimentare e oggi traslate nel c.c.i. possano considerarsi una appendice inerte da giustapporre a qualsivoglia disciplina dell'insolvenza¹⁸: al contrario, è ben evidente come le stesse diramino piuttosto le proprie radici nelle profondità della disciplina degli istituti concorsuali a cui sono (*recte*, erano originariamente) coeve, non potendosi dunque ragionevolmente ritenere che una modifica, soprattutto se significativa, apportata alla disciplina della crisi d'impresa non sia ineluttabilmente destinata a propagare i propri effetti ‘tellurici’ anche nei confronti delle correlate fattispecie penali¹⁹.

Pertanto, si affida per il momento all'opera ermeneutica dell'interprete, analogamente a quanto già avvenuto nel contesto delle passate codificazioni²⁰ nonché delle ultime riforme che hanno interessato la legge fallimentare²¹, la rimodulazione delle fattispecie penali, al fine di armonizzarle con la rinnovata disciplina della crisi e dell'insolvenza²², nei limiti di quanto possibile in base alla lettera della norma (sul tema si tornerà *infra*).

¹⁶ Su cui si veda per tutti, anche per le correlate riflessioni di politica criminale, C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, in C. Pedrazzi, A. Alessandri, L. Foffani, S. Seminara, G. Spagnolo (a cura di), *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, Bologna, 2003, pp. 100 e ss.

¹⁷ Da ciò conseguendo, secondo un'illuminata osservazione di Cesare Pedrazzi, che “nella prassi giudiziaria (...) il processo penale per bancarotta assum[e] le cadenze fobiche del rituale espiatorio, reazione istintuale del trauma dell'insolvenza e ai conseguenti clamori” (C. PEDRAZZI, *Introduzione*, in C. Pedrazzi, F. Sgubbi, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in F. Galgano (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna, 1993, I).

¹⁸ In tal senso appare opportuno nuovamente riportare la riflessione sempre attuale di Cesare Pedrazzi, il quale osserva, con generico riferimento al diritto penale dell'economia, che “il legislatore penale societario (...) interviene (...) su territori normativamente strutturati: ripercorre le direttrici della disciplina privatistica del fenomeno societario per rafforzare le nervature ritenute essenziali” (C. PEDRAZZI, voce *Società commerciali (disciplina penale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIII, Torino, 1998, p. 347). Per una riflessione condotta alla luce dell'intervenuta novella del c.c.i. in ordine alla c.d. concezione sanzionatoria del diritto penale, si legga B. ROMANO, *Dal diritto penale fallimentare al diritto penale della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Arch. pen.* 2019.

¹⁹ In tal senso, tra i vari autori, si vedano F. MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici*, *op. cit.*, pp. 1189 e ss. e A. ALESSANDRI, *Novità penalistiche*, *op. cit.*, pp. 1815 e ss.

²⁰ Il riferimento è alla suggestiva riflessione di Giacomo Delitala recentemente ripresa in S. CAVALLINI, *Il diritto della crisi*, *op. cit.*, pp. 1341 e s.: l'Autore osserva, ancora nella vigenza del Codice di commercio, che se è “vero (...) che le disposizioni legislative, almeno formalmente, non sono quasi affatto mutate; (...) che importa? È mutato, assai più profondamente, tutto quanto il sistema. (...) Malgrado l'identità della forma letterale, ciò significa che il senso di queste disposizioni non può essere, oggi, quello di allora; che esse possono, malgrado tutto, conciliarsi con le mutate concezioni generali. Dimostrare come ciò sia possibile, ecco appunto il compito della dottrina” (G. DELITALA, *Studi sulla bancarotta*, ora in *Id.*, *Raccolta degli scritti. Diritto penale*, vol. II, Milano, 1976, p. 853).

²¹ In tal senso, si vedano in particolare i contributi già citati alla precedente nota 2 nonché A. ALESSANDRI, *Novità penalistiche*, *op. cit.*, pp. 1815 e ss.

²² Per un tentativo in tal senso si legga in particolare S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale*, *op. cit.*, pp. 329 e ss.

Tanto premesso, nella presente sede ci si soffermerà tuttavia su un distinto tema (peraltro già sottoposto all'esame della Corte di cassazione²³) e cioè se, *de jure condito*, la riforma di cui al d.lgs. 14/2019 abbia originato, con specifico riferimento alle fattispecie di bancarotta²⁴, fenomeni di *successione di norme penali nel tempo*²⁵.

2. Le nuove fattispecie incriminatrici di bancarotta.

Appare preliminarmente opportuno analizzare le previsioni incriminatrici della bancarotta in sé considerate, in modo da verificare, come anticipato, se l'introduzione delle nuove disposizioni (cfr. artt. 322 e ss. c.c.i.) in sostituzione di quelle attualmente in vigore (cfr. artt. 216 e ss. l. fall.), abbia determinato modifiche rilevanti ai sensi dell'articolo 2 c.p.

A tale riguardo, si può immediatamente notare che il legislatore, quasi mosso dal timore di un'interpretazione abolitrice, ha ritenuto di precisare in molteplici sedi (e, segnatamente, all'articolo 2, lett. a), della legge delega, nella Relazione Illustrativa al d.lgs. 14/2019 e finanche nel medesimo testo legislativo, all'articolo 349) che l'introduzione delle fattispecie criminali di nuovo conio, dichiaratamente volta al mero adeguamento delle disposizioni previgenti al nuovo vocabolario del c.c.i.²⁶, avviene "*con salvezza della continuità delle fattispecie*"²⁷.

Si deve tuttavia osservare che tale indicazione non appare risolutiva, in quanto i rapporti – di abolizione ovvero di continuità – intercorrenti tra due fattispecie non possono essere predeterminati per via normativa, ma devono poter essere apprezzati nella realtà concreta²⁸: l'indicazione del legislatore è dunque certamente espressiva di un

²³ Il riferimento è a Cassazione penale, sezione V, 10 dicembre 2019, nr. 4772/2020, in *ilpenalista.it*, 15 aprile 2020, con nota di C. SANTORIELLO, *Nessuna soluzione di continuità per il reato di bancarotta fraudolenta con l'entrata in vigore della codice della crisi* e in *Penale – Diritto e procedura*, 1° aprile 2020, con nota di A. PANTANELLA, *La Corte di cassazione inizia a pronunciarsi in merito al nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*.

²⁴ Per un commento invece specificamente relativo alle disposizioni (sia di nuovo conio che in funzione novellatrice delle disposizioni precedenti) che riguardano a vario titolo il tema della falsità in attestazioni e relazioni, si veda F. MUCCIARELLI, *L'informazione penalmente presidiata nella rinnovata disciplina della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Dir. pen. proc.* 2020, pp. 539 e ss.

²⁵ Allo stesso modo, non ci si soffermerà sull'eventuale (ed accidentale) creazione da parte del legislatore di nuove fattispecie incriminatrici: sul punto si rinvia, in particolare, a F. MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici*, op. cit., in particolare pp. 1198 e s. e F. CONSULICH, op. cit., pp. 21 e ss.; si legga anche, sul tema della creazione di nuove posizioni di garanzia, A. ALESSANDRI, *Novità penalistiche*, op. cit., pp. 1850 e ss.

²⁶ Nella Relazione allo schema di legge delega si legge infatti che le modifiche lessicali apportate "*dovra[nno] comportare corrispondenti modifiche anche nelle varie disposizioni che oggi fanno riferimento al termine fallimento (o termini derivati), ivi comprese quelle penali, per assicurare la continuità della pretesa punitiva in presenza delle medesime condotte illecite*".

²⁷ La citazione è dell'articolo 349, d.lgs. 14/2019.

²⁸ In tal senso, tra i primi commenti sul punto, si leggano F. MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici*, op. cit., pp. 1189 e ss.; M. GAMBARDELLA, *Il codice della crisi d'impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, in *Cass. pen.* 2019, pp. 494 e s.; S. CAVALLINI, *Il diritto della crisi*, op. cit., p. 1333; A. ROSSI, *I profili penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: luci ed ombre dei dati normativi, in un contesto*

vigorouso messaggio ermeneutico²⁹, ma non è al contempo idonea a vincolare l'interprete, che non può ritenersi esonerato dall'autonoma analisi delle disposizioni in questione.

Tale approccio operativo appare condiviso dalla prima, già menzionata, pronuncia di legittimità intervenuta sul punto³⁰, la quale, chiamata a verificare se “*a seguito dell'entrata in vigore degli artt. 389 e 390 del d.lgs. n. 14/2019*” si fosse verificato un fenomeno di *abolitio criminis*, senza conformarsi passivamente alla clausola di continuità presente nel testo normativo – che in effetti non viene neanche richiamata – rileva l'assenza di “*alcuna discontinuità*” fra le disposizioni rilevanti nel caso di specie (e cioè la previsione di cui all'articolo 223, c. 2, nr. 1 l. fall. e la corrispondente norma del c.c.i., articolo 329, c. 2 lett. a), all'esito del confronto fra le due fattispecie astratte³¹.

Pur ritenendosi che la soluzione adottata dalla sentenza appena menzionata sia condivisibile – ed in effetti sostanzialmente condivisa, pur con qualche tentennamento, dai primi commentatori³² – pare opportuno brevemente osservare che l'approccio adottato al fine di negare il preteso intervenuto fenomeno di *abolitio criminis* – e cioè la

programmatico. I riflessi su alcune problematiche in campo societario, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2019, p. 1158; G. MINICUCCI, *I delitti di bancarotta al crocevia tra continuità e palingenesi*, in *Discrimen*, 24 aprile 2020, pp. 1 e ss. Di segno apparentemente contrario invece R. BRICCHETTI, *Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quella della legge fallimentare*, in *Dir. pen. cont.*, 7-8/2019, p. 77, il quale osserva che “*la forza della clausola «con salvezza della continuità della fattispecie» non può essere messa in discussione*”: il medesimo Autore tuttavia non manca di notare che “*l'affermazione [sulla continuità delle fattispecie] è inesatta*” (p. 76), puntualizzando le modifiche introdotte nelle norme corrispondenti agli articoli 236 e 236 bis della legge fallimentare.

²⁹ In tal senso, F. MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici*, op. cit., pp. 1198 e ss.

³⁰ Il riferimento è alla già menzionata sentenza Cassazione penale, sezione V, 10 dicembre 2019, nr. 4772/2020 di cui alla precedente nota 23.

³¹ La sentenza naturalmente rilevava altresì che, in ogni caso, “*le nuove norme incriminatrici contenute nel decreto legislativo 12 gennaio 2019 n. 14 (...) entreranno in vigore, a norme dell'articolo 389 del medesimo decreto, solo decorsi diciotto mesi dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, avvenuta il 14 febbraio 2019, e quindi il 15 agosto 2020*”.

³² In tal senso, F. MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici*, op. cit., pp. 1189 e ss.; S. CAVALLINI, *Il diritto della crisi*, op. cit., pp. 1333 e ss.; C. SANTORIELLO, op. cit., pp. 1 e ss.; R. BRICCHETTI, op. cit., p. 80. In senso contrario si legga A. ROSSI, op. cit., la quale individua invece un profilo di discontinuità tra la previgente previsione di cui all'articolo 223, c. 2, nr. 2 (bancarotta cagionata con dolo o per effetto di operazioni dolose) e la corrispondente norma oggi rinvenibile nell'articolo 329, c. 2 lett. b c.c.i., in quanto in tale ultima previsione l'evento causato dalla condotta dell'agente non è più individuato nel fallimento (e, quindi, secondo il lessico della nuova normativa, nella intervenuta liquidazione giudiziale) bensì nel dissesto della società. L'Autrice infatti, pur rappresentando che “*la dottrina ha al riguardo evidenziato che nulla di strano è successo, considerato che cagionare il fallimento significa provocare il dissesto destinato a sfociare, anche se non con immediatezza, nella pronuncia dichiarativa di fallimento*”, osserva tuttavia che “*a mio vedere, nella fattispecie di cui all'articolo 223, cpv. n. 2 l. fall. oggi ancora vigente è la sentenza dichiarativa di fallimento (...) a costituire l'evento naturalistico del reato (...) potrebbe presentarsi un'ipotesi di abolitio criminis in riferimento a quelle situazioni in cui la condotta posta in essere abbia effettivamente determinato il fallimento della società, ma senza della pregressa determinazione della situazione di insolvenza/dissesto (...)*” (p. 1170). In termini simili, si veda anche F. CONSULICH, op. cit., pp. 6-7, il quale osserva che “*mentre il r.d. del 1942 prevede come conseguenza della condotta il fallimento della società, stando alla lettera del nuovo 329 c.c.i., l'esito causale è il dissesto e si tratta, come ognuno può ben comprendere, di due termini diversi*” e G. MINICUCCI, op. cit., p. 4. Per un'ampia riflessione sul tema, si legga anche P. CHIARAVIGLIO, *Le innovazioni penalistiche del codice del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: alcuni rilievi critici*: in *Soc.* 2019, pp. 445 e ss.

mera comparazione strutturale delle due fattispecie astratte – può apparire riduttivo, ove si consideri che, secondo un orientamento dottrinale³³ a cui sembra avere in passato aderito la Corte di cassazione nella sua più autorevole composizione³⁴, occorre altresì valutare se i mutamenti verificatisi abbiano o meno inciso il bene giuridico tutelato dalle due fattispecie.

A tale ultimo proposito, non appare fuori luogo osservare che l'introduzione di misure premiali (addirittura, nel caso di danno di 'speciale tenuità', in termini di esclusione della punibilità³⁵) a favore dell'imprenditore che faccia tempestivamente ricorso alle già menzionate procedure di allerta, potrebbe, in astratto, indurre a una rinnovata riflessione in ordine al bene giuridico tutelato dalle nuove fattispecie di bancarotta, considerato che la mera puntuale adozione di tali misure è idonea, a determinate condizioni, a rendere non punibili condotte che abbiano cagionato un danno di tenue entità³⁶, a prescindere dalla offensività assiologica delle stesse³⁷.

Si ritiene, tuttavia, che il problema sia soltanto apparente: ove si acceda alla tesi (maggioritaria) per cui il bene giuridico tutelato dalle fattispecie di bancarotta è da intendersi in chiave patrimonialistica³⁸ ed è dunque, in estrema sintesi, da identificarsi

³³ Per una approfondita ricostruzione del dibattito in ordine a detta questione, si legga F. MUCCIARELLI, *Vecchi e nuovi istituti*, op. cit., pp. 1620 e ss.

³⁴ Il riferimento è a Cass. pen., sez. un. penali, 26 febbraio 2009 nr. 22468, Rizzoli, in *Cass. pen.* 2009, pp. 4113 e ss., con nota di M. GAMBARDELLA, *L'abolizione del delitto di bancarotta impropria commesso nell'ambito di società in amministrazione controllata*.

³⁵ Per una più approfondita analisi sulle misure premiali introdotte dal c.c.i., si vedano, in particolare, A. ALESSANDRI, *Novità penalistiche*, op. cit., pp. 1843 e ss.; nonché P. CHIARAVIGLIO, *Osservazioni penalistiche a prima lettura sul progetto di codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Dir. pen. cont.*, 5/2018, pp. 96 e ss.; M. GAMBARDELLA, *Il codice della crisi d'impresa*, op. cit., pagg. 405 e ss.; G. DE MARZO, *Riforma del diritto fallimentare e implicazione penalistiche*, in *Foro it.* 2017, parte V, col. 337; F. CONSULICH, op. cit., pp. 38 e ss.; G. MINICUCCI, op. cit., pp. 9 e ss.

³⁶ Per una riflessione relativa all'attenzione prestata nel contesto del c.c.i. al danno apportato ai creditori dalla condotta dell'imprenditore, si legga in particolare A. ALESSANDRI, *Novità penalistiche*, op. cit., pp. 1843 e ss. In effetti, anche con riferimento alla circostanza attenuante prevista dall'articolo 25 c.c.i. (e quindi non soltanto con riferimento alla causa di esclusione della punibilità) permane un limite di carattere quantitativo, in quanto si richiede che al momento dell'apertura delle procedure di allerta il valore dell'attivo garantisca il soddisfacimento di almeno il quinto dei creditori chirografari e che il danno arrecato sia inferiore alla somma di due milioni di euro.

³⁷ A tale proposito, F. DI VIZIO, *Codice della crisi d'impresa: gli effetti penali riflessi della riforma* in *Quotidiano Giuridico* 20 marzo 2019, osserva che "la causa di non punibilità e l'attenuante descritte all'art. 25 CCI (...) autorizza[no] l'assunzione di rischi sinora impensabili (si pensi alle bancarotte per distrazione, alle bancarotte documentali o quelle mediante per false comunicazioni sociali cui consegue danno di speciale tenuità) (...) le fondamentali fattispecie della bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale (accompagnate da danni di speciale tenuità) ne potranno restare incise". Si è coerentemente osservato che tale previsione conferisce una nuova immagine alle stesse ipotesi di bancarotta, traducendosi nella "ricerca (...) [di] un difficile passaggio a nord ovest per scoprire il confine dell'area di rischio penale" (cfr. F. MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici*, op. cit., p. 1201).

³⁸ Per una ricostruzione del dibattito in merito al bene giuridico tutelato dalle fattispecie di bancarotta (in particolar modo in ordine alla contrapposizione tra teoria pubblicistica e teoria patrimonialistica), si leggano A. MANNA, *Il bene giuridico protetto*, in L. Ghia – C. Piccininni – F. Severini (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, VI, Torino 2012, pp. 11 e ss. nonché, da ultimo, S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale*, op. cit., pp. 135 e ss. Si veda anche, per un esame rinnovato alla luce dell'introduzione del c.c.i., F. CONSULICH, op. cit., pp. 8 e 9.

nella “*garanzia dei creditori*”³⁹, si può ritenere che la premialità attribuita alla rapida emersione dello stato di crisi consenta al più di concludere, peraltro in via non del tutto difforme da quanto si potrebbe osservare con riferimento alla previsione di cui all’art. 217 bis l. fall.⁴⁰, che il legislatore abbia voluto individuare un (ulteriore) interesse rispetto al bene giuridico tutelato dalle disposizioni di riferimento, in termini coerenti con quanto già avviene nelle singole fattispecie di bancarotta, nelle quali, come autorevolmente osservato, il “*diritto di credito (...) trova (...) una immediata difesa sopra un triplice fronte: da un lato contro gli atti di illecita disposizione dei propri beni da parte del debitore, dall’altro contro la violazione dell’obbligo di ostensibilità, imposto dalla legge con le scritture di commercio, dal terzo contro il favoreggiamento di alcuno dei creditori a danno della massa*”⁴¹.

Pertanto, si può ritenere che non sia intervenuta un’effettiva mutazione del bene giuridico di riferimento, il quale può considerarsi al più ‘arricchito’ in virtù dell’individuazione di un nuovo interesse mediato (la rapida emersione dello stato di crisi), in ogni caso da qualificarsi come servente rispetto al primario fine di tutela del ceto creditorio; d’altra parte, si può altresì osservare che l’immediata attivazione delle procedure di allerta tracciate dal c.c.i. ha il principale scopo di scongiurare la procedura concorsuale (o quantomeno di evitare il ricorrere ad istituti liquidatori), ed è dunque in tal senso primariamente volta a tutelare gli interessi dei creditori⁴².

In conclusione, si può ritenere che la comparazione tra le fattispecie di bancarotta antecedenti e successive alla riforma in esame continui a restituire, anche a valle dell’analisi del bene giuridico tutelato, un’immagine di continuità normativa, che consente di escludere che si sia verificato qualsivoglia fenomeno di successione di norme penali nel tempo.

3. Le modifiche apportate alle procedure concorsuali: ricadute in ambito penale.

Quanto sopra esposto non è tuttavia conclusivo in ordine al tema oggetto di analisi: atteso che le fattispecie di bancarotta richiamano espressamente nozioni di

³⁹ F. MUCCIARELLI, *Fallimento e reato di bancarotta*, in AA.VV., *Libro dell’anno del diritto*, Roma, 2016, p. 148. Il riferimento, si è osservato, non è da intendersi in via atomistica rispetto al singolo creditore, bensì al ceto creditorio visto nella sua interezza e complessità: sul punto, su tutti, C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, ora in Id., *Diritto Penale. Scritti di diritto penale dell’economia*, Milano, 2003, p. 976.

⁴⁰ In tal senso, non casualmente, viene già notata “*l’omogeneità della logica di fondo*” dell’istituto con la previsione di cui all’art. 217 bis l. fall.: cfr. S. CAVALLINI, *Il diritto della crisi*, op. cit., p. 1336 e anche G. MINICUCCI, op. cit., pp. 13 e ss. Tale ultima norma, come noto, è da sempre oggetto di interesse da parte della dottrina: fra i principali contributi, si leggano F. MUCCIARELLI, *L’esenzione dai reati di bancarotta*, in *Dir. pen. proc.* 2010, pp. 1474 e ss.; F. D’ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.*, in *Società* 2011, pp. 202 e ss.; G. COCCO, *Esenzioni dai reati di bancarotta nel “nuovo” art. 217-bis della legge fallimentare*, in *Legisl. pen.* 2011, pp. 5 e ss. Per una nuova lettura della norma, volta a valorizzare la stessa, previo un intervento novellatore da parte del legislatore, nell’ambito dei nuovi problemi di carattere penalistico presentati dalla immissione di liquidità prevista dalla decretazione di urgenza legata all’emergenza sanitaria da Covid-19, si legga F. MUCCIARELLI, [Finanziamenti garantiti ex d.l. 23/2020: profili penalistici](#), in questa *Rivista*, 29 aprile 2020.

⁴¹ G. DELITALA, *Studi sulla bancarotta*, op. cit., p. 836.

⁴² Si vedano sul punto i contributi già citati alla precedente nota 11.

carattere extra-penale proprie della disciplina dell'insolvenza, occorre infatti verificare se le modifiche apportate a quest'ultima siano "tali da mutare il presupposto, l'insolvenza dell'impresa" ovvero se, come concluso dalla menzionata pronuncia di legittimità già intervenuta sul punto⁴³, "non si ravvisano elementi concreti" in tal senso.

A tale proposito, si ritiene di poter indirizzare l'analisi in una duplice direzione, avente carattere esemplificativo.

In via preliminare, occorre considerare che, nell'individuare i requisiti di ammissione alla liquidazione giudiziale, il legislatore, in forza della nuova definizione della nozione di 'impresa minore' apportata dall'articolo 2, lett. d) c.c.i., oggi fa riferimento alla generica nozione di 'ricavi' e non più, come in precedenza, a quella di 'ricavi lordi': ciò ha indotto taluni commentatori ad osservare che potrebbe ipotizzarsi a tale riguardo un limitato fenomeno di *abolitio criminis*, con tutte le conseguenze in tal senso derivanti sui processi in corso e anche su quelli già definiti con sentenza irrevocabile⁴⁴.

Milita in senso contrario a tale ricostruzione la circostanza per cui, con una sentenza non esente da critiche da parte della dottrina⁴⁵, le Sezioni Unite, intervenendo a risolvere un contrasto giurisprudenziale⁴⁶, hanno ritenuto, in un caso assai affine a quello odierno – in quanto relativo alle modifiche operate dal d.lgs. 5/2006 sui requisiti di fallibilità di cui all'art. 1, l. fall. – che "il giudice penale non ha alcun potere di sindacato [sulla sentenza dichiarativa di insolvenza], dovendo limitarsi a verificare l'esistenza dell'atto e la sua validità formale"⁴⁷.

Tale autorevole arresto della Suprema Corte parrebbe dunque precludere un'interpretazione che attribuisca all'intervento legislativo in esame l'ampia portata applicativa di cui all'art. 2 cpv. c.p.

In tal modo risulterebbe tuttavia sacrificato un interesse di giustizia sostanziale: infatti, la Relazione Illustrativa, nel rilevare che l'eliminazione dell'espressione 'ricavi lordi' è sorretta dalla volontà di elidere una "espressione che, per la sua ambiguità, aveva

⁴³ Di nuovo, cfr. nota 23.

⁴⁴ In tal senso, si veda in particolare F. MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici*, op. cit., p. 1191; M. GAMBARELLA, *Il codice della crisi d'impresa*, op. cit., pp. 500 e ss.

⁴⁵ La quale ha in particolare osservato che, al contrario di quanto sostenuto dalle Sezioni Unite, nel contesto della nuova codificazione del 1988 le questioni vincolanti per il giudice penale sono soltanto quelle elencate dall'articolo 3 c.p.p., residuando per il resto in capo allo stesso la più ampia discrezionalità con riguardo alle questioni esterne alla sua giurisdizione: per un'attenta ricostruzione del dibattito dottrinale che ha preceduto la sentenza delle Sezioni Unite, si legga, su tutti, C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, op. cit., pp. 114 e ss.

⁴⁶ Per la cui ricostruzione si rinvia a E.M. AMBROSETTI, *I riflessi penalistici derivanti dalla modifica della nozione di piccolo imprenditore nella legge fallimentare al vaglio delle sezioni unite*, in *Cass. pen.* 2008, pp. 3592 e ss. e A. SCARCELLA, *Reati di bancarotta e (in)sindacabilità in sede penale della sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Dir. pen. proc.* 2008, pp. 482 e ss.

⁴⁷ Il riferimento è a Cass., sez. un. pen., 28 febbraio 2008, Niccoli, in *Cass. pen.* 2008, pp. 3592 ss., con nota di E.M. AMBROSETTI, op. cit.; in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 2008, pp. 267 e ss., con nota di V. CARDONE – F. PONTIERI, *Le Sezioni Unite chiariscono gli effetti della riforma della legge fallimentare sul reato di bancarotta*; in *Dir. pen. proc.* 2008, pp. 482 e ss., con nota di A. SCARCELLA, op. cit.

suscitato qualche dubbio interpretativo”⁴⁸, interviene autorevolmente sul contrasto ermeneutico che si era ingenerato con riferimento alla precedente formulazione della norma⁴⁹, screditando le tesi interpretative di segno difforme che si erano attestate negli anni e che continueranno tuttavia a perpetrare i propri effetti nell’ambito dei procedimenti penali già incardinati a carico del ‘piccolo’ imprenditore⁵⁰.

Un’ulteriore questione si può porre con riferimento alle modifiche apportate all’istituto del concordato preventivo (e, in particolare, alla *species* liquidatoria), una delle procedure c.d. minori che, ai sensi dell’articolo 236 l. fall., assumono rilievo ai fini dell’applicazione, *inter alia*, delle disposizioni penali di cui agli articoli 223 e 224 l. fall.

Sono note le difficoltà di adattamento della disciplina del concordato (nonché delle altre procedure richiamate dal medesimo articolo 236) alle fattispecie penali di bancarotta⁵¹, originariamente congegnate assumendo come riferimento la disciplina del fallimento⁵²: ciò soprattutto in considerazione della crescente possibilità di azionare talune di tali procedure⁵³ sul mero presupposto dello stato di crisi⁵⁴.

⁴⁸ Sul punto, si legga, ancora, M. Gambardella, *Il codice della crisi d’impresa, op. cit.*, pp. 502 e ss. il quale si sofferma anche sulla possibilità di considerare ricompresi nell’ambito della categoria civilistica dei ricavi così richiamata anche i guadagni derivanti dall’attività illecita dell’imprenditore.

⁴⁹ Sul punto si legga M. VENTORUZZO, *L’esonero dal fallimento in ragione delle dimensioni dell’impresa*, in *Riv. soc.* 2009, pp. 1040 e ss.

⁵⁰ Tale per cui con il termine ‘ricavi’ (lordi) si farebbe un “chiaro (...) rinvio alla disciplina civilistica e, in particolare, agli articoli 2425 e 2525 bis” (cfr., di nuovo, la Relazione illustrativa).

⁵¹ Si vedano sul punto F. MUCCIARELLI, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 2009, pp. 826 e ss.; M. ZANCHETTI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?* in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 2014, pp. 149 e ss.; F. D’ALESSANDRO, *La bancarotta da concordato preventivo e da accordi di ristrutturazione*, in *Dir. pen. proc.* 2019, pp. 1202 e ss.; G. FLORA, *Il ruolo della sentenza dichiarativa di insolvenza*, in R. Borsari (a cura di), *Crisi dell’impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell’insolvenza. Aspetti problematici*, Padova, 2015, pp. 326 e ss.; S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale, op. cit.*, pp. 196 e ss. Per una rinnovata riflessione sul punto alla luce del c.c.i., si legga A. ALESSANDRI, *Novità penalistiche, op. cit.*, pp. 1815 e ss.

⁵² Tale la forza di tale portato storico che, pur in costanza dell’articolo 236 l. fall., si creava un (oggi superato) contrasto dottrinale circa la liceità o meno di applicare le fattispecie di bancarotta nei casi di procedure concorsuali minori che non fossero tuttavia sfociate nel fallimento: si veda per una ricostruzione di tale dibattito F. MUCCIARELLI, *Vecchi e nuovi istituti della legge fallimentare, op. cit.*, pp. 1620 e ss.

⁵³ Per quanto concerne il concordato, il tema si pone in particolar modo a valle della riforma di cui al d.l. 35/2005, per effetto della quale, secondo l’opinione della dottrina, la nozione di ‘crisi’ ha avuto l’ingresso nel diritto fallimentare come possibile presupposto delle procedure concorsuali (ed in particolare del concordato preventivo), iniziandosi altresì a prediligere un esito in termini di risanamento invece che di spossessamento e liquidazione dell’imprenditore ammesso alla procedure: in tal senso, si leggano G.G. SANDRELLI, *op. cit.*, pp. 1296 e ss.; C. CASSANI, *La riforma del concordato preventivo: effetti penali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 2006, pp. 757 e ss.; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, Milano 2015, pp. 16 e ss.; G. INSOLERA, *Concordato preventivo, amministrazione straordinaria e disciplina penale del fallimento*, in N. Pisani (a cura di), *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, Torino, 2010, pp. 35 e ss.; S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale, op. cit.*, pp. 203 e ss.

⁵⁴ Sul punto si legga in particolare Alberto Alessandri, il quale osserva che “estendere l’operatività [dei reati di bancarotta] anche al caso in cui il concordato è stato richiesto sul presupposto di uno stato di crisi (...) conferma e amplifica la distonia intrinseca della fattispecie (...) [e] esaspera la pretesa punitiva della figura: si introduce una punibilità di tipo fallimentare a chi non è fallito (...)” (A. ALESSANDRI, *Profili penalistici, op. cit.*, p. 86).

Tuttavia, prescindendo da tale tema, in questa sede si vuole rilevare che la riforma interviene assai incisivamente sulla specifica disciplina del concordato liquidatorio: si prevede infatti, all'ultimo comma dell'articolo 84 c.c.i., che tale procedura concorsuale possa reputarsi ammissibile soltanto laddove il piano preveda che l'apporto di risorse esterne sia idoneo a garantire il soddisfacimento dei creditori chirografari per un importo superiore al dieci per cento rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale, ferma restando, in ogni caso, la percentuale minima (pari al venti per cento dell'ammontare complessivo del credito chirografario) di cui deve essere garantito il pagamento, già in forza dell'art. 160 l. fall.⁵⁵.

Tale previsione, che disvela uno degli architravi della riforma, e cioè la già richiamata volontà di marginalizzare quanto più possibile le procedure liquidatorie, prediligendo invece quelle volte a risanare l'impresa e ad immetterla nuovamente sul mercato⁵⁶, pone altresì un tema in ordine ai possibili effetti penali di tale significativo restringimento del perimetro applicativo della procedura in esame.

La questione, si ritiene, può essere affrontata in una duplice prospettiva, potendosi concludere, alternativamente, che le modifiche apportate ai requisiti di ammissibilità del concordato preventivo liquidatorio vadano lette alla medesima stregua delle variazioni effettuate sui parametri di fallibilità di cui si è dianzi discusso, ovvero che, in maniera più radicale, si sia determinata una – benché parziale – abrogazione dell'istituto del concordato preventivo liquidatorio.

Mentre nella prima ipotesi la soluzione sarà da rinvenirsi seguendo i percorsi già delineati nel senso del carattere vincolante della sentenza declaratoria d'insolvenza nell'ambito del giudizio penale, nella seconda ipotesi è necessario svolgere qualche riflessione ulteriore, dovendosi verificare se l'elisione parziale dell'istituto integrante la norma incriminatrice (ricostruito nel combinato disposto dell'articolo 236 l. fall. e della singola fattispecie di bancarotta) possa rilevare nei termini di cui all'articolo 2 c.p.

Anche in questo caso il tema non è inedito. Quando, con il d.lgs. 147/2006, si è abrogata – in questo caso integralmente – la disciplina della procedura concorsuale dell'amministrazione controllata, espungendone peraltro il riferimento anche nel sopra menzionato articolo 236 l. fall., la Corte di cassazione nel suo massimo consesso⁵⁷ è stata chiamata a valutare se si fosse verificato un fenomeno di *abolitio criminis*.

⁵⁵ Tra i primi commenti al nuovo istituto, si legga in particolare A. AZARA, *Responsabilità patrimoniale e concordato preventivo liquidatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2020, pp. 239 e ss.

⁵⁶ In tal senso si legga F. D'ALESSANDRO, *La bancarotta da concordato preventivo*, *op. cit.*, p. 1205, il quale nota che "un ben preciso percorso normativo è giunto a compimento, modificando in misura significativa l'approccio nella legge fallimentare alla crisi d'impresa e favorendo soluzioni idonee al ripristino dell'equilibrio finanziario e di cassa, in luogo del tradizionale fallimento liquidatorio ritenuto dispersivo dell'impresa come valore".

⁵⁷ Il riferimento è a Cass. pen., Sezioni Unite, 26 febbraio 2009, Rizzoli in *Cass. pen.* 2009, pp. 4113 e ss. con nota di M. GAMBARDILLA, *L'abolizione del delitto di bancarotta impropria*, *op. cit.*; in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2010, pp. 887 e ss. con nota di G.L. GATTA, *Abolizione dell'amministrazione controllata e abolitio criminis della bancarotta impropria ex art. 236, c. 2 n. 1 legge fallimentare*; in *Soc.* 2010, pp. 603 e ss. con nota di F. D'ALESSANDRO, *L'abrogazione del delitto di bancarotta impropria nell'amministrazione controllata*; in *Dir. pen. proc.* 2010, pp. 177 e ss. con nota di M. SCOLETTA, *Abrogazione dell'amministrazione controllata e abolitio criminis: chiaroscuri delle Sezioni Unite*. Come osservato, diversamente rispetto al caso delle Sezioni Unite Niccoli dianzi esposto, nel caso di specie le Sezioni Unite intervenivano non a definizione di un contrasto, bensì per evitarne

In tale circostanza la soluzione fornita dalla Suprema Corte è stata di segno positivo, in quanto si riteneva modificato un elemento essenziale ed integrante la fattispecie penale (*id est*, la dichiarazione di insolvenza pronunciata nell'ambito dell'amministrazione controllata), da ciò facendosi conseguire l'effetto iper-retroattivo della modifica, ai sensi dell'art. 2 cpv. c.p., anche con riguardo a provvedimenti già divenuti irrevocabili.

Si ritiene, tuttavia, che l'ipotesi sottoposta al vaglio della Suprema Corte presenti dei significativi profili di discrasia rispetto all'odierna novella del concordato preventivo liquidatorio.

In via preliminare, si deve osservare che, sebbene appaia corretto sostenere che vi sia una porzione di concordati liquidatori, verosimilmente anche quantitativamente significativa⁵⁸, in corso o estinti e che non potrebbero essere invece perseguiti nella vigenza del c.c.i., stante la mancanza di uno dei requisiti di ammissibilità, sembra al contempo difficile sostenere che tale sopravvenuta circostanza muti strutturalmente la (nuova) fattispecie di bancarotta da concordato, che si porrebbe pertanto in un rapporto di continuità con quella antecedente⁵⁹.

E in effetti, mentre nel caso dell'amministrazione controllata il legislatore aveva avuto cura di eliminare il riferimento alla procedura concorsuale abrogata presente nell'art. 236 l. fall., potendosi pertanto senza difficoltà ritenere che fosse intervenuta la modifica di un elemento proprio della fattispecie delittuosa di riferimento e non soltanto delle norme extra-penali chiamate ad integrare il precetto punitivo⁶⁰, nel caso di specie tale circostanza non ricorre, in quanto il legislatore è intervenuto in via esclusiva sulle disposizioni concorsuali che disciplinano l'istituto in questione: ciò rende necessario un più serrato confronto fra le fattispecie, al fine di verificare se una modifica apportata ad un elemento per sua natura estraneo alla norma incriminatrice possa ritenersi di tale rilevanza da modificare strutturalmente il profilo della fattispecie di reato⁶¹.

A tale proposito va considerato che uno dei presupposti da cui muoveva la ricordata pronuncia delle Sezioni Unite era che la sentenza dichiarativa di insolvenza dovesse intendersi, nell'ambito delle fattispecie di bancarotta pre-fallimentare, come un elemento costitutivo (sebbene atipico⁶²) del reato⁶³, in via conforme all'orientamento

l'insorgenza: in tal senso, G.L. GATTA, *op. cit.*, pp. 887 e ss.

⁵⁸ Infatti, già nella Relazione illustrativa si osserva che la novella comporta una soltanto residuale "sopravvivenza" dell'istituto.

⁵⁹ Ciò non da ultimo in ragione della circostanza per cui, come già notato, già con le riforme legislative antecedenti al c.c.i. il concordato preventivo era divenuto una delle procedure di gestione sulla crisi: cfr. sul punto si vedano gli autori citati *supra*, nota 53. In senso apparentemente contrario, si veda invece P. CHIARAVIGLIO, *Le innovazioni penalistiche*, *op. cit.*, pp. 454 e ss.

⁶⁰ Si vedano sul punto in particolare G.L. GATTA, *op. cit.*, pp. 887 e ss. e M. SCOLETTA, *op. cit.*, pp. 177 e ss.

⁶¹ In tal senso, si legga in particolare G.L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme integratrici nella recente giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Cass. pen.* 2011, pp. 430 e ss.

⁶² E per tale motivo ritenuto da buona parte della dottrina una sorta di "monstrum apolide": in tal senso, G. FLORA, *op. cit.*, pp. 328 e ss. Sulla impraticabilità dogmatica di tale soluzione, si veda su tutti C. PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, ora in *Id.*, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, *op. cit.*, pp. 1011 e ss.

⁶³ L'intento è in effetti dichiarato, leggendosi, sempre nella pronuncia, che "il decreto di ammissione

giurisprudenziale che in quel momento storico appariva caratterizzato da una “monolitica lettura”⁶⁴, sebbene invisibile a buona parte della dottrina⁶⁵. Non è questa la sede per soffermarsi su una questione così annosa e dibattuta: ci si limita qui a ricordare che da ultimo la Corte di cassazione⁶⁶ – dopo un’isolata pronuncia in cui aveva qualificato la sentenza dichiarativa di insolvenza come evento del reato, con tutto ciò che ne consegue in punto di causalità e colpevolezza⁶⁷ – sembrerebbe aver mutato la tesi sostenuta negli oltre cinquant’anni precedenti, raggiungendo, pur con qualche tentennamento⁶⁸, l’approdo da tempo invocato dalla dottrina ed individuando dunque, sempre con riferimento alle ipotesi di bancarotta pre-fallimentari, la sentenza dichiarativa di insolvenza quale condizione obiettiva estrinseca di punibilità⁶⁹.

all’amministrazione controllata ripete, nell’ambito della corrispondente fattispecie di bancarotta, la stessa natura e gli stessi effetti della sentenza dichiarativa di fallimento, ed integra pertanto un elemento costitutivo del reato e non una mera condizione obiettiva di punibilità (...)”.

⁶⁴ In tal senso, F. MUCCIARELLI, *Fallimento e reato di bancarotta*, op. cit., p. 147. La pronuncia da cui si originerebbe tale orientamento viene tradizionalmente individuata in Cass. pen., SS.UU., sent. n. 2 del 1958, poi indiscriminatamente seguita da tutte le pronunce susseguitesi negli anni (fino alle evoluzioni di cui *infra* nel testo): a tale proposito, si è parlato di “sonno dogmatico” della giurisprudenza (cfr. S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale*, op. cit., p. 165).

⁶⁵ Per una ricostruzione del dibattito sul punto, si leggano tra i vari autori, U. GIULIANI-BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Milano, 1999, pp. 3 e ss.; A. MANNA, op. cit., pp. 61 e ss.; F. MUCCIARELLI, *Una rivoluzione riformatrice della Cassazione: la dichiarazione giudiziale d’insolvenza è condizione obiettiva di punibilità della bancarotta pre-fallimentare*, in Soc. 2017, pp. 897 e ss.; M.N. MASULLO, *La sentenza dichiarativa di fallimento è condizione obiettiva di punibilità: quando affermare la verità non costa nulla*, in Riv. it. dir. proc. pen. 2017 pp. 1151 e ss.; S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale*, op. cit., pp. 149 e ss. Per un’analisi alla luce dell’introduzione del c.c.i., si legga F. CONSULICH, op. cit., pp. 14 e ss.

⁶⁶ Il riferimento è alla nota pronuncia Cass. pen., sez. V, sent. n. 13910 del 2017. Fra i commenti a tale sentenza, si ricordano, tra i tanti, F. MUCCIARELLI, *Una rivoluzione riformatrice della Cassazione*, op. cit., pp. 879 e ss.; A. ROSSI, *La sentenza dichiarativa di fallimento quale condizione obiettiva di punibilità nelle bancherotte prefallimentari: pace fatta tra giurisprudenza e dottrina?*, in Giur. it. 2017, pp. 1679 e ss.; N. PISANI, *La sentenza dichiarativa di fallimento ha natura di condizione obiettiva di punibilità estrinseca nella bancarotta fraudolenta pre-fallimentare: un apparente revirement della Cassazione*, in Dir. pen. proc. 2017 pp. 1158 e ss.

⁶⁷ Il riferimento è alla nota sentenza Cass. pen., sez. V, sent. nr. 47502 del 2013, Corvetta, su cui si legga F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva è reato d’evento?*, in Dir. pen. proc. 2013 pp. 437 e ss.; L. TROYER, A. INGRASSIA, *Il dissesto come evento della bancarotta fraudolenta per distrazione: rara avis o evoluzione della (fatti)specie?*, in Soc. 2013, pp. 335 e ss.; F. VIGANÒ, *Una sentenza controcorrente della Cassazione in materia di bancarotta fraudolenta: necessaria la prova del nesso causale e del dolo tra condotta e dichiarazione di fallimento*, in Dir. pen. cont., 14 gennaio 2013.

⁶⁸ Si è osservato infatti che, pur registrandosi sentenze successive a quella di cui alla nota che segue e che si sono attestate in senso conforme alla stessa, vi sono altresì state pronunce dissonanti, che inducono a ritenere che la giurisprudenza non abbia immediatamente metabolizzato i mutamenti sopravvenuti: in tal senso, anche per i riferimenti giurisprudenziali, si veda S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale*, op. cit., pp. 184 e ss.

⁶⁹ Tale categoria si oppone al discusso *genus* delle condizioni di punibilità intrinseche, laddove l’elemento di differenza insisterebbe nel grado di affinità della condizione di punibilità rispetto al fatto tipico della fattispecie. Per il dibattito circa la corretta qualificazione della sentenza dichiarativa di insolvenza quale condizione di punibilità intrinseca ovvero estrinseca, si vedano F. MUCCIARELLI, *Una rivoluzione riformatrice della Cassazione*, op. cit., pp. 906 e ss.; E. RECCIA, *Il mutato orientamento della Cassazione: la dichiarazione di fallimento è una condizione obiettiva di punibilità estrinseca*, in Dir. pen. cont., 24 gennaio 2018; S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale*, op. cit., pp. 178 e ss.

Tale differente catalogazione non è scevra di effetti per quanto qui rileva: se le Sezioni Unite prima richiamate avevano agio nell'invocare un intervenuto fenomeno di *abolitio criminis*, in quanto, anche volendo prescindere dalla diretta modifica operata sull'articolo 236 l. fall., risultava in ogni caso mutato un elemento costitutivo del reato⁷⁰, oggi il medesimo presupposto di tale *iter* logico viene meno⁷¹.

Infatti, se la sentenza dichiarativa di insolvenza è da intendersi quale condizione obiettiva di punibilità, la ipotizzata parziale abrogazione dell'istituto del concordato liquidatorio non consentirebbe di ritenere alterato alcun elemento tipico della disposizione incriminatrice, risultando piuttosto variato il perimetro di un fatto, peraltro giuridicamente inteso, esterno alla fattispecie astratta e al cui verificarsi il legislatore correla, in ossequio a motivi di politica criminale, la volontà punitiva avverso una condotta già intrinsecamente perfezionatasi nella propria portata offensiva⁷².

Tale conclusione, si ritiene, rimane vera anche là dove si aderisca alla (minoritaria) impostazione dottrinale secondo cui le modifiche apportate alle condizioni di punibilità sarebbero (in astratto) idonee ad assumere rilievo nei termini di cui all'articolo 2 c.p.⁷³: in effetti, anche in questo caso l'interprete non potrà sottrarsi alla comparazione strutturale tra le due fattispecie astratte, risultando al più legittimato a non escludere *tout court* un fenomeno di successione laddove la novella legislativa interessi una condizione di punibilità.

Ebbene, a tale ultimo riguardo, si deve considerare che mentre nel caso dell'abrogazione dell'amministrazione controllata le Sezioni Unite potevano osservare che detto istituto "*aveva come finalità primaria il risanamento dell'impresa e il ripristino della sua solvibilità (...) [mentre] la struttura normativa del concordato preventivo prescinde [si potrebbe correggere: prescindeva] da qualsiasi idea di necessaria protrazione dell'attività imprenditoriale ed è orientata ad assicurare effetti meramente liquidativi*" e concludevano pertanto che il nuovo articolo 236 l. fall., prevenendo l'applicabilità dell'istituto della bancarotta al solo concordato e non più all'amministrazione controllata, risultava strutturalmente mutato, la limitazione oggi apportata ai requisiti di ammissibilità del concordato liquidatorio difficilmente può intendersi come una modifica sostanziale e strutturale all'articolo 236 l. fall., il cui fatto penalmente rilevante (il decreto di

⁷⁰ Particolarmente esplicitivo, in tal senso, il seguente passaggio della sentenza in questione, in cui si afferma che "*se l'intervento legislativo posteriore altera la fisionomia della fattispecie legale, nel senso che sopprime un elemento strutturale della stessa e, quindi, la figura di reato in essa descritta, ci si trova – di norma – di fronte ad una ipotesi di abolitio criminis (...)*".

⁷¹ In tal senso, già i commentatori delle Sezioni Unite Rizzoli notavano che il mutamento della qualificazione giurisprudenziale della sentenza dichiarativa di insolvenza era idonea ad imporre quantomeno un ricalibramento dell'*iter* motivazione alla base della decisione delle Sezioni Unite: si legga sul punto, su tutti, F. MUCCIARELLI, *Vecchi e nuovi istituti della legge fallimentare*, op. cit., pp. 1620 e ss.

⁷² In tal senso, risulta sempre attuale la riflessione di Cesare Pedrazzi, il quale annotava che "*il disvalore penale dei fatti di bancarotta non è un riflesso retrospettivo del fallimento, ma si radica in una carica offensiva ad essi immanente, nella violazione di regole gestionali poste a protezione delle ragioni creditorie. L'imperativo violato dal bancarottiere non vieta di fallire, vieta di porre in essere condotte, sul piano patrimoniale e documentale, atte a pregiudicare il pieno soddisfacimento dei creditori*" (C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, op. cit., p. 109).

⁷³ Per un'ampia e dettagliata ricostruzione del dibattito si veda, nuovamente, F. MUCCIARELLI, *Vecchi e nuovi istituti della legge fallimentare*, op. cit., pp. 1620 e ss.

ammissione alla procedura del concordato, preceduta o seguita da una condotta apprezzabile nei termini di una fattispecie di bancarotta) rimane sostanzialmente il medesimo, così come non appaiono introdotte mutazioni al bene giuridico tutelato dalle due fattispecie⁷⁴.

Pertanto, ed in conclusione, la novella apportata all'istituto del concordato potrà – al più – essere qualificata come fenomeno di successione di norme (non penali) nel tempo, inidoneo dunque ad esercitare i propri effetti rispetto alle sentenze già divenute irrevocabili. Con riferimento ai giudizi in corso, si potrebbe ipotizzare che, trattandosi di una modifica avente ad oggetto una norma del c.c.i. (e non la corrispondente fattispecie incriminatrice), dovrebbe trovare applicazione la disciplina transitoria ivi presente, secondo cui le nuove disposizioni possono applicarsi soltanto ai ricorsi presentati dopo l'entrata in vigore delle stesse e dunque non anche ai giudizi in corso: a medesime conclusioni, per altre vie, si potrà peraltro giungere secondo la ricordata prospettazione in ordine alla reputata insindacabilità da parte del giudice penale del provvedimento dichiarativo di insolvenza, secondo il *dictum* delle Sezioni Unite già riportato.

4. Riverberi penali delle modifiche apportate al codice civile in materia di *governance* societaria.

Un'ultima annotazione meritano le modifiche, già entrate in vigore, apportate dal d.lgs. 14/2019 a talune norme del codice civile e, in specie, a quelle volte a disciplinare i poteri e i doveri delle imprese e dei rilevanti organi sociali, anche e soprattutto nella prospettiva della prevenzione e gestione del rischio insolvenza.

Appare opportuno in particolar modo ricordare i cambiamenti dell'articolo 2086 c.c., per effetto dei quali, come sinteticamente riferito dalla Relazione illustrativa, si *“obbliga l'imprenditore diverso dall'imprenditore individuale ad istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa (...) nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi (...)”*⁷⁵. Nella medesima prospettiva si

⁷⁴ Ciò ovviamente dando per assunte le considerazioni spese *supra* in merito al concordato liquidatorio.

⁷⁵ Si tratta, secondo i primi commentatori, di una conclamazione del c.d. *shifting duty* che caratterizza la gestione dell'impresa, secondo cui, in condizioni fisiologiche, l'amministratore deve bilanciare sapientemente l'interesse dei soci con quello dei creditori, mentre, in uno stato di crisi, gli interessi dei creditori assumono gradualmente maggiore rilievo: in tal senso, V. CALANDRA BUONARA, *Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi*, in *Giur. comm.* 2020, pp. 7 e ss. Per un'ampia riflessione sugli assetti organizzativi, si ricordano nuovamente i contributi di S. FORTUNATO, *op. cit.*, pp. 952 e ss. e R. RORDORF, *op. cit.*, pp. 929 e ss.: quest'ultimo peraltro stigmatizza la mancata estensione dell'obbligo nei confronti anche dell'impresa in forma individuale, pur osservando che non dovrebbe *“tratt[arsi] di un'omissione particolarmente significativa, essendo presumibilmente dovuta solo al fatto che la sottolineatura specifica di quel dovere assume rilievo anche e soprattutto nella complessa dialettica dei rapporti societari e in funzione delle azioni di responsabilità, le quali ovviamente (...) non trovano (...) spazio in caso d'esercizio d'impresa in forma individuale”*. Viene altresì osservato che per le (sole) società per azioni era già previsto, ai sensi dell'art. 2381, c. 5 c.c., l'obbligo di istituire un assetto organizzativo idoneo alle dimensioni della società, non prevedendosi

pongono gli articoli 3 e 14, d.lgs. 14/2019, il primo dei quali prevede in capo all'imprenditore individuale l'obbligo di adottare misure idonee al rilevamento della crisi, mentre il secondo affida agli organi di controllo (sia all'interno che all'esterno della società) il compito di presidiare l'assolvimento di tali doveri da parte dei soggetti che ricoprono cariche gestorie.

Appare evidente come tali norme determinino un'estensione della posizione di garanzia degli amministratori (nonché dei sindaci)⁷⁶, destinatari di nuove funzioni e nuovi doveri, che potranno rilevare nell'ambito del giudizio di apprezzamento del requisito psichico chiamato ad assistere un fatto di rilevanza penal-fallimentare⁷⁷: pertanto, anche con riferimento a tale intervento legislativo, che interessa disposizioni integratrici del precetto penale, si pone potenzialmente un tema di successione di norme nel tempo.

Ancora una volta, non si tratta di una questione inedita: infatti, quando, con la riforma di diritto societario del 2003, si sono sensibilmente modificati gli obblighi in capo agli amministratori, prevedendosi non più "il generale obbligo di vigilanza sull'andamento della gestione (...) [bensì] l'onere di agire informato"⁷⁸, la dottrina e la giurisprudenza hanno avuto modo di osservare che la modifica in questione, andando a insistere sul 'cuore' del precetto fondante il rimprovero penale, era destinata ad assumere rilievo nei termini di cui all'art. 2, c. 4 c.p.: pertanto, poiché la nuova disciplina era più favorevole rispetto a

tuttavia una funzionalità dello stesso ai fini della gestione della crisi d'impresa: in tal senso, F. MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici*, op. cit., p. 1192.

⁷⁶ In tal senso, R. BRICCHETTI, op. cit., pp. 100 e ss.; F. MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici*, op. cit., p. 1193, il quale peraltro osserva che "se si può senz'altro convenire con la riflessione secondo la quale tale «principio era già imminente nel sistema», non v'è dubbio che l'averlo trasformato in una norma positiva direttamente cogente (...) rappresenta un dato normativo sicuramente foriero di conseguenze notevoli nell'apprezzamento penalistico delle condotte degli amministratori", giungendo poi ad analoghe conclusioni per quanto concerne i sindaci; S. CAVALLINI, *Il diritto della crisi*, op. cit., p. 1335; A. ROSSI, *I profili penalistici*, op. cit., p. 31; C. SANTORIELLO, op. cit., p. 6; M. GAMBARDILLA, *Il codice della crisi d'impresa*, op. cit., pp. 500 e ss., il quale osserva, con specifico riferimento ai sindaci, che la nuova disposizione di cui all'art. 14 c.c.i. non sarebbe rilevante in termini di posizione di garanzia, in quanto non introdurrebbe un obbligo di vigilanza (in senso analogo, anche G. MINICUCCI, op. cit., p. 7); F. CONSULICH, op. cit., p. 23, osserva invece che l'art. 14 c.c.i. parrebbe introdurre in via innovativa una posizione di garanzia anche con riguardo alla posizione del revisore contabile e della società di revisione. Nel senso per cui invece la riforma non apporterebbe sul punto un'effettiva novità, si legga A. ALESSANDRI, *Novità penalistiche*, op. cit., pp. 1837 e ss.; infine, per un'ampia riflessione sul punto, si legga B. BELLAGAMBA, *La responsabilità penale degli amministratori nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Leg. pen.* 2020 pp. 1 e ss.

⁷⁷ A tale proposito, viene osservato che le nuove norme potranno rilevare a fine di vagliare la condotta dell'amministratore tanto con riferimento "alle figure dei reati di bancarotta nell'ambito (...) dell'insolvenza, ma anche al cospetto delle medesime fattispecie in scenari (...) di stato di crisi": cfr. F. MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici*, op. cit., p. 1193. Per una specifica riflessione sul punto si veda in particolare, tra i contributi citati alla nota precedente, A. ALESSANDRI, *Novità penalistiche*, op. cit., pp. 1837 e ss. nonché B. BELLAGAMBA, op. cit., pp. 8 e ss.

⁷⁸ In tal senso, Cass. pen., sezione V, 29 luglio 2015 nr. 33527.

quella previgente⁷⁹, doveva trovare applicazione anche con riguardo alle condotte precedenti alla sua entrata in vigore⁸⁰.

La novella in esame ha evidente portata opposta, in quanto le nuove previsioni vanno ad ampliare la sagoma della posizione di garanzia attribuita all'imprenditore e sono dunque da ritenersi peggiorative rispetto alla normativa antecedente: pertanto, se sicuramente le stesse – peraltro già entrate, solitariamente, in vigore, ai sensi dell'articolo 389 c. 2 d.lgs. 14/2019 – non potranno applicarsi ai giudizi penali in corso, ad analoghe conclusioni dovrà giungersi, a rigore, anche avuto riguardo ai fatti di reato non ancora sottoposti a giudizio (o, ancor prima, oggetto di indagine) e tuttavia commessi prima dell'entrata in vigore delle stesse. A tale fine, si può ritenere che assumerà rilievo non soltanto la data della dichiarazione di fallimento (o situazioni assimilate nell'ambito delle procedure concorsuali 'minori'), individuato quale *tempus commissi delicti* nell'ambito delle fattispecie di bancarotta, ma anche il momento in cui ha avuto attuazione la condotta offensiva attribuita al soggetto agente.

Tale conclusione appare inevitabile, a ben vedere, se non altro per scongiurare un manifesto paradosso nel sistema: opinando in senso contrario si verrebbe in effetti a rimproverare all'imprenditore di aver posto in essere una determinata condotta, ad esempio omissiva, con riferimento tuttavia ad un obbligo di agire (e cioè la predisposizione degli assetti organizzativi dianozi richiamati ovvero l'accesso alle procedure di allerta) all'epoca inesistente.

Pertanto, malgrado l'immediata entrata in vigore e l'importante ruolo precettivo attribuito alle norme in questione⁸¹, le stesse, quantomeno sotto un profilo penale⁸², sembrano destinate a divenire operative soltanto con riferimento a condotte realizzate a partire dal marzo 2019 e a valle di una successiva (e tendenzialmente non immediata) dichiarazione di insolvenza della realtà sociale nel cui ambito tali fatti di bancarotta siano stati perpetrati⁸³.

⁷⁹ La giurisprudenza aveva infatti modo di osservare che la riforma aveva “*indubbiamente (...) alleggerito gli oneri e le responsabilità degli amministratori privi di deleghe*”: in tal senso, si veda, tra le varie pronunce, Cass. pen., sezione V, 24 maggio 2016, sent. nr. 21702.

⁸⁰ In dottrina, si veda in particolare F. CENTONZE, *La suprema corte di cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario* in Cass. pen. 2008, pp. 109 e ss. e anche ID., *Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega nei reati posti in essere dagli amministratori delegati*, in Riv. soc. 2007, pp. 722 e ss. In giurisprudenza si veda in particolare Cass. pen., sezione V, 28 maggio 2013, sent. nr. 23000, in cui si legge che “[il d.lgs.] n. 6 [del 2003] [è] applicabile (...) ex art. 2 c.p. avendo (...) indubbia valenza integratrice del precetto di cui alla l. fall., art. 223, quanto agli elementi extrapenali della fattispecie incriminatrice”; nel medesimo senso anche Cass. pen., sezione V, 2 novembre 2012, sent. nr. 42519.

⁸¹ Sulla rilevanza delle previsioni in parola sotto un profilo civilistico e concorsuale, si legga in particolare V. CALANDRA BUONARA, *op. cit.*, pp. 5 e ss. Nel medesimo senso, anche S. CAVALLINI, *Il diritto della crisi*, *op. cit.*, p. 1335, il quale osserva che la previsione di cui all'art. 2086 c.c. (e in particolare il secondo comma di nuova introduzione) è “*una norma di significativo valore programmatico e di sistema*” nonché B. BELLAGAMBA, *op. cit.*, pp. 5 e ss.

⁸² Per un'ampia riflessione degli effetti della norma sotto un profilo squisitamente civilistico, si legga, in particolare, M. SPOLIDORO, *Note critiche sulla gestione dell'impresa nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in Riv. soc. 2019, pp. 253 e ss.

⁸³ A tale riguardo, merita peraltro ricordare che, con il d.l. 23/2020 è stata disposta l'improcedibilità di “*tutti i ricorsi ai sensi degli articoli 15 e 195*” l. fall. depositati tra il 9 marzo e il 30 giugno 2020: in tal senso, di nuovo,

5. La difficoltà di adattamento della materia penale al nuovo diritto della crisi (con un auspicio *de jure condendo*).

Le osservazioni dianzi delineate consentono di trarre alcune conclusioni.

L'analisi della riforma di cui al d.lgs. 14/2019 induce a ritenere che le effettive innovazioni apportate, in modo più o meno diretto, alle fattispecie di bancarotta, tali da determinare fenomeni di successione di norme penali nel tempo e dunque in grado di incidere in via immediata nell'applicazione giurisprudenziale delle norme incriminatrici in questione, sono assai circoscritte e di scarsa portata.

Peraltro, nel cursorio esame di talune delle innovazioni apportate alla disciplina dell'insolvenza, volto a verificare se le stesse fossero idonee a spiegare i propri effetti, sempre in termini rilevanti ai sensi dell'articolo 2 c.p., rispetto alle disposizioni penali, si è potuta apprezzare una consolidata linea di tendenza (quantomeno) a livello giurisprudenziale, che sembrerebbe prediligere la segregazione tra le procedure concorsuali e il procedimento penale correlato alle stesse: si preclude infatti al giudice penale di conoscere nuovamente dell'*iter* e dell'esito della procedura medesima, impedendogli pertanto, a titolo esemplificativo, di poter giungere (incidentalmente) a determinazioni difformi rispetto a quelle compendiate nella sentenza dichiarativa di insolvenza.

D'altra parte, la medesima dottrina maggioritaria (con un orientamento da ultimo apparentemente validato dalla giurisprudenza di legittimità), nel momento in cui relega la sentenza dichiarativa di insolvenza alla periferia della norma incriminatrice di riferimento, etichettandola quale condizione di punibilità, pure giunge nella sostanza a rimarcare l'estraneità della procedura concorsuale e del suo esito rispetto al fatto penalmente rilevante sottoposto al vaglio del giudice.

Pertanto, seppur si ritenga vero quanto osservato in apertura, e cioè che la materia penale posta a corredo della disciplina dell'insolvenza non si può che considerare alla stessa strettamente correlata, appare altrettanto evidente che l'ordinamento sembra cercare di negare tale assunto, concorrendo a costruire un sistema in cui procedure concorsuali e bancarotta scorrono su binari paralleli (pur temporalmente sfalsati), non destinati ad incrociarsi.

Appare per tale motivo faticoso il tentativo di adattare, per via ermeneutica, le disposizioni penali alle novità introdotte dal c.c.i.; d'altra parte, è in tal senso indicativa la circostanza che le novelle normative intervenute negli anni passati – di cui il nuovo testo legislativo appare, sotto vari aspetti, portare a compimento il disegno di riforma – non paiono avere in effetti determinato reali innovazioni nell'applicazione delle disposizioni penali-fallimentari, pur a fronte delle graduali e crescenti evoluzioni degli istituti concorsuali di riferimento⁸⁴.

F. MUCCIARELLI, *La crisi economica da pandemia, op. cit., passim*.

⁸⁴ Sul punto si vedano, nuovamente, i contributi citati alla precedente nota 2.

Si deve quindi concludere che, malgrado i tentativi proposti al fine di rimodellare per via interpretativa le immutate fattispecie penali – che tuttavia non sono di argilla, ma scolpite nella pietra del testo normativo, per come applicato nei decenni dalla giurisprudenza – anche l’ultima novella appare destinata ad un destino negletto (quantomeno) nelle aule di giustizia penali, come d’altra parte la prima sentenza di legittimità intervenuta sul punto testimonia: continuandosi quindi a perpetuare massime tratte e inattuali schemi interpretativi disegnati su norme incriminatrici che pur fremono e pulsano nel confronto con il percorso di riforma a cui la disciplina concorsuale è stata sottoposta negli ultimi decenni.

L’auspicio è allora che il legislatore voglia intervenire direttamente sulla materia penale, dismettendo l’approccio rapsodico adottato negli anni e implementando invece un sistematico progetto di riforma, teso a ridisegnare profili e contenuti delle fattispecie incriminatrici e attribuire alle stesse coerenza rispetto alla nuova disciplina della *crisi* e dell’*insolvenza*.

9/2020

**INCOMPETENZA PER TERRITORIO, URGENZA CAUTELARE
E INTERESSE DEL PUBBLICO MINISTERO ALLE RELATIVE
CONTESTAZIONI NELLE IMPUGNAZIONI *DE LIBERTATE***

Riflessioni a latere di [Cass., Sez. un., 30 gennaio 2020 \(dep. 23 aprile 2020\), n. 19214, Pres. Carcano, Est. Pistorelli](#)

di Francesco Alvino

Lo scritto affronta la complessa tematica relativa al rilievo dell'incompetenza territoriale del giudice che abbia disposto una misura de libertate non declinando, al contempo, la propria competenza e quindi omettendo di motivare in merito all'urgenza a provvedere che ex art. 291, comma secondo, c.p.p. riconosce al giudice pur incompetente una eccezionale legittimazione all'emissione di un provvedimento cautelare, destinato ad essere rinnovato da parte del giudice riconosciuto competente entro il termine di venti giorni dall'ordinanza di trasmissione degli atti; il tema investe, necessariamente, la sindacabilità, da parte del giudice dell'impugnazione, dell'irregolarità nonché la tipologia dei provvedimenti adottabili da parte del secondo giudice, profili che il contributo affronta illustrando il recente intervento delle Sezioni unite (23 aprile 2020 – dep. 24 giugno 2020, n. 19214), che, nel ricucire una risalente frattura interpretativa, ammettono il giudice dell'impugnazione a sindacare l'incompetenza del primo giudice e, del caso, a dichiararla disponendo la trasmissione degli atti all'ufficio giudiziario competente, al contempo confermando la misura in essere, laddove siano positivamente scrutinate le condizioni ordinarie di applicabilità della misura e l'urgenza a provvedere che fonda e giustifica, per espresso debito normativo – ex art. 291, comma II, c.p.p. –, la competenza suppletiva ed interinale all'adozione – ovvero alla conferma – del provvedimento emesso dal giudice altrimenti incompetente; la riflessione critica rispetto al principio affermato riposa sulla constatazione della standardizzazione di un'urgenza latente quale ordinario indice cautelare, a seguito della L. 16 aprile 2015, n. 47, che, nell'introdurre il requisito dell'attualità delle esigenze cautelari, sembra aver riperimetrato, in senso limitativo, l'ambito applicativo dell'urgenza a provvedere, che, nel quadro regolamentare vigente appare apprezzabile esclusivamente con riguardo a esigenze cautelari di eccezionale rilievo. Lo scritto, quindi, si confronta, da un lato, con l'emendabilità, da parte del secondo giudice che pure apprezzi l'urgenza cautelare, del difetto di autonoma valutazione delle esigenze cautelari e, dall'altro, con le possibili interferenze tra il procedimento di riesame dell'ordinanza applicativa e il successivo procedimento de libertate presso il giudice ritenuto competente. Il contributo, infine, affronta, per esigenze di completezza argomentativa, il tema – propriamente oggetto del contrasto rimesso alla composizione delle Sezioni unite – relativo alla riconoscibilità di un interesse all'impugnazione in capo al pubblico ministero che si dolga della decisione del giudice dell'impugnazione cautelare, quanto alla ritenuta incompetenza del primo giudice, rilevando una apparentemente ingiustificata asimmetria, nel diritto vivente da ultimo ribadito dalle Sezioni unite, nella persistente negazione di un interesse all'impugnazione in capo alla parte pubblica nei confronti del provvedimento declinatorio della competenza emesso dal giudice richiesto della misura e che ne abbia negato l'adozione non riscontrando particolari condizioni di urgenza nel provvedere.

SOMMARIO: 1. Competenza territoriale e giurisdizione cautelare. – 2. Il sindacato del giudice dell'impugnazione *de libertate* in ordine alla competenza del primo giudice: emersione e ragioni del contrasto giurisprudenziale. L'intervento delle Sezioni unite. – 3. (*segue*) Riflessioni critiche. La problematica distinguibilità tra l'attualità delle esigenze cautelari e le ragioni di urgenza nel provvedere. – 4. Integrazione della motivazione, sul punto dell'urgenza cautelare, ed autonoma valutazione delle esigenze cautelari da parte del primo giudice: un'interazione possibile? – 5. Scansioni procedurali del riesame e cadenze della rinnovazione della misura. – 6. Gli effetti della statuizione sulla competenza. – 7. L'interesse del pubblico ministero all'impugnazione del provvedimento del tribunale del riesame che abbia annullato l'ordinanza applicativa della misura emessa da giudice incompetente. – 8. (*segue*) Riflessioni critiche; l'inoppugnabilità dell'ordinanza declinatoria della competenza da parte del giudice richiesto della misura: una preclusione ancora attuale?

1. Competenza territoriale e giurisdizione cautelare.

Tradizionalmente definita quale misura della quota di giurisdizione attribuita al singolo ufficio giudiziario, la competenza per territorio identifica un criterio di ripartizione degli affari tra uffici, il cui spettro funzionale, con specifico riguardo alla giurisdizione penale, non si accorda a mere ragioni organizzative ma rimanda – e traduce applicativamente – i requisiti di precostituzione del giudice, evocati dall'art. 25 Cost., che, nel riferirsi ad un giudice naturale precostituito per legge, assegna ai criteri distributivi degli affari un ruolo coesenziale alla prefigurazione – ed alla stessa configurazione – del giusto processo, al pari delle norme che assicurano la terzietà e l'imparzialità del giudice¹.

Sia pure attecchendosi a presupposto processuale di validità e perseguibilità dell'attività giurisdizionale², la competenza per territorio – ma osservazioni parzialmente sovrapponibili possono svolgersi anche con riguardo ad altri titoli di competenza – non figura tra gli elementi attributivi dello *ius dicere*, condizionando propriamente la sola conoscibilità del fatto da parte del giudice adito ma non la pienezza del potere giurisdizionale di cui l'ufficio adito è in ogni caso titolare: essa, in altri termini, non interviene nel tratto – ordinamentale – di investitura del giudice, quale organo titolare, alla luce delle norme in materia di ordinamento giudiziario, della astratta *potestas iudicandi*, ma nel tratto a valle, disciplinando *ratione loci* la relazione tra il giudice – inteso quale ufficio e non quale organo – e il fatto oggetto del giudizio e investendo l'ufficio della *potestas decidendi*. Tale peculiare declinazione della competenza – anche –

¹ Sul punto, cfr. S. ASTARITA – A. GAITO, *Competenza e incompetenza del giudice penale* (voce), in *Dig. pen., agg.*, I, Torino, 2007, p. 177, a giudizio dei quali “le norme sulla capacità del giudice, sulla competenza, sulla incompatibilità e sugli strumenti posti per la sua rilevazione, convergono a delineare chiaramente la fisionomia dello *iudex habilis*, concretamente chiamato a *ius dicere*”. Cfr. altresì, Cass., Sez. un., 25 ottobre 1994, n. 19, Rv. 199393, a giudizio delle quali “la competenza è un presupposto processuale indissociabile dall'attività giurisdizionale [...] uno degli strumenti volti ad assicurare l'astratta imparzialità del giudice attraverso la precostituzione di strumenti oggettivi per la determinazione della sua sfera di cognizione”.

² F. CORDERO, *Procedura penale*, VII ed., Milano, 2003, p. 151; A. GAITO, *Procedibilità (condizioni di)*, in *Enc. Dir.*, II, agg., Milano, 1998, p. 743.

per territorio emerge dai numerosi indici normativi che, da un lato, riconoscono l'ultrattività dell'attività dispiegata dal giudice di cui sia stata dichiarata l'incompetenza³, dall'altro, assoggettano il rilievo – o l'eccepibilità – della incompetenza territoriale, a pena di decadenza, a limiti preclusivi⁴.

Anche in ambito cautelare, il giudice richiesto dell'applicazione di una misura *de libertate* è tenuto a vagliare, preliminarmente, la propria competenza, quale requisito di legittimazione all'esercizio del potere cautelare (art. ex art. 291, comma II, c.p.p.): la competenza, invero, "*quale limite della giurisdizione è un presupposto processuale indissociabile dalla funzionale attività del giudice*" anche nei procedimenti *de libertate*⁵; la necessaria rifrazione, nelle sedi di impugnazione, delle questioni in merito alla competenza, alle quali si estende doverosamente il sindacato del giudice dell'impugnazione – sia di merito che di legittimità –, è affermazione che si salda, coerentemente, alla natura della competenza quale condizione di legittimazione alla cognizione della regiudicanda da parte dell'ufficio giudiziario, e che, nella esperienza applicativa consolidatasi successivamente al varo del nuovo codice di rito⁶, in linea del resto con l'intendimento dei codificatori, espresso nella Relazione al progetto preliminare del codice di rito⁷, non è in discussione⁸.

La specificità della materia cautelare, e, segnatamente, le condizioni di urgenza che vi sono sottese, in risposta alla, talora imperativa e indifferibile, occorrenza di assicurare la predisposizione di un presidio cautelare in risposta all'una delle esigenze cautelari tipizzate dall'art. 274 c.p.p., ha indotto il legislatore codicistico a prevedere una eccezionale legittimazione, in capo al giudice non competente, all'applicazione della misura restrittiva, quando riscontri l'urgenza di provvedere, disponendo nel caso "*la misura richiesta con lo stesso provvedimento con il quale dichiara la propria incompetenza*" (art. 291, comma secondo, c.p.p.). Il rilievo dell'incompetenza, nell'ipotesi considerata, si manifesta non nella – immediata – neutralizzazione dell'atto adottato dal giudice in

³ Cfr., e.g., l'art. 26 c.p.p. a mente del quale "*l'inosservanza delle norme sulla competenza non produce l'inefficacia delle prove già acquisite*", con la sola eccezione, posta dal comma secondo della disposizione, per cui le dichiarazioni rese al giudice incompetente per materia, laddove ripetibili, sono utilizzabili esclusivamente nell'udienza preliminare e ai fini delle contestazioni ai sensi degli artt. 500 e 503 c.p.p.

⁴ Il riferimento è, evidentemente, all'art. 21, commi I e II, c.p.p.

⁵ Cass., Sez. un., 25 ottobre 1994, cit.

⁶ Di contro, nel previgente assetto codicistico, la natura della relazione tra il giudice che avesse emesso la misura e il giudice dell'impugnazione cautelare – il primo titolare di una cognizione piena, il secondo di una cognizione limitata – rappresentava un ostacolo ritenuto insuperabile perché il secondo giudice potesse sindacare il profilo relativo alla competenza dell'organo istruttore: in tema, per tutti, M. GUARDATA, *Provvedimenti restrittivi e incompetenza per territorio: la Cassazione intende cambiare indirizzo?*, in *Cass., pen.*, 1986, p. 538; M. BARGIS, sub art. 44, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di Conso – Grevi, Padova, 1987, p. 214; M. CIAPPI, *Sulla possibilità che il tribunale della libertà verifichi, in sede di riesame, la competenza territoriale del giudice per le indagini preliminari che abbia disposto il provvedimento cautelare oggetto di gravame*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 1503.

⁷ Cfr. M. GALATI, *Il tribunale del riesame può limitarsi a dichiarare la propria incompetenza per territorio senza necessità di assumere una decisione di merito entro il termine di cui all'art. 324, comma V, c.p.p.*, in *Cass., pen.*, 2016, p. 2104.

⁸ Cass., Sez. un., 25 ottobre 1994, cit.; *id.*, Sez. un., 24 gennaio 1996, n. 1, in parte motiva; *id.*, Sez. un., 25 marzo 2010, n. 12823, in parte motiva; *id.*, 9 settembre 2015, n. 40699, non massimata.

difetto di competenza, quanto, piuttosto, nella previsione dell'inefficacia differita della misura, quando non "rinnovata" dal giudice di cui sia stata dichiarata la competenza entro il termine di venti giorni dall'ordinanza dichiarativa dell'incompetenza del giudice allora procedente (art. 27 c.p.p., cui l'art. 291, comma II, c.p.p. fa del resto espresso riferimento): l'incompetenza apre, quindi, ad una fattispecie complessa, che, sia pure nel rilievo della totale autonomia dei provvedimenti applicativi della misura⁹ – per cui gli eventuali vizi che affliggono il primo non si riflettono sul secondo¹⁰ – consolida e stabilizza, senza soluzione di continuità – nei limiti in cui il giudice competente riconosca la gravità indiziaria e le esigenze cautelari – il quadro cautelare¹¹. Nel conflitto tra istanze contrapposte – il principio del giudice naturale, da un lato, l'urgenza di soddisfare l'imperativo cautelare, dall'altro¹² –, la precarietà degli effetti della misura disposta dal giudice non competente rappresenta il – ragionevole – punto di equilibrio, il cui sindacato, implicando principi di ascendenza costituzionale, e riflettendosi, del resto, sulla stessa legittimità dell'ordinanza applicativa della misura, da parte del giudice che, erroneamente, non si sia dichiarato incompetente, spetta, nell'attuale elaborazione giurisprudenziale, al giudice dell'impugnazione *de libertate*, sia pure nei limiti della propria cognizione – di merito o di legittimità¹³ –. L'inefficacia differita, del resto, nel rispondere al "*principio della conservazione degli atti assunti dal giudice incompetente giova alla speditezza processuale ed evita pericolose strumentalizzazioni da parte degli imputati meno sprovveduti*"¹⁴. La disposizione *de qua* peraltro si correla ad altre di analogo tenore che per ragioni di urgenza introducono espresse deroghe agli ordinari criteri determinativi della competenza¹⁵, sì che non sembra improprio concludere che l'urgenza delinei, nel

⁹ Cass., Sez. un 18 giugno 1993, n. 15, Rv. 194315 – 01.

¹⁰ Né, del pari, l'inosservanza del termine comporta preclusione alcuna, nei confronti del giudice competente, quanto alla successiva emissione del provvedimento applicativo della medesima misura, sia pure sulla base del medesimo materiale indiziario: Cass., 10 gennaio 2013, n. 4045, Rv. 254306 – 01, in *Cass., pen.*, 2014, p. 583.

¹¹ F.M. GRIFANTINI, *Misure cautelari e incompetenza del giudice nella fase delle indagini preliminari: quali rimedi dopo la sentenza delle Sezioni unite?*, in *Cass., pen.*, 1994, p. 2961.

¹² Appare utile rammentare come nel parere della Commissione parlamentare sul Progetto preliminare, si leggesse che "*l'art. 291, 2° comma, ...pur se utile a livello pratico, è discutibile a livello costituzionale, perché in contrasto con il principio del giudice naturale precostituito per legge*", in Conso – Grevi – Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale dalla legge delega ai decreti delegati*, Padova, 1989, IV, p. 231.

¹³ Invero, a dispetto della formulazione letterale dell'art. 27 c.p.p. che sembra postulare l'identità tra il giudice che dispone la misura e il giudice che dichiara, contestualmente o successivamente, la propria incompetenza, la fattispecie procedurale ivi disciplinata si estende anche all'ipotesi di diversità tra i due giudici "*in quanto il carattere provvisorio dell'efficacia della misura disposta da giudice incompetente è espressione di un potere eccezionale e, pertanto, non può essere limitato ai casi di identità tra giudice disponente la misura e giudice che dichiara l'incompetenza*": Cass., Sez. un., 24 gennaio 1996, n. 1, Rv. 204165; in termini, successivamente, cfr. Cass., Sez. un., 25 marzo 2010, n. 12823, Rv. 246273 nonché, da ultimo, Cass., Sez. un., 23 aprile 2020, n. 19214, Rv. 279092.

¹⁴ In tal senso, testualmente, la Relazione al progetto preliminare del codice di rito.

¹⁵ Il riferimento è alla convalida dell'arresto – ovvero del fermo –, che, come noto, spetta, ai sensi dell'art. 390 c.p.p., alla competenza del giudice del luogo di esecuzione dell'arresto – ovvero del fermo –, e non al giudice del *locus commissi delicti*.

sistema processuale, un criterio di attribuzione “funzionale” della competenza, atto ad investire della cognizione del fatto un giudice “quasi naturale”.

2. Il sindacato del giudice dell’impugnazione *de libertate* in ordine alla competenza del primo giudice: emersione e ragioni del contrasto giurisprudenziale. L’intervento delle Sezioni unite.

Se la sindacabilità della competenza del primo giudice, in sede di impugnazione, costituisce acquisizione consolidata¹⁶, quanto mai controverse, in sede giurisprudenziale, si sono rivelate le soluzioni al tema, logicamente conseguente, relativo ai poteri esercitabili – e, quindi, al tenore della decisione adottabile – da parte del giudice del riesame che rilevi l’incompetenza per territorio non dichiarata dal primo giudice¹⁷. Invero, a giudizio di un primo orientamento, il tribunale del riesame, nel rilevare l’incompetenza, non potrebbe che dichiararsi incompetente, essendogli preclusa qualsiasi valutazione in merito alle condizioni giustificative della misura – sia con riguardo alla gravità indiziaria, che alle esigenze cautelari ed all’urgenza di queste *ex art. 291, comma secondo, c.p.p.*¹⁸: la giustificazione teorica dell’assunto da un lato rimanda alla ricognizione della competenza quale condizione di esercizio della giurisdizione, per cui la dichiarazione di incompetenza – e la contestuale trasmissione degli atti al pubblico ministero istante, perché attivi la sequenza procedurale di cui all’art. 27 c.p.p., inoltrando gli atti al pubblico ministero presso il giudice ritenuto competente, affinché si faccia promotore dell’iniziativa cautelare presso il corrispondente giudice – esaurisce lo spettro cognitivo e decisorio del collegio cautelare¹⁹, al contempo assicurando il rispetto della sfera valutativa del giudice indicato come competente, non intaccata dalla formazione di un giudicato cautelare, dall’altro, rimanda alla inestensibilità al riesame della eccezionale legittimazione *de libertate* del giudice incompetente, che l’art. 291, comma secondo, c.p.p. limita al solo giudice richiesto dell’applicazione della misura²⁰. Altro ed antitetico orientamento ammette il giudice del riesame, pur quando si dichiari incompetente, allo scrutinio dell’insieme delle condizioni di applicabilità della misura, anche con riguardo all’urgenza cautelare,

¹⁶ G. VARRASO, *Misure cautelari disposte da giudice incompetente e poteri decisorii in sede di decisione del tribunale del riesame*, in *Cass., pen.*, 2008, p. 2510; P. BRONZO, *Incompetenza e “vizio di attribuzione” del giudice che dispone una misura cautelare*, in *Cass., pen.*, 2004, p. 4327. In tema, cfr. altresì P. MAGGIO, *Le impugnazioni delle misure cautelari personali*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Uberti – G.P. Voena, XXV, Milano, 2018, p. 102 ss

¹⁷ Per una efficace sintesi del contrasto, già G. LEO, *Osservatorio dei contrasti giurisprudenziali – Tribunale del riesame e sindacato sulla competenza ad emettere il provvedimento impugnato*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1293.

¹⁸ In termini adesivi, in dottrina, tra gli altri, V. CAMPILONGO, *Riconoscimento dell’incompetenza del giudice de libertate in sede di riesame ed effetti preclusivi del sindacato sul merito del provvedimento impugnato*, in *Cass., pen.*, 2008, p. 4221.

¹⁹ *Cass.*, 16 maggio 2005, n. 22480, Rv. 232237; *id.*, 17 gennaio 2012, n. 6240, Rv. 252420. In termini adesivi, in dottrina, già F.M. GRIFANTINI, *Misure cautelari e incompetenza del giudice*, cit., p. 2965.

²⁰ *Cass.*, 29 novembre 2012, n. 48734, Rv. 254160; *id.*, 28 novembre 2014, n. 50078, Rv. 261539.

non scrutinata dal giudice che, nell'applicare la misura, non si sia dichiarato incompetente: invero, l'immanenza al microsistema cautelare del controllo di legalità della misura (arg. ex art. 299 c.p.p.) investe necessariamente il giudice della impugnazione della verifica delle esigenze cautelari e dello spessore del quadro indiziario – nonché dell'urgenza sottesa all'adozione della misura –, quali componenti coessenziali ai fini del corretto esercizio del potere cautelare, legittimando, nell'ipotesi in cui la verifica in ordine a taluno dei richiamati punti si risolva negativamente, l'adozione di una decisione di annullamento della primigenia ordinanza²¹. A favore di tale ultimo orientamento, del resto, si è pronunciata la giurisprudenza di legittimità nella più autorevole composizione; sia pure chiamate a dirimere altro contrasto, le Sezioni unite, invero, hanno denunciato, da un lato, le conseguenze, inaccettabili, cui condurrebbe l'orientamento opposto, che, nel sottrarre al giudice del riesame ogni sindacato in ordine alla misura emessa dal giudice ritenuto incompetente, priverebbe il soggetto cautelato di ogni possibilità di tempestivo contraddittorio in costanza della limitazione della libertà personale, traducendosi nella, sia pure interinale, insindacabilità nel merito del provvedimento applicativo della misura *de libertate*, e, dall'altro, hanno rilevato come la sterilizzazione del sindacato del giudice investito del riesame, cui, di fatto, conduce l'orientamento avversato, si ponga in aperto contrasto rispetto alla disciplina posta dall'art. 291, comma II, c.p.p., che, come ricordato, autorizza il giudice incompetente all'applicazione della misura esclusivamente in ragione dell'urgenza di tutelare alcuna delle esigenze cautelari di cui all'art. 274 c.p.p.: negare al giudice del riesame il vaglio in ordine ai presupposti della misura emessa dal giudice che, erroneamente, non abbia rilevato la propria incompetenza, è, invero, soluzione interpretativa che disconosce l'inscindibile nesso che lega l'eccezionale competenza cautelare del giudice – altrimenti – incompetente e i presupposti di urgenza della misura e che è immanente condizione di legittimità della restrizione *ante iudicium*, pur quando l'incompetenza sia rilevata da un giudice diverso rispetto a quello che abbia applicato la misura. Costituisce del resto esito interpretativo pacifico nella produzione giurisprudenziale²², l'affermazione per cui la circostanza che la formulazione letterale dell'art. 27 c.p.p. postuli l'identità tra giudice che dispone la misura e giudice che dichiara, contestualmente o successivamente, la propria incompetenza, non esclude che la relativa disciplina non si estenda doverosamente anche alla "*ipotesi di diversità tra giudice che dispone la misura e giudice che dichiara l'incompetenza*", posto che l'interinalità dell'efficacia della misura disposta dal giudice incompetente, riflettendo sul piano procedurale – e conformando – l'eccezionalità del potere cautelare di cui il legislatore investe il giudice altrimenti incompetente, "*non è limitabile alle ipotesi di identità tra giudice disponente la misura e giudice che [successivamente] dichiara l'incompetenza*". La pienezza del sindacato esperibile in sede di riesame, del resto, non intacca la sfera delle

²¹ Cass., 14 giugno 2017, n. 35630, Rv. 270861; *id.*, 19 maggio 2015, n. 29315, Rv. 264086.

²² Almeno a far data da Cass., Sez. un., 25 ottobre 1994, cit. e da Cass., Sez. un., 24 gennaio 1996, n. 1, Rv. 204165, in *Cass., pen.*, 1997, p. 17, con nota di R. FOIS, *Estinguibilità delle misure cautelari per incompetenza del giudice: non necessaria identità degli organi giurisdizionali*; in termini adesivi, da ultimo, sia pure in materia di cautele reali, Cass., 27 febbraio 2020, n. 11637, Rv. 278721.

valutazioni che spettano al giudice ritenuto competente, la cui cognizione non è in alcun modo pregiudicata dal giudicato cautelare – in ipotesi formatosi a seguito del provvedimento emesso in sede di riesame dell’ordinanza primigenia –, attesa la reciproca autonomia delle due sedi cautelari²³, e la natura endoprocedimentale del giudicato cautelare; del resto, proseguono le Sezioni unite, se in relazione all’applicazione dell’art. 291, comma secondo, c.p.p., sia il giudice del riesame che la Corte di cassazione possono essere pacificamente investiti, nei limiti delle rispettive facoltà, della verifica dei presupposti richiesti dalla norma con riguardo al provvedimento applicativo che abbia disposto la misura coercitiva al contempo riconoscendo l’incompetenza del giudice procedente, sarebbe evidentemente contraddittorio sostenere una diversa conclusione sol perché il primo giudice, pur essendo incompetente, non lo abbia riconosciuto, rischiandosi per tal via un’irrazionale disparità di trattamento; l’equiordinazione che lo stesso art. 291, comma secondo, c.p.p. prospetta tra le condizioni ordinarie di esperibilità della tutela cautelare e l’urgenza di soddisfare taluna delle esigenze cautelari previste dall’art. 274 c.p.p. – l’una e le altre concorrendo a comporre l’insieme dei presupposti di legittimità della coercizione cautelare – rappresenta, infine, un inequivoco dato normativo atto a bandire tentativi, pure sperimentati in sede di legittimità²⁴, di delimitazione del sindacato del riesame, la cui estensione non si limita al solo vaglio dell’urgenza ma ricomprende necessariamente lo scrutinio della *“sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza e delle stesse esigenze cautelari”*²⁵.

La soluzione infine ratificata dalla giurisprudenza appare, ad un primo sguardo, in linea con le coordinate sistematiche – costituzionali e procedurali – che presiedono alla materia; la legittimazione cautelare del giudice territorialmente incompetente riposa su un’indifferibile urgenza – nell’adozione della misura –, che non può non essere sindacata in sede di impugnazione, al pari degli altri presupposti giustificativi dell’esercizio del potere cautelare, vieppiù alla luce della natura del sindacato esperibile in occasione del riesame della misura, quale mezzo di impugnazione interamente devolutivo, che legittima il tribunale ad annullare o riformare in senso favorevole all’imputato il provvedimento impugnato anche per motivi diversi da quelli enunciati nell’atto di impugnazione, così come a confermarlo per ragioni diverse da quelle indicate nella motivazione dell’ordinanza impugnata²⁶: la devoluzione al giudice del riesame della vicenda cautelare investe di necessità anche il profilo relativo alla competenza territoriale del primo giudice – e, conseguentemente, dello stesso giudice del riesame –,

²³ In termini, tra le altre, per l’affermazione per cui la decisione del tribunale del riesame avente ad oggetto l’ordinanza emessa dal giudice incompetente non ha alcuna incidenza sullo *status libertatis* dell’imputato *“che trova la propria regolamentazione unicamente nel provvedimento pronunciato dal giudice competente, di talché alla prima ordinanza cautelare non può essere riconosciuta alcuna efficacia preclusiva”*, cfr. Cass., 26 settembre 2011, n. 45909, Rv. 251180.

²⁴ Cass., 9 novembre 2016, dep. 2017, n.5312, Rv. 269076; *id.*, 18 dicembre 2009, dep. 2010, n. 2076, Rv. 246258.

²⁵ Cass., Sez. un., 23 aprile 2020, n. 19214, cit.

²⁶ Caratteri che hanno indotto la dottrina a qualificare il riesame quale strumento di impugnazione *sui generis*: G. SPANGHER, *Le misure cautelari*, in G. Riccio – G. Spangher, *La procedura penale*, Napoli, 2002, p. 755; L. LODOVICI – P. SPAGNOLO, sub art. 309, in Lattanzi – Lupo (a cura di), *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Milano, 2013, p. 1215.

atteso che la competenza del giudice è requisito di legittimità del provvedimento cautelare, destinato ad essere annullato, ove proveniente dal giudice carente anche di quella competenza suppletiva e vicaria che l'art. 291, comma secondo, c.p.p. riconosce al giudice altrimenti incompetente; il dispositivo normativo regolato dal combinato disposto degli artt. 291 e 27 c.p.p. in altri termini non solo consente, ma esige, per la propria effettività, un sindacato esterno, demandato al giudice dell'impugnazione, circa la competenza del giudice che ha emesso la misura cautelare²⁷, al fine di assicurare, anche in chiave costituzionale, il rispetto della naturalità del giudice precostituito per legge e di tutelare l'interesse della parte all'annullamento della misura – laddove adottata dal giudice incompetente in difetto delle condizioni di urgenza che ne legittimano comunque l'adozione –, o alternatively alla “precarizzazione” dell'efficacia e alla “rinnovata ed autonoma valutazione su tutti i presupposti del provvedimento cautelare”²⁸ da parte del giudice competente. Analoghe considerazioni, del resto, possono svolgersi con riguardo al giudizio di cassazione, inerendo la verifica della competenza alla legittimità della misura. La peculiare declinazione del riesame, quale strumento di revisione della vicenda *de libertate* che devolve al collegio cautelare l'intero spettro delle condizioni applicative della misura e pacificamente riconosce l'integrabilità della motivazione, eventualmente carente, apposta dal primo giudice a giustificazione del provvedimento adottato, è argomento che vale a confutare le obiezioni, pure espresse in dottrina²⁹, che disconoscono al giudice del riesame la facoltà di integrare la motivazione originariamente carente in riferimento all'urgenza a provvedere. Profondamente eterogenee, tuttavia, appaiono le basi probatorie fruibili, da parte del giudice dell'impugnazione *de libertate*, che rilevi l'incompetenza, per territorio, erroneamente negletta da parte del primo giudice: al giudice del riesame, cui compete l'integrale revisione della vicenda cautelare, è consentito nel caso integrare la motivazione carente e confermare la misura, laddove dall'insieme degli atti a disposizione – indipendentemente dalle valutazioni espresse dal primo giudice³⁰ e dai motivi di doglianza eventualmente allegati dalla parte – ravvisi i presupposti dell'urgenza a provvedere che fondano la competenza derogatoria *ex art. 291 c.p.p.*, al contempo declinando la propria competenza e disponendo la trasmissione degli atti all'ufficio competente, da tale ordinanza decorrendo il termine, previsto a pena di inefficacia della misura, perché il giudice competente, investito dal corrispondente

²⁷ G. TERRANOVA, *Incompetenza del giudice che abbia provveduto in materia cautelare e sua deducibilità in sede di impugnazione*, in nota a Cass., Sez. un., 25 ottobre 1994, n. 19, in *Giur. it.*, 1994, II, cc. 352 e ss. Nel senso di una sindacabilità esterna della competenza del giudice che avesse disposto la misura cautelare, del resto, deponeva la stessa Relazione al progetto preliminare del codice di rito (cfr. art. 28 Prog. prel., art. 27 c.p.p.).

²⁸ Cass., Sez. un., 25 ottobre 1994, cit., in parte motiva.

²⁹ G. TERRANOVA, *Incompetenza del giudice*, cit.

³⁰ L'ipotesi considerata invero non sembra distinguersi qualitativamente – in quanto strettamente correlata al prisma dei *pericula libertatis* – dal principio pacificamente accolto nella giurisprudenza di legittimità per cui il tribunale del riesame, specificamente investito del tema relativo alla insussistenza delle esigenze cautelari ritenute nella ordinanza applicativa, abbia il potere di confermare la misura cautelare per esigenze diverse da quelle originariamente poste alla base della sua applicazione (Cass., 12 marzo 2014, n. 26458, Rv. 259976; *id.*, 5 dicembre 2006 – dep. 5 febbraio 2007, n. 4446, Rv. 235687).

ufficio del pubblico ministero, rinnovi la misura³¹; di contro, in sede di legittimità, in accordo alla limitata cognizione della Corte regolatrice, il vaglio dell'urgenza cautelare, ai fini della – sia pure interinale – conferma della misura, è consentito esclusivamente nei limiti in cui l'urgenza a provvedere consti dalla motivazione del provvedimento impugnato³². Nell'uno come nell'altro caso, al riscontro del difetto dell'urgenza a provvedere e, quindi, della competenza del giudice che abbia disposto la misura – o anche del giudice del riesame che abbia confermato la misura, non dichiarandosi erroneamente incompetente e, quindi, non motivando neppure implicitamente in merito all'urgenza –, segue l'annullamento della misura³³.

3. (segue) Riflessioni critiche. La problematica distinguibilità tra l'attualità delle esigenze cautelari e le ragioni di urgenza nel provvedere.

Come ricordato, la premessa funzionale che giustifica l'attribuzione di una eccezionale legittimazione cautelare al giudice non competente è data dall'urgenza a provvedere; i codificatori non hanno offerto una definizione dell'urgenza, ma, certamente, essa valeva a descrivere, nell'assenza di aggettivi qualificativi, una nozione diversa da quelle esigenze cautelari di eccezionale rilievo che pure i codificatori elaborarono in materia cautelare – il riferimento è all'art. 275 c.p.p., nel testo licenziato dal legislatore del 1988 – e che non intesero riproporre con riguardo all'urgenza a provvedere attributiva della speciale competenza derogatoria in favore del giudice investito della domanda cautelare: del resto, la stessa *Relazione al progetto preliminare* descrive come “*non infrequente*” la condizione di urgenza implicata dall'art. 299 c.p.p., distaccandola dall'occasionalità tipica delle contingenze eccezionali. Neppure gli interventi legislativi successivi, che pure hanno fatto ampio ricorso alle clausole di eccezionalità, quale strumento di moderazione dell'esercizio del potere cautelare da parte dell'Autorità giudiziaria³⁴, hanno toccato il testo dell'art. 291, comma secondo, c.p.p. che è sopravvissuto, indenne, nella sua originaria formulazione, sino ad oggi. D'altro canto, l'inasprimento delle condizioni di fruibilità della tutela cautelare, con riguardo alle esigenze cautelari – nella dichiarata prospettiva di disincentivarne l'adozione, in specie se esitanti nella disposizione di cautele inframurarie, se non in presenza di presupposti applicativi particolarmente rigorosi³⁵ – è culminato nella

³¹ P. BRONZO, *Ancora precisazioni sull'ambito applicativo dell'art. 27 c.p.p.*, in *Cass., pen.*, 2010, p. 3045.

³² *Cass.*, 14 giugno 2017, n. 35630, Rv. 270861; *id.*, 19 maggio 2015, n. 29315, Rv. 264086; *id.*, 21 giugno 2005, n. 30328, Rv. 232027.

³³ In termini, da ultimo, *Cass.*, Sez. un., 23 aprile 2020, n. 19214, cit.

³⁴ Cfr. da ultimo, la L. 16 aprile 2015, n. 47, che, nel riscrivere il comma decimo dell'art. 309 c.p.p., in tema di riesame, dispone: “*se la trasmissione degli atti non avviene nei termini di cui al comma quinto o se la decisione sulla richiesta di riesame o il deposito dell'ordinanza del tribunale in cancelleria non intervengono nei termini prescritti, l'ordinanza che dispone la misura coercitiva perde efficacia e, salve eccezionali esigenze cautelari specificamente motivate, non può essere rinnovata*”.

³⁵ G. SPANGHER, *Un restyling per le misure cautelari*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 529; E.N. LA ROCCA, *Le nuove disposizioni in materia di misure cautelari personali*, in *www.archiviopenale.it*, 30 aprile 2015, p. 1.

interpolazione dell'art. 274 c.p.p. ad opera della L. 16 aprile 2015, n. 47, che, per quanto rileva nella presente sede, ha giustapposto al requisito della concretezza – del pericolo di recidiva e del pericolo di fuga³⁶ – quello dell'attualità del *periculum*, soggiungendo che “*le situazioni di concreto e attuale pericolo, anche in relazione alla personalità dell'imputato, non possono essere desunte esclusivamente dalla gravità del titolo di reato per cui si procede*”; in precedenza, l'attualità veniva invero concepita quale connotato non essenziale ai fini cautelari, distinto dalla concretezza, questa evocando la riscontrabilità di “*elementi concreti sulla base dei quali sia possibile affermare che l'imputato possa commettere delitti della stessa specie di quello per cui si procede [o si dia alla fuga]*” quella, di contro, evocando “*la riconosciuta esistenza di occasioni prossime favorevoli alla commissione di nuovi reati*”³⁷. L'attualità del pericolo, nell'attuale quadro regolamentare, conforma ed orienta il giudizio cautelare sottolineandone la natura “*sempre meno prognostica e sempre più diagnostica*”³⁸ e limitando l'intervento cautelare esclusivamente nelle ipotesi in cui gli elementi a disposizione inducano a ritenere di prossima – se non imminente – realizzazione il rischio cautelabile³⁹. L'elaborazione giurisprudenziale successiva alla riscrittura dell'art. 274 c.p.p. ne ha colto, sia pure con varietà di accenti, la novità, venendo a consolidarsi una interpretazione che decodifica l'attualità del *periculum libertatis* nella riconoscibilità di una capacità criminale, in capo al soggetto, che si traduca in prossime occasioni di reato, e la cui sussistenza, pur dovendo essere autonomamente e separatamente valutata rispetto all'altro requisito di legge, dato dalla “concretezza” – attinente alla capacità a delinquere –, è legittimamente desumibile dai medesimi indici rivelatori di quest'ultima, e, quindi, dalle specifiche modalità e circostanze del fatto nonché dalla personalità dell'indagato⁴⁰. Ne segue, ad avviso di chi scrive, che l'urgenza,

³⁶ Quanto al rischio di inquinamento probatorio, ex art. 274, lett. a), c.p.p., il legislatore aveva introdotto il requisito dell'attualità del pericolo della compromissione del dato probatorio a far tempo dalla L. 8 agosto 1995, n. 332, recante *Modifiche al codice di procedura penale in tema di semplificazione dei procedimenti, di misure cautelari, di diritto di difesa*.

³⁷ Cfr., da ultimo, Cass., 5 aprile 2013, n. 28618, Rv. 255857; *id.*, 10 aprile 2012, n. 18851, Rv. 253864.

³⁸ V. AIUTI, *Esigenze cautelari e discrezionalità giudiziale*, in *Leg. pen.*, 1 dicembre 2015, p. 9; A. MACRILLÒ, *Il pericolo di reiterazione ex art. 274, comma 1, lett. c), c.p.p. dopo la l. n. 47 del 2015 al vaglio della Cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 487.

³⁹ In termini, anche alla luce della Relazione alla Proposta di Legge 631 – AC, V. PAZIENZA, *Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari*, rel. III/3/2015, sul sito della Corte di Cassazione, p. 5.

⁴⁰ In termini, Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, n. 20769, non massimata sul punto; *id.*, 4 ottobre 2018, n. 47837, Rv. 273994; *id.*, 22 gennaio 2020, n. 14840, Rv. 279122. A tale orientamento si contrappone altro e più rigoroso orientamento, minoritario e meno recente, a giudizio del quale l'attualità del *periculum libertatis* ex art. 274, lett. c), c.p.p. presuppone la prevedibilità che all'indagato si presenti in effetti una prossima occasione di delinquere (cfr., tra le altre, Cass., 24 aprile 2018, n. 34154, Rv. 273674; *id.*, 4 maggio 2016, n. 24477, Rv. 267091), orientamento cui la stessa giurisprudenza di legittimità ribatte, efficacemente, come la previsione di una “specifica occasione” di delinquere esuli dalle facoltà del giudice (in termini, Cass., 3 maggio 2017, n. 33004, Rv. 271216; *id.*, 19 novembre 2018 – dep. 2019, n. 11250, in parte motiva): ridimensiona l'attrito tra i due orientamenti L. GIORDANO, [Sull'attualità del pericolo di recidiva a tre anni dalla riforma del rito cautelare](#), in *Dir. pen. cont.*, 31 gennaio 2019, p. 4. Per una efficace sintesi dell'elaborazione giurisprudenziale, cfr. G. CIVITA, *Il requisito dell'attualità nel pericolo di reiterazione del reato*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 1671, a giudizio del quale si va affermando l'orientamento che, non ravvisando nella modifica introdotta nel 2015 una novità non riducibile a mera normativizzazione di precedenti letture e dando atto che attualità e concretezza non

cui tuttora rimanda l'art. 291, comma secondo, c.p.p., alla quale poteva riconoscersi una contenuta capacità filtrante nel previgente assetto delle esigenze cautelari, improntato alla sola concretezza dei *pericula libertatis*, sia, allo stato, nozione che esprime una più intensa capacità denotativa: non potendo identificarsi con le condizioni di latente urgenza, immanenti al riscontro dell'attualità delle esigenze cautelari – se non al prezzo di contraddire l'eccezionalità della legittimazione cautelare del giudice incompetente⁴¹ –, l'urgenza rilevante ai sensi della disposizione in parola attiene alla manifestazione di eccezionali esigenze cautelari, apprezzabili nell'imminenza, e non nella semplice prossimità, dell'occasione a delinquere; la relativa nozione sembra conformarsi a quella oggetto dell'art. 309, comma decimo, c.p.p., disposizione che, come ricordato, consente la reiterazione della misura cessata in ragione dell'inosservanza di taluno dei termini che scandiscono la procedura di riesame esclusivamente al ricorrere di “*eccezionali esigenze cautelari*”, formula che allude all’“*imminenza*” del *periculum libertatis*, intesa quale – ragionevolmente certa – riproponibilità dell'occasione a delinquere⁴²: apparirebbe in effetti di impossibile governabilità pratica – per l'insondabile impercettibilità dei relativi confini, sia in senso ascendente che in senso discendente – la prospettazione di una “quota” mediana, nella gradazione delle esigenze cautelari – alla quale ricondurre l'urgenza nel provvedere di cui all'art. 291 c.p.p. –, che si collocasse tra le esigenze “ordinarie” e quelle “eccezionali” e che delineasse una recidivanza – o altro *periculum libertatis* – nell'indistinguibile spazio intermedio tra prossimità ed imminenza.

Alla luce di quanto argomentato, il sindacato che la constatazione dell'incompetenza del primo giudice demanda al giudice dell'impugnazione si esercita, doverosamente, nell'apprezzamento delle eccezionali ragioni di urgenza, che, sole, giustificano la deroga agli ordinari criteri distributivi della cognizione tra uffici; non può tuttavia sottacersi come la soluzione proposta⁴³ sconti l'eventualità che il giudice del riesame – o il giudice di legittimità –, constatata l'assenza dell'urgenza nel provvedere – da individuarsi, alla luce di quanto premesso, nell'eccezionalità delle esigenze cautelari –, annulli l'ordinanza adottata dal giudice non competente, disponendo, in una alla declaratoria di incompetenza, la cessazione della misura applicata nei confronti di un soggetto di cui sia attuale e concreta la propensione a delinquere, rinviando la tutela di esigenze cautelari concrete ed attuali all'adozione di un pertinente presidio cautelare nei

sono entità concettualmente sovrapponibili, esclude l'equiparazione tra l'attualità delle esigenze cautelari e l'imminenza del pericolo, come, del resto, testimoniato dalla perdurante distinzione tra esigenze cautelari ed eccezionali esigenze cautelari.

⁴¹ Nel caso, invero, dovrebbe riconoscersi, con grave violazione del principio della naturalità del giudice, una competenza diffusa ed ubiquitaria in materia di libertà personale al giudice richiesto dell'emissione della misura, il quale, sia pure constatando la propria incompetenza, laddove riconosca lo spessore indiziario e la concretezza e l'attualità – e quindi l'urgenza – delle esigenze cautelari, sarebbe tenuto ad emettere la misura, al contempo disponendo la trasmissione degli atti all'Ufficio ritenuto competente.

⁴² Cass., 4 novembre 2016, n. 8515, Rv. 269540; *id.*, 2 febbraio 2016, n. 28957, Rv. 267472; *id.*, 30 aprile 2019, n. 43391, non massimata.

⁴³ Ma l’“inconveniente” che si denuncia è implicito ad ogni ipotesi ricostruttiva, che valorizzi la distinzione tra attualità ed urgenza cautelare – distinzione cui del resto, nell'insistita ricognizione della natura eccezionale della competenza fondata su ragioni di urgenza a provvedere, aderiscono implicitamente anche le Sezioni unite nella pronuncia in commento –.

tempi immaginabilmente più lunghi dell'ufficio competente: ne riviene un sicuro monito agli attori della vicenda cautelare – *in primis* al pubblico ministero – al rispetto dei criteri regolativi della competenza, pena la inevitabile dilazione dei tempi di contrasto dell'ordinaria attualità delle esigenze cautelari.

4. Integrazione della motivazione, sul punto dell'urgenza cautelare, ed autonoma valutazione delle esigenze cautelari da parte del primo giudice: un'interazione possibile?

La parziale affinità contenutistica tra urgenza ed esigenze cautelari, che descrivono propriamente due cornici concentriche, introduce il tema del possibile rilievo delle integrazioni al tessuto motivazionale del provvedimento gravato – cui, come detto, può procedere il collegio del riesame nell'apprezzamento dell'urgenza del substrato cautelare, in vista della deliberazione in merito alla competenza erroneamente negletta dal primo giudice –, anche ai fini della sanatoria del vizio, che eventualmente affettasse l'ordinanza applicativa, con riguardo al difetto di una autonoma valutazione, ad opera del primo giudice, delle esigenze cautelari, vizio il cui riscontro, in sede di riesame, si traduce, ai sensi del disposto di cui all'art. 309, comma IX, c.p.p., come interpolato ad opera della L. 16 aprile 2015, n. 47, nell'annullamento dell'ordinanza applicativa⁴⁴. I due piani, in realtà, ad avviso di chi scrive, non possono sovrapporsi, in ragione della profonda eterogeneità funzionale che esprimono: la valutazione dell'urgenza cautelare, ai fini della competenza, attiene alla verifica, doverosa, da parte del giudice del riesame, della competenza del primo giudice e, di riflesso, della propria; essa, inerendo alla verifica del rispetto dei criteri attributivi – sia pure in via eccezionale – della competenza non può che essere condotta alla luce dell'intero compendio probatorio disponibile, indipendentemente dalle valutazioni espresse sul punto dal primo giudice ed, eventualmente, dal pubblico ministero; di contro il profilo relativo alle esigenze cautelari – con riguardo, nella specie, alla necessità di un'autonoma valutazione di queste da parte del giudice richiesto dell'applicazione della misura *de libertate*, pena l'annullamento del provvedimento, non emendabile in sede di riesame – attiene ad un ambito non ordinamentale, quanto piuttosto al corredo di garanzie particolarmente predisposte a favore del destinatario della misura, cui il legislatore assicura, anche attraverso la previsione della sanzione dell'annullamento della misura, l'adozione del provvedimento coercitivo da parte di un giudice le cui valutazioni non si siano pedissequamente accodate a quelle espresse dal pubblico ministero; la rivendicazione, ad opera del legislatore, di un'autonoma valutazione del quadro cautelare da parte del primo giudice, in altri termini, dà corpo ad una garanzia che ha ragione di esprimersi

⁴⁴ Sul tema dell'autonoma valutazione demandata al giudice richiesto dell'adozione di una misura *de libertate*, cfr., tra gli altri, A. MARANDOLA, *Ambiti e limiti dell'autonoma valutazione del giudice della cautela*, in *Cass., pen.*, 2017, p. 1670; G. MICHELI, *I limiti dell'autonoma valutazione nelle ordinanze de libertate*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 240; F. CAPRIOLI, *Motivazione dell'ordinanza cautelare e poteri del giudice del riesame*, in L. Giuliani (a cura di), *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015, p. 180 ss.

del momento deliberativo della misura da parte del giudice e che non è quindi, integrabile successivamente, se non al prezzo di negare l'essenza stessa di quella garanzia. Ne segue che il vizio, originario, non è in alcun modo riparabile, da parte del giudice del riesame, neppure quando sia apprezzabile l'urgenza a provvedere che, in astratto, attraverso l'integrazione della motivazione del provvedimento impugnato, quanto al profilo dell'urgenza a provvedere – e, quindi delle esigenze cautelari –, potrebbe condurre alla conferma, sia pure interinale, della misura ed alla contestuale declaratoria di incompetenza: del resto, una diversa soluzione aggirerebbe il disposto dell'art. 309, comma nono, c.p.p., che, nel codificare una espressa deroga alla normale integrabilità della motivazione eventualmente carente del provvedimento applicativo della misura, da parte del tribunale del riesame, non sembra ammettere deroghe, tanto più alla luce del ricordato profilo funzionale sotteso alla garanzia in discussione.

5. Scansioni procedurali del riesame e cadenze della rinnovazione della misura.

Il termine, pari a venti giorni, ai fini della rinnovazione della misura da parte del giudice competente *ex art. 27 c.p.p.* decorre dall'ordinanza di trasmissione degli atti, potendo quindi interferire con i termini, e le conseguenti sanzioni, tipici del riesame; premesso che, in linea con la soluzione offerta dalle Sezioni unite al tema della sindacabilità del provvedimento restrittivo da parte del secondo giudice, nell'ipotesi in cui l'incompetenza sia dichiarata dal riesame, il termine sembra decorrere dalla decisione e non dal deposito del relativo apparato motivazionale⁴⁵, che può legittimamente intervenire entro i trenta giorni successivi alla decisione, a mente dell'art. 309, comma decimo, c.p.p., il contemporaneo decorrere dei termini previsti per la rinnovazione della misura, da parte del giudice *ad quem*, e dei termini previsti per il deposito dell'ordinanza, restituisce la possibilità che il giudice *ad quem* rinnovi, nei venti giorni dall'ordinanza, la misura, e che, di poi, il giudice già investito del riesame violi i termini per il deposito del provvedimento: in tale frangente, il destinatario della misura rimarrebbe esposto, continuativamente, alla restrizione cautelare, e non potrebbe invocare, per evidenti ragioni⁴⁶ – se non a seguito del riesame del provvedimento emesso

⁴⁵ Cass., 7 febbraio 2005, n. 13066, Rv. 231190; la soluzione opposta invero – pure affermata in giurisprudenza sia pure con riguardo a fattispecie relative a declaratorie di incompetenza rese con sentenza: cfr., tra le altre, Cass., 26 febbraio 2013, n. 23714, Rv. 256196 – determinerebbe una dilazione dei termini di rinnovo della misura poco compatibile con l'urgenza del rinnovo della misura da parte del giudice competente. In tema, cfr. altresì, Cass., 18 novembre 1996, n. 6026, Rv. 206256, quanto all'affermazione per cui nel procedimento in camera di consiglio (nella specie quello regolato dall'art. 611 c.p.p.) la deliberazione costituisce un momento interno della procedura e il dispositivo è privo di autonoma rilevanza, "giacché il provvedimento giurisdizionale, nella sua unità strutturale, acquista giuridica esistenza soltanto con il deposito che segna il momento perfezionativo di esso, con la sola eccezione del procedimento camerale concernente misure cautelari personali per le quali, a determinati fini, è riconosciuta rilevanza esterna al dispositivo, prima ancora del deposito del provvedimento completo di motivazione".

⁴⁶ Legate alla circostanza per cui, all'atto della rinnovazione, nei termini, della misura da parte del giudice *ad quem*, il termine per il deposito delle motivazioni del provvedimento con cui è stato deciso il riesame non è ancora scaduto.

dal giudice competente –, la disciplina posta dall’art. 309, comma decimo, c.p.p., che nel caso di inosservanza da parte del giudice del riesame dei termini di deposito dell’ordinanza prevede, come ricordato, che la misura sia rinnovabile a condizione che ricorrano esigenze cautelari di eccezionale rilievo⁴⁷; nel caso, ad avviso di chi scrive, la violazione dei termini per il deposito dell’ordinanza, da parte del giudice del riesame, non sembra accompagnarsi alla “sanzione” altrimenti prevista – ipoteticamente denunciabile nel giudizio di riesame avverso la misura adottata dal giudice competente da parte del destinatario che contesti l’eccezionale rilievo delle esigenze cautelari –, in accordo all’orientamento consolidatosi nel diritto vivente, che riconosce al giudice *ad quem* la piena autonomia nella rivalutazione dei fatti e delle emergenze cautelari⁴⁸ – e che non subisce nemmeno la preclusione derivante dal *ne bis in idem* cautelare⁴⁹ –, e che non sembra comprimibile dagli “strascichi” conseguenti alle violazioni procedurali verificatesi presso l’ufficio giudiziario non competente.

Analoghe considerazioni ci sembra possano spendersi, nell’ipotesi in cui l’incompetenza sia stata rilevata dal primo giudice e la parte abbia comunque interposto riesame nei confronti dell’ordinanza interinalmente emessa, con riguardo alla violazione degli ulteriori termini perentori che costellano la procedura del riesame – *in primis*, il termine annesso alla tempestiva trasmissione degli atti da parte dell’Autorità procedente *ex art. 309, comma quinto, c.p.p.* –, con l’ovvia avvertenza che laddove la violazione sia riscontrata e dichiarata prima della rinnovazione della misura da parte del giudice competente la misura, in attesa del ripristino da parte del giudice *ad quem*, è destinata a perdere efficacia.

6. Gli effetti della statuizione sulla competenza.

A seguito dell’affermata incompetenza da parte del giudice dell’impugnazione che abbia, tuttavia, confermato la misura *ex art. 27 c.p.p.*, ritenendo l’urgenza a provvedere, gli atti devono essere ritrasmessi al pubblico ministero autore dell’iniziativa cautelare, il quale può valutare se accettare la decisione del giudice in merito alla competenza e trasmettere gli atti al corrispondente ufficio presso il giudice ritenuto competente, ovvero lasciare che il provvedimento cautelare perda efficacia allo spirare del termine dei venti giorni, conservando la titolarità dell’indagine⁵⁰: la pronuncia sulla competenza è invero destinata ad esplicare i propri effetti esclusivamente con riguardo

⁴⁷ Se è plausibile, in accordo a quanto in precedenza esposto, che l’urgenza giustificativa delle competenze cautelare in deroga si identifichi nelle eccezionali esigenze cautelari – e quindi in un presupposto che comunque giustificerebbe la reiterazione della misura da parte del giudice *ad quem* –, sembra in ogni caso apprezzabile un interesse della parte alla rivendicazione dell’eccezionalità cautelare, quale sola connotazione delle esigenze giustificative dell’applicazione della misura anche da parte del giudice competente, laddove sia contestato il venir meno – sopravvenuto nelle more di trasmissione del fascicolo – dell’originaria eccezionalità cautelare.

⁴⁸ Cass., Sez. un., 18 giugno 1993, n. 15, Rv. 194315.

⁴⁹ Cass., 16 aprile 2015, n. 21328, Rv. 263412.

⁵⁰ In termini, da ultimo, Cass., Sez. un., 23 aprile 2020, n. 19214, cit.

al provvedimento impugnato ed all'interno del procedimento incidentale che lo riguarda e non vale quindi a spogliare, in coerenza del resto con l'incidentalità della cognizione del giudice della cautela, il pubblico ministero della titolarità del procedimento.

La sindacabilità della competenza territoriale spetta al giudice della cautela, anche se investito dell'impugnazione *de libertate*, sino all'esercizio dell'azione penale, in quanto successivamente le valutazioni in merito alla competenza spettano, in via esclusiva, al giudice della cognizione, altrimenti determinandosi distonie di sistema non superabili, immediatamente correlate alla indiscussa inscindibilità tra i temi cautelari e quelli di merito del processo, come "la possibile divaricazione di valutazioni tra quelle assunte dal giudice del riesame e quelle di segno contrario rese sul medesimo punto dal giudice che procede, segno di una inaccettabile separazione tra i due profili, di merito e cautela, all'interno del medesimo procedimento"⁵¹.

7. L'interesse del pubblico ministero all'impugnazione del provvedimento del tribunale del riesame che abbia annullato l'ordinanza applicativa della misura emessa dal giudice territorialmente incompetente.

La rivitalizzazione delle competenze valutative e decisorie del giudice dell'impugnazione cautelare, quanto al sindacato ed all'eventuale annullamento della misura cautelare disposta dal giudice incompetente, prospetta intuibilmente – esacerbandone il rilievo – il tema dell'interesse all'impugnazione da parte del pubblico ministero avverso la decisione del giudice del riesame che abbia annullato l'ordinanza applicativa emessa dal giudice territorialmente incompetente sul presupposto della ritenuta insussistenza dell'urgenza a provvedere.

Il tema, peraltro, costituiva lo specifico oggetto della questione rimessa alla elaborazione delle Sezioni unite, alla cui soluzione la Corte ha condivisibilmente premesso, trattandosi di profilo logicamente preliminare nella ricomposizione della materia, la complessiva ricostruzione – nei termini sopra riferiti – dei poteri legittimamente esercitabili, con riguardo alla competenza del primo giudice, dal giudice investito dell'impugnazione *de libertate*.

Come noto, l'interesse ad impugnare, sancito dall'art. 568, comma quarto, c.p.p. quale requisito di ammissibilità dell'impugnazione, si identifica nell'interesse immediato, concreto e attuale, dell'impugnante alla rimozione di una situazione di svantaggio processuale derivante da una decisione giudiziale di cui si contesta la correttezza e, quindi, al conseguimento di un'utilità, attraverso la sollecitazione di una decisione dalla quale derivi per l'impugnante un risultato più vantaggioso⁵²; esso deve

⁵¹ Cass., 25 giugno 2014, n. 28161, Rv. 260621; *id.*, 16 dicembre 2016 – dep. 2017, n. 16478, Rv. 269692, sia pure in tema di misure reali.

⁵² Cass., Sez. un., 27 ottobre 2011 – dep. 2012, n. 6624, Rv. 251693; *id.*, 25 novembre 2016 – dep. 2017, n. 8763, Rv. 269199. Cfr., per tutti, sul tema, G. SANTALUCIA, sub art. 568, in *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, a cura di Lattanzi – Lupo, Milano, 2013. p. 3 ss.

necessariamente accompagnare ogni impugnazione, comprese quelle in materia cautelare⁵³.

Sul punto, la soluzione offerta dall'arresto in commento appare condivisibile e del tutto conseguente alla sistematica revisione dell'assetto della materia: la declaratoria di incompetenza, da parte del giudice del riesame che al contempo annulli la misura, invero, implica il sindacato negativo – anche se, in ipotesi, inespreso – in ordine alla sussistenza dell'urgenza cautelare e, quindi, in ordine ad un tema indiscutibilmente connesso con il merito della vicenda cautelare, e, segnatamente, con lo scrutinio delle esigenze cautelari, rispetto al quale al pubblico ministero, quale monopolista dell'azione cautelare e, in tale veste, primo responsabile del governo giudiziale delle esigenze cautelari, non può essere precluso l'accesso al giudizio di impugnazione.

La soluzione, contraria, pure affacciata in seno alla giurisprudenza di legittimità, valorizzava l'argomento per cui, a seguito della declaratoria di incompetenza, il pubblico ministero dal quale promanasse la richiesta cautelare era, di fatto, spogliato dell'iniziativa cautelare, questa spettando all'ufficio requirente presso il giudice ritenuto competente⁵⁴, con la conseguenza che l'accoglimento dell'eventuale ricorso non avrebbe prodotto alcun effetto utile, non incidendo sullo *status libertatis* del destinatario, regolato, in via esclusiva ed assorbente, dal provvedimento successivamente emesso dal giudice ritenuto competente⁵⁵. L'argomento, in realtà, sembrava non considerare la limitata valenza della declaratoria di incompetenza resa nel corso delle indagini preliminari, che, *ex art. 22*, commi primo e secondo, c.p.p., produce effetto limitatamente al provvedimento richiesto, e che, di conseguenza, determina la trasmissione degli atti, da parte del giudice, al pubblico ministero in sede e non al pubblico ministero presso l'Autorità giudiziaria ritenuta competente.

La permanente titolarità del procedimento da parte del pubblico ministero promotore dell'iniziativa cautelare, che ne fa il "p.m. procedente" – in assonanza alla terminologia impiegata dall'art. 279 c.p.p., con riguardo al giudice competente *de libertate* –, determina necessariamente, per il principio di accessorietà delle competenze cautelari alla competenza rispetto al procedimento principale⁵⁶, la legittimazione dello stesso pubblico ministero alle ulteriori iniziative cautelari e, in generale, alla complessiva strategia investigativa che ritenga di perseguire, potendo egli disporre, in linea con la designazione del giudice *de libertate*, la trasmissione degli atti al pubblico ministero presso il giudice di cui sia stata dichiarata la competenza – quindi spogliandosi definitivamente del procedimento –, oppure trattenendo presso di sé il fascicolo e, se del caso, ricorrendo avverso la decisione del giudice del riesame che abbia annullato la misura emessa dal giudice dichiarato incompetente, per la ritenuta insussistenza delle ragioni di urgenza – o di altra condizione di applicabilità della misura -: quanto a tale ultima ipotesi, tuttavia, la legittimazione all'impugnazione del pubblico ministero deve

⁵³ Cass., 11 maggio 2017, n. 26318, Rv. 270283; *id.*, 16 settembre 2014, n. 39123, Rv. 260466 – 01.

⁵⁴ In tal senso, tra le altre, Cass. 18 giugno 2010, n. 32337, Rv. 248088; *id.*, 13 maggio 2010, n. 21953, Rv. 247415.

⁵⁵ Cass., 29 dicembre 2012, n. 48634, Rv. 254160; *id.*, 30 marzo 2004, n. 45819, Rv. 230587.

⁵⁶ Cfr., sia pure con riguardo al giudice, Cass., 24 ottobre 2019 – dep. 2020, n. 3045, Rv. 278658.

confrontarsi con il consolidato orientamento giurisprudenziale⁵⁷ – espressamente ribadito dalle Sezioni unite nella sentenza in commento ed esteso anche alla pronuncia resa nel procedimento *de libertate* – che afferma, in disparte l’abnormità, la non impugnabilità dell’ordinanza con la quale, nel corso delle indagini preliminari, il giudice, ai sensi dell’art. 22, comma primo, c.p.p., riconosca la propria incompetenza e disponga la restituzione degli atti al pubblico ministero in sede, ordinanza avverso la quale il solo strumento di reazione, non disponibile dalle parti, che l’ordinamento appresta è dato dalla possibilità che il giudice *ad quem* sollevi conflitto; in applicazione di tale canone ermeneutico, ad avviso delle Sezioni unite, al pubblico ministero è conseguentemente preclusa la contestazione, in sede di legittimità, della mera declaratoria di incompetenza resa dal giudice del riesame, ma non anche la contestazione della ritenuta insussistenza delle condizioni applicative della misura da parte del giudice non competente: il rilievo dell’incompetenza invero, come ricordato, non esaurisce le prerogative decisorie spettanti al giudice investito della domanda cautelare – e a quello dell’impugnazione, che del primo replica l’estensione del sindacato –, il quale può comunque adottare la misura, *ex art. 291*, comma secondo, c.p.p. quando ne rilevi l’urgenza – in una, evidentemente, al positivo riscontro delle ordinarie condizioni di esperibilità della tutela cautelare-. Al rilievo delle esigenze cautelari, a dispetto dell’incompetenza del giudice adito e sia pure ai limitati fini dell’adozione di una misura destinata ad essere rinnovata da parte del giudice competente, entro il termine di cui all’art. 27 c.p.p., si parametrà, di necessità, l’estensione dell’iniziativa *de libertate* del pubblico ministero, quale titolare esclusivo della domanda cautelare e portatore di un interesse giuridicamente apprezzabile, anche ai sensi dell’art. 568, comma quarto, c.p.p., alla coltivazione della domanda cautelare anche nei giudizi di impugnazione, nei limiti in cui essa è disponibile, e, quindi, nel caso di specie, ai soli fini di provocare la revisione della decisione di annullamento adottata dal riesame, perché, se del caso all’esito del giudizio di rinvio, sia infine ripristinata la misura, sia pure ad opera del giudice incompetente, in modo da investire, nelle forme e con la tempistica assicurata dall’art. 27 c.p.p., il giudice ritenuto competente.

⁵⁷ Cass., Sez. un., 17 luglio 2014, n. 42030, Rv. 260242, in *Cass., pen.*, 2015, p. 3965: il principio peraltro, avendo riguardo ai soli provvedimenti declaratori dell’incompetenza, non si pone in contraddizione con l’affermazione della sindacabilità della competenza rispetto ai provvedimenti che, in una alla dichiarazione di incompetenza, comunque adottino una decisione destinata a produrre effetti prima ed indipendentemente dall’intervento del giudice dichiarato competente, come contemplato dalla disciplina in materia di misure personali *ex artt. 27 e 291 c.p.p.*; non è casuale, del resto, che il principio sia stato affermato dalle Sezioni unite 2014 con riguardo alla pronuncia di incompetenza resa dal giudice per le indagini preliminari richiesto dell’emissione di un sequestro preventivo. Cfr., sul tema, F. CAMON, *Gli strumenti di controllo sulla sede delle indagini*, Torino, 2011, p. 64.

8. (segue) Riflessioni critiche; l'inoppugnabilità dell'ordinanza declinatoria della competenza da parte del giudice richiesto della misura: una preclusione ancora attuale?

L'arresto in commento sembra quindi affermare due indicazioni di principio, peraltro reciprocamente correlate, l'una atteggiandosi a corollario dell'altra: in primo luogo, riconosce al pubblico ministero un ruolo protagonista nell'iniziativa cautelare, avallandone e legittimandone, da un lato, anche condotte attendistiche, che, nel trattenere il procedimento presso il proprio ufficio a dispetto della declaratoria di incompetenza e al prezzo della sopravvenuta inefficacia della misura non rinnovata, possono apparire in contrasto con l'urgenza cautelare esplicita nella conferma, da parte del giudice dell'impugnazione, della misura emessa dal giudice incompetente; in secondo luogo, riconosce allo stesso pubblico ministero, già autore della domanda cautelare, la legittimazione all'impugnazione nei confronti dell'ordinanza declinatoria della competenza e di annullamento della misura, emessa in sede di riesame, in vista del ripristino della misura, da parte del tribunale del riesame, quale giudice del rinvio, al solo fine di dar corso alla procedura di cui agli artt. 27 e 291 c.p.p.

L'interazione tra i due principi e la constatazione, anch'essa ratificata dalla pronuncia *de qua*, che la competenza è tema discutibile in sede di legittimità, ad iniziativa della parte pubblica, anche quando sia stata declinata da parte del giudice del riesame, sembra suggerire la conclusione per cui il provvedimento declinatorio della competenza, emesso dal primo giudice, che, non ravvisando ragioni di urgenza, non abbia applicato la misura, sia del pari assoggettabile ad impugnazione, da parte del pubblico ministero, *ex art. 310 c.p.p.*; anche in tale frangente, la declaratoria di incompetenza non esaurisce invero la regiudicanda, concorrendo, con essa, la doverosa verifica da parte del giudice investito della domanda cautelare delle eventuali ragioni di urgenza che comunque giustifichino l'applicazione, sia pure in via interinale, della misura: la prefigurazione, da parte del legislatore, di una "incompetenza imperfetta" in materia cautelare personale, implica, necessariamente, lo scrutinio da parte del primo giudice, tanto più se espressamente sollecitato dalla parte istante, della verifica dei presupposti di urgenza che, giust'appunto in ragione della ritenuta incompetenza, giustificano l'adozione della misura. Non si scorgono ragioni perché anche in tale evenienza non possa riconoscersi al pubblico ministero la legittimazione all'impugnazione, che la Corte gli attribuisce con riguardo al provvedimento reso dal giudice del riesame, sia con riguardo all'interesse dalla parte all'impugnazione sia con riguardo alla oggettiva impugnabilità del provvedimento. Sussiste in specie l'interesse della parte pubblica all'impugnazione, alla luce dell'esplicito riconoscimento dell'egemonia e della sostanziale insindacabilità – nel subprocedimento *de libertate*⁵⁸, delle scelte operative del pubblico ministero: come la parte pubblica può legittimamente coltivare l'istanza cautelare, innanzi al giudice di legittimità, anche solo in vista

⁵⁸ Fermi, evidentemente, i profili di responsabilità del pubblico ministero per la non efficace gestione delle esigenze cautelari che gli siano addebitabili – almeno – sul piano disciplinare.

dell'attivazione del meccanismo di cui all'art. 27 c.p.p. – quindi, differendo la tutela cautelare all'adozione del provvedimento interinale da parte del giudice del rinvio –, analoga impugnativa, per evidente affinità di *ratio*, dovrebbe essere riconosciuta anche nei confronti del provvedimento declinatorio della competenza da parte del primo giudice, in quanto provvedimento che, al pari del provvedimento adottato in sede di riesame, preclude l'accesso al dispositivo di cui all'art. 27 c.p.p.; non sembra avere rilievo, a questi fini, la circostanza per cui, nell'un caso la misura – sino all'intervento del riesame – abbia avuto esecuzione, in quanto, come noto, il riesame può indifferentemente proporsi anche nei confronti di una misura non ancora eseguita né la pregressa esecuzione della misura sembra alterare in termini significativi la esclusiva titolarità delle scelte cautelari in capo al pubblico ministero. Soccorre, come premesso, anche l'oggettiva impugnabilità del provvedimento, alla luce dell'estensibilità anche all'ipotesi *de qua* delle ragioni – intimamente legate alla considerazione per cui l'incompetenza non esaurisce lo spettro della cognizione del giudice incompetente, cui l'ordinamento demanda il doveroso scrutinio delle ragioni di urgenza nel provvedere⁵⁹ –, che hanno indotto le Sezioni unite, in implicito superamento dell'art. 568, comma II, c.p.p., a riconoscere la ricorribilità del provvedimento del riesame, che nel dichiarare l'incompetenza, abbia annullato la misura. Né la soluzione proposta sembra scalfita dalla considerazione per cui, nel caso prospettato, il meccanismo di cui all'art. 27 c.p.p. potrebbe essere attivato esclusivamente una volta che la decisione assunta dal giudice dell'appello cautelare sia divenuta definitiva *ex art.* 310, comma III, c.p.p., in quanto profilo che attiene al governo della tutela cautelare rimesso, come ricordato, all'esclusiva disponibilità del pubblico ministero⁶⁰.

A dispetto della ribadita affermazione del principio risalente a Cass., Sez. un., 17 luglio 2014, n. 42030, sembra di poter concludere che lo stesso andamento argomentativo dell'apparato motivazionale a corredo della pronuncia in commento legittimi una soluzione del tutto opposta rispetto alla pur riaffermata inoppugnabilità del provvedimento declinatorio della competenza da parte del giudice originariamente investito della domanda cautelare, in materia *de libertate*.

⁵⁹ Scrutinio tanto più irrinunciabile in quanto le ragioni di urgenza attengono, come rilevato, al manifestarsi di eccezionali esigenze cautelari.

⁶⁰ Invero, l'organo inquirente può legittimamente ritenere di poter fronteggiare, *medio tempore*, l'urgenza cautelare attraverso altre e diverse forme di controllo dell'indagato – ad es. ponendo in condizioni di sicurezza la persona offesa, nei reati a vittima designata, o confidando nella “sorveglianza” auditiva di eventuali intercettazioni e geolocalizzazioni in corso –, al contempo trattenendo presso di sé il procedimento, in modo che sia assicurata – se pur al prezzo di una tutela “in forma vicaria” delle esigenze cautelari – la continuità o anche la concentrazione delle investigazioni, istanze, queste, spesso, irrinunciabili ai fini delle più proficue acquisizioni probatorie e non tempestivamente governabili attraverso le forme di collegamento tra uffici diversi del pubblico ministero.

LA TUTELA DELLE VITTIME DA CODICE ROSSO TRA CELERITÀ PROCEDIMENTALE E OBBLIGHI INFORMATIVI

di Fabrizia Paglionico

Il trend normativo di valorizzazione del ruolo della persona offesa nel procedimento penale prosegue con le modifiche alla disciplina delle indagini preliminari apportate dalla l. 69 del 2019 (il cd. Codice rosso) mediante l'introduzione di un binario accelerato. Stavolta la riforma si rivolge ad una categoria definita di reati, nel campo della violenza di genere o domestica, superando l'indeterminatezza delle categorie generiche introdotte nell'ultimo decennio sulla scia delle fonti internazionali e sovranazionali. L'ultimo tassello del sistema di protezione della vittima completa il processo di adeguamento alla Direttiva 2012/29/UE e cerca di far fronte ai deficit concreti persistenti nell'ordinamento italiano.

SOMMARIO: 1. La violenza di genere e il sistema di tutela della persona offesa. – 2. La velocizzazione dell'impulso procedimentale. – 3. Tre giorni per l'assunzione di informazioni da parte del pubblico ministero. – 4. Il compimento di atti diretti e delegati alla polizia giudiziaria. – 5. La trasmissione degli atti al giudice civile. – 6. Il sistema degli obblighi informativi. – 7. Allineamenti e disallineamenti.

1. La violenza di genere e il sistema di tutela della persona offesa.

Le modifiche apportate dalla l. 69 del 2019 (il cd. "Codice rosso") alla disciplina delle indagini preliminari proseguono il *trend* normativo di valorizzazione della dimensione vittimologica nel procedimento penale.

Nel quadro sovranazionale e internazionale, alla concezione "atomistica" di tutela di alcuni tipi di vittime¹, minori e donne oggetto di violenza, adottata nelle Convenzioni di Lanzarote² e di Istanbul³, si sovrappone quella di protezione della

¹ Le c.d. "super vittime", cfr. S. ALLEGREZZA, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in S. ALLEGREZZA – H. BELLUTA – M. GIALUZ – L. LUPÀRIA, *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa ed Italia*, Torino, 2012, 13.

² Convenzione adottata dal Comitato dei Ministri d'Europa il 25 ottobre 2007 a Lanzarote ed entrata in vigore il 1° luglio 2010 (Convenzione di Lanzarote per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale).

³ Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, firmata ad Istanbul l'11 maggio 2011 ed entrata in vigore il 1° agosto 2014, recepita in Italia con la legge di ratifica del 27 giugno 2013 n. 77.

vittima *tout-court* che ispira la Direttiva 2012/29/UE⁴.

Nell'ordinamento interno si collocano sullo sfondo della riforma l'elaborazione e la progressiva definizione della categoria concettuale dei delitti commessi con violenza alla persona e la creazione di un ulteriore binario processuale speciale, che va ad affiancarsi e, per alcuni delitti, a sovrapporsi a quello già dettato per i casi in cui sia presente un minore potenzialmente vittima di un delitto a sfondo sessuale o, comunque, una vittima in stato di particolare vulnerabilità⁵.

Considerata, dunque, l'esistenza di più binari speciali all'interno del codice di procedura penale, va chiarito il novero dei soggetti in presenza dei quali si attivano i moduli accelerati introdotti dalla l. 69 del 2019 per la fase delle indagini preliminari.

I primi tre articoli della legge dettano un'accelerazione procedimentale per i delitti di violenza domestica e di genere nella trasmissione della notizia di reato (comunicata in forma orale ed immediatamente), nell'assunzione di sommarie informazioni dalla persona offesa e da chi ha presentato denuncia, querela e istanza (entro lo stringente termine di tre giorni), nel compimento degli atti delegati alla polizia giudiziaria da parte del pubblico ministero e nella messa a disposizione della documentazione delle attività svolte *senza ritardo*.

Stavolta si tratta di una categoria di reati ben delineata, nella quale il legislatore fa rientrare le ipotesi di maltrattamenti familiari e violenza sessuale, atti sessuali con minorenne e corruzione di minorenne, violenza sessuale di gruppo, atti persecutori, le fattispecie introdotte dalla medesima legge di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti (il cd. "*revenge porn*" art. 612 *ter* c.p.) e di deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso (art. 583 *quinquies* c.p.), di lesioni aggravate in quanto commesse in contesti familiari o nell'ambito di relazioni di convivenza.

A rigor di legge non rientrerebbero nel campo di applicazione delle nuove disposizioni il neo-delitto di costrizione o di induzione in matrimonio (art. 558-*bis* c.p.), introdotto dallo stesso Codice rosso, e quello di omicidio (consumato o tentato)⁶. Tuttavia, nelle sue prime applicazioni si è optato per un'interpretazione estensiva che consenta di ricondurre al catalogo delle fattispecie ad "*urgenza legalmente presunta*" tutte quelle sintomatiche di violenza domestica o di genere⁷.

⁴ F. CASSIBBA, *Le vittime di genere alla luce delle Convenzioni di Lanzarote e di Istanbul*, in *Vittima di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, a cura di M. BARGIS, H. BELLUTA, Torino, 2017, 70.

⁵ L. ALGERI, *Il c.d. Codice rosso: tempi rapidi per la tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, in *Dir. pen. proc.*, 10/2019, 1365-1366. I reati di violenza domestica e di genere formano un elenco differente e coincidente solo in parte con quello dei reati che comportano la "vulnerabilità presunta" di cui agli artt. 351, comma 1-*ter* e 362, comma 1-*bis*, c.p.p.), cui è riservato uno statuto speciale per la raccolta delle dichiarazioni da eseguire con la presenza di un esperto. Per i reati da "codice rosso" non inseriti in tale elenco, come le lesioni aggravate, la deformazione permanente del volto e la diffusione di immagini sessuali, si dovrà valutare in concreto se le vittime degli stessi rientrano o meno nella vulnerabilità "atipica" sulla base dei parametri previsti dall'art. 90-*quater* c.p.p.

⁶ A. MARANDOLA, *L'obbligo di immediata comunicazione della notizia di un reato da codice rosso*, in B. ROMANO-ID (a cura di), *Codice rosso. Commento alla l. 19 luglio 2019, n. 69, in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, Pisa, 2020, 22.

⁷ Procura della Repubblica presso il Tribunale di Cuneo, Legge 19/07/2019 n. 69 "*Modifiche al codice penale, al*

Da un lato, dunque, l'intervento novellistico si pone come il logico sviluppo di un itinerario normativo e giurisprudenziale teso a definire il contenuto della nozione di "delitti commessi con violenza alla persona", che trova il suo ingresso nell'ordinamento italiano con la legge n. 119 del 2013 sul femminicidio, concepita sulla scia della Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica. Dall'altro, introduce un'ulteriore ramificazione all'interno del codice, dettata con specifico riferimento alle persone offese dai predetti reati per la fase di avvio delle indagini preliminari, che va a completare il quadro già inaugurato sull'ascolto protetto della vittima minorenni di reati a sfondo sessuale o, comunque, in stato di particolare vulnerabilità in sede di assunzione di informazioni (artt. 351 comma 1-ter, 362 comma 1-bis e 391-bis comma 5-bis c.p.p.) e di incidente probatorio (artt. 392 comma 1-bis e 398 comma 5-bis e ter c.p.p.)⁸.

Partendo dal primo piano di analisi, adeguandosi alla Convenzione di Istanbul, il legislatore nel 2013 era intervenuto sulle norme processuali introducendo una serie di oneri informativi in favore della persona offesa da un delitto commesso con violenza alla persona⁹.

In primo luogo, attraverso l'inserimento del comma 2-bis nell'art. 299 c.p.p. e di un secondo periodo nel terzo comma della stessa norma, si è previsto l'obbligo di comunicazione immediata alla persona offesa (o al suo difensore), a cura della polizia giudiziaria, dei provvedimenti di revoca o di sostituzione delle misure cautelari ivi contemplate¹⁰, nonché l'onere, a carico del richiedente, di notificare alla medesima la

codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere" (Prot. 2509/19), in *www.procura.cuneo.it*, 8.

⁸ In ordine temporale, si ricordi la l. 66 del 1996 (Norme contro la violenza sessuale) con la quale è stato inserito il comma 1-bis all'art. 392 c.p.p.; sul piano sovranazionale, va menzionata Convenzione di Lanzarote, ratificata in Italia con la legge n. 172 del 2012, con la quale si dettano alcune norme di adeguamento dell'ordinamento interno volte a modificare il codice penale (introducendo i nuovi reati di adescamento di minorenni, anche attraverso Internet, e di istigazione e apologia di pratiche di pedofilia e di pedopornografia), il codice di procedura penale (introducendo nuove disposizioni agli artt. 351 comma 1-ter, 362 comma 1-bis e 391-bis comma 5-bis c.p.p., modificando gli artt. 282-bis, 380, 392 comma 1-bis c.p.p., 398 comma 5-bis, 407 comma 2 lett. a) n. 7-bis e 444 comma 1-bis c.p.p.) e l'ordinamento penitenziario; ad essa va ad affiancarsi la Direttiva 2012/29, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI, cui si è dato attuazione nell'ordinamento interno con il d. lgs. 212 del 2015 (inserendo nel codice di procedura penale gli artt. 90-bis, 90-ter, 90-quater; modificando gli artt. 90, 190 bis, 351 comma 1-ter, 362 comma 1-bis, 392 comma 1-bis, 398 comma 5-ter).

In estrema sintesi, da tale ultimo intervento normativo deriva l'affermazione della figura della vittima in stato di particolare vulnerabilità, la cui definizione sarebbe data dall'art. 90-quater c.p.p., equiparata sotto il profilo delle modalità di ascolto nella fase delle indagini, in sede di incidente probatorio e di esame testimoniale, nonché delle preclusioni probatorie di cui all'art. 190-bis c.p.p., al minore vittima di reati a sfondo sessuale.

⁹ Sui temi cfr. F. ZACCHÈ, *Il sistema cautelare a protezione della vittima*, in *Arch. Pen.* 3/2016, 10 e ss.

¹⁰ Le misure contemplate sono quelle dell'allontanamento dalla casa familiare (art. 282 bis c.p.p.), del divieto di avvicinamento ai luoghi presentati dalla persona offesa (art. 282 ter c.p.p.), del divieto e obbligo di dimora (art. 283 c.p.p.), degli arresti domiciliari (art. 284 c.p.p.) e della custodia cautelare in carcere o in una casa di cura (artt. 285 e 286 c.p.p.)

relativa richiesta a pena di inammissibilità¹¹; il tutto evidentemente al fine di instaurare un celerissimo contraddittorio cartolare attraverso la presentazione di memorie ai sensi dell'art. 121 c.p.p. nel breve termine di due giorni dalla notifica¹².

In secondo luogo, attraverso l'inserimento del comma 3-*bis* all'art. 408 c.p.p., si è previsto l'obbligo, a carico del pubblico ministero, di dare avviso alla persona offesa della richiesta di archiviazione nei casi di delitti commessi con violenza alla persona (a prescindere dal fatto che quest'ultima abbia richiesto di esserne informata) e l'elevazione a venti giorni del termine per proporre la relativa opposizione.

In terzo luogo, intervenendo sul primo comma dell'art. 415-*bis* c.p.p., si è esteso l'obbligo di notificare l'avviso di conclusione delle indagini preliminari anche alla persona offesa (o al suo difensore se nominato) dei delitti di cui agli artt. 572 e 612-*bis* c.p.p.

La genericità della nozione di "delitti commessi con violenza alla persona", in presenza dei quali dovrebbero sorgere tali oneri informativi, ha richiesto più interventi di chiarificazione del precetto, con i quali si è cercato di ripristinare il principio di legalità e di tipicità delle sanzioni processuali¹³.

Prioritariamente, va registrata l'esistenza di due orientamenti discordanti: l'uno riconnette la condotta violenta all'esistenza di un pregresso rapporto relazionale tra autore e vittima¹⁴; l'altro prescinde dalla tipologia del delitto, dal suo *nomen iuris* e dalla sua classificazione all'interno del Libro Secondo del codice penale e tiene conto del concreto atteggiarsi delle modalità della condotta, che dev'essere di fatto contraddistinto dalla "violenza alla persona" seppur in forma occasionale¹⁵.

Aderendo al primo orientamento, occorre stabilire se all'interno del

¹¹ Rilevabile d'ufficio fino al formarsi del giudicato, senza che possano verificarsi forme, non previste dalla legge, di sanatoria (Cass. pen., Sez. II, 4 luglio 2014, n. 29045; Cass. pen., Sez. VI, 19 febbraio 2015, n. 7636)

¹² Allo scopo di offrire alla autorità giudiziaria procedente la conoscenza di ulteriori elementi di valutazione pertinenti all'oggetto della richiesta (Corte di Cass. pen., Sez. III, 31 marzo 2015, n. 13610; conforme Cass. pen., Sez. I, 13 giugno 2014, n. 25402). V'è chi nega che si tratti di un vero e proprio contraddittorio cartolare, cfr. F. ZACCHÈ, *Il sistema cautelare a protezione della vittima*, cit., 14, osserva che, non essendovi alcun obbligo per il giudice di rispondere alle richieste della persona offesa o di tenerle in considerazione al momento della decisione (non ne deriverebbe quindi alcuna forma di invalidità), non può parlarsi di un vero e proprio contraddittorio cartolare. Nello stesso senso R. A. RUGGIERO, *La tutela processuale della violenza di genere*, in *Cass. Pen.*, 6/2014, 2357;

Nel senso di un vero e proprio contraddittorio cartolare, sebbene postumo, A. PROCACCINO, *L'avvento della persona offesa nelle dinamiche custodiali*, in A. DIDI-M. R. GERACI (a cura di), *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, Torino, 2015, 96. Si tratta di un interpello obbligatorio, infatti, il giudice è tenuto comunque ad aspettare che decorra il termine per la presentazione delle memorie.

¹³ C. BRESSANELLI, *La "violenza di genere" fa il suo ingresso nella giurisprudenza di legittimità: le Sezioni unite chiariscono l'ambito di applicazione dell'art. 408 co. 3 bis c.p.p.*, in *Dir. Pen. Cont.*, 21 giugno 2016. (Nota a sentenza).

¹⁴ Per cui non ci sarebbe un obbligo di preventiva notifica alla persona offesa nei casi in cui l'azione violenta sia occasionale come, ad esempio, può avvenire nel contesto di una rapina (Cass., Sez. II, 14 ottobre 2015, n. 43353, Quadrelli, in *CED*, 265094).

¹⁵ Cass., Sez. I, 29 ottobre 2015, n. 49339, Gallani, in *Dir. giust.*, 2015, 46, 24; Cass., Sez. I, 21 dicembre 2015, n. 14831, ric. Massidda; cfr. L. ALGERI, *Il c.d. Codice rosso: tempi rapidi per la tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, cit., 1371.

contenitore rientrassero solo condotte di violenza fisica (maltrattamenti familiari, violenza sessuale, lesioni personali) o anche ipotesi di minaccia e di violenza psicologica o morale, tipicamente presente, in forma reiterata, negli atti persecutori (cd. *stalking* ex art. 612-*bis* c.p.). Trattasi, peraltro, di un quesito già sorto in relazione all'ultimo comma dell'art. 649 c.p. (cioè sulla non operatività della causa di non punibilità dettata dal primo comma se il delitto contro il patrimonio è stato commesso con violenza alle persone) e sul quale si registrano opinioni discordanti.

Le Sezioni Unite, ripercorrendo l'iter di formazione della legge n. 119 del 2013 (di conversione del decreto legge n. 93 del 2013), evidenziano come l'espressione "*delitti commessi con violenza alla persona*" fosse stata estesa, in sede di esame in Commissione Giustizia alla Camera dei Deputati, dal solo art. 299 c.p.p. all'art. 408 comma 3-*bis* c.p.p. con l'intento di ampliare la portata applicativa della norma in conformità agli scopi della Direttiva 2012/29/UE e, quindi, all'estensione delle prerogative informative della persona offesa. Pertanto, le decisioni relative all'inazione e quelle concernenti la libertà personale dell'indagato rientrerebbero tra le vicende procedurali di cui la vittima ha il diritto ad avere conoscenza.

Lo spirito della legge sarebbe, quindi, quello di non interpretare restrittivamente la nozione di "*delitti commessi con violenza alla persona*", ma di riempirne i contenuti alla luce della Convenzione di Istanbul¹⁶. Questa, invero, fa riferimento alla violenza di genere, come forma di discriminazione contro le donne, che si estrinseca attraverso atti in grado di provocare sofferenza fisica, psicologica, sessuale ed economica "comprese le minacce di compiere tali atti" (art. 3 lett. a)¹⁷, e alla violenza domestica come quella che avviene all'interno di un nucleo familiare o tra attuali o precedenti coniugi o *partner* indipendentemente dal fatto che vi sia stata una convivenza (art. 3 lett. b)¹⁸.

¹⁶ Ratificata in Italia con la legge n. 77 del 2013.

¹⁷ In senso conforme alla riconducibilità delle condotte provocanti danni di natura psicologica, mentale od emotiva alla violenza di genere o domestica anche la Direttiva 2012/29/UE (premessa n. 17 e 18), la Direttiva 2011/36/UE per la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime e la Direttiva 2011/99/UE che istituisce l'Ordine di Protezione Europeo, richiedibile dalla persona offesa o anche solo potenziali vittime di reati che mettono in pericolo l'integrità fisica o psichica, la libertà personale, la sicurezza o l'integrità sessuale del soggetto da proteggere, sia che si tratti di violenze fisiche sia che le condotte si fermino allo stadio dell'intimidazione o della molestia.

¹⁸ Cfr. G. DALIA, *La risposta del sistema processuale penale per la tutela delle vittime di violenza di genere*, in *Arch. Pen.*, 1/2020, 4; sebbene la l. 119 del 2013 si sia ispirata alla nozione data dalla Convenzione di Istanbul, l'espressione "violenza domestica" compare solo nella misura di prevenzione dell'ammonimento ad opera del Questore ai sensi dell'art. 3 della l. 119/2013; «nei casi in cui alle forze dell'ordine sia segnalato, in forma non anonima, un fatto che debba ritenersi riconducibile ai reati di cui agli articoli 581, nonché 582, secondo comma, consumato o tentato, del codice penale, nell'ambito di violenza domestica, il questore, anche in assenza di querela, può procedere, assunte le informazioni necessarie da parte degli organi investigativi e sentite le persone informate dei fatti, all'ammonimento dell'autore del fatto. Ai fini del presente articolo si intendono per violenza domestica uno o più atti, gravi ovvero non episodici, di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra persone legate, attualmente o in passato, da un vincolo di matrimonio o da una relazione affettiva, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima» (comma 1); rendendo applicabili, in quanto compatibili, «le disposizioni dell'articolo 8, commi 1 e 2, del decreto legge 23 febbraio 2009, n. 11, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38» (comma 2).

Un elemento di incertezza è stato introdotto con l'enucleazione della condizione di particolare vulnerabilità¹⁹, generica²⁰ perché attuativa della Direttiva 2012/29/UE nella quale si delinea uno statuto protettivo della persona offesa nel procedimento penale indipendentemente dal tipo di reato o dalla qualità della vittima²¹.

A questo punto, l'indeterminatezza delle norme²² si scontra con le garanzie di tassatività in materia di sanzioni processuali (si pensi all'inammissibilità della richiesta di revoca o sostituzione della misura cautelare o nullità assoluta del provvedimento che si pronuncia su di essa *ex art. 299 c.p.p.* in caso di omessa notifica alla persona offesa o la nullità assoluta del decreto di archiviazione per violazione dell'art. 408 comma 3-*bis* c.p.p.) e di immediatezza rispetto alla prova testimoniale costituita dalle dichiarazioni della vittima (art. 190-*bis* c.p.p.²³).

Con maggiore determinatezza, infine, il legislatore del 2019 aggiunge un tassello al quadro appena delineato. Con il mutamento del ruolo della persona offesa all'interno del procedimento penale e l'affermazione di una visione vittimo-centrica, si è passati dal riconoscimento di prerogative partecipative sin dalla fase delle indagini preliminari alla predisposizione di norme *ad hoc* che prevengano il rischio di vittimizzazione secondaria; per riconoscere, infine, la necessità di intervenire con urgenza quando gli atti di violenza si inseriscono in un contesto domestico o, comunque, affettivo.

2. La velocizzazione dell'impulso procedimentale.

Nell'ambito delle indagini preliminari il legislatore concentra l'intervento di riforma sull'avvio del procedimento in ragione di evidenti esigenze di celerità, connesse

¹⁹ L'art. 90-*quater* c.p.p. definisce come condizione di particolare vulnerabilità quella desumibile dall'età e dallo stato di infermità o di deficienza psichica, dal tipo di reato, dalle modalità e circostanze del fatto per cui si procede; si valuta se il delitto sia stato commesso con violenza alla persona o con odio razziale o se sia riconducibile ad ambiti di criminalità organizzata o di terrorismo, anche internazionale o di tratta degli esseri umani, se si caratterizza per finalità di discriminazione o se la persona sia affettivamente, psicologicamente o economicamente dipendente dall'autore del reato.

²⁰ G. DALIA, *La risposta del sistema processuale penale per la tutela delle vittime di violenza di genere*, cit., 14-15, la distinzione tra vittima "tipica", cioè la persona offesa dal reato di maltrattamenti familiari o atti persecutori, e quella "atipica" rispetto alla quale vanno valutate le condizioni di particolare vulnerabilità e, quindi, l'opportunità si proceda nei suoi confronti alle modalità di ascolto speciali con ausilio dell'esperto (per l'assunzione di sommarie informazioni) ed intermediazione del giudice in sede di incidente probatorio.

²¹ La Direttiva 2012/29/UE costruisce una protezione potenzialmente valida per tutte le vittime, cfr. H. BELLUTA, *As is, to be: vittime di reato e giustizia penale tra presente e futuro*, in *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, a cura di M. BARGIS, Milano, 2013, 154. Per una critica sull'«anfibiologico» concetto di vulnerabilità come fondamento di politiche e istituti giuridici nella sua evoluzione storica v. M. VENTUROLI, *La vulnerabilità della vittima di reato quale categoria a "geometria variabile" del diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2018, 601 e ss.

²² Sulla vaghezza delle definizioni elaborate in seno al Consiglio d'Europa «dal sapore programmatico» v. F. CASSIBBA, *Le vittime di genere alla luce delle Convenzioni di Lanzarote e di Istanbul*, 72.

²³ L'art. 14 della l. 69 del 2019 innalza da sedici a diciotto anni il limite di età per i quali vige la regola dell'inammissibilità della prova dichiarativa costituita dalle dichiarazioni della vittima già raccolte in sede di incidente probatorio.

al rischio della messa in pericolo o della lesione dell'integrità fisica o morale della persona offesa o di ripensamento da parte della vittima stessa.

Lo strumento penale, a fronte di delitti contraddistinti da un'*escalation* di violenza, per tutelare in modo effettivo e concreto il diritto alla vita (art. 2 CEDU), deve operare in via preventiva mediante una sinergia di mezzi.

L'obiettivo è quello di costruire un cerchio protettivo che va dall'immediata instaurazione del procedimento, con la possibilità di interventi cautelari²⁴ e di prevenzione²⁵ e, quindi, di impedire la reiterazione delle condotte violente o la progressione criminosa, al tempestivo ascolto della persona offesa fin tanto che la sua autodeterminazione e le sue intenzioni di reagire alla violenza non si attenuino.

La consapevolezza della necessità di un sistema protettivo di questo tipo deriva

²⁴ Fermo restando che la custodia cautelare continua ad essere quella maggiormente utilizzata per il "contrasto" ai delitti più gravi commessi in un contesto familiare o affettivo, o contro la libertà sessuale, a danno di minori, donne, ecc., cui si affianca la misura degli arresti domiciliari (ai sensi dell'art. 284 comma 1-*bis* c.p.p., nell'applicazione della misura degli arresti domiciliari, il giudice deve considerare le prioritarie esigenze della persona offesa, sono state via via introdotte nuove misure cautelari: art. 282-*bis* c.p.p. (allontanamento dalla casa familiare), previsto dalla l. 154 del 2001 (contro la violenza nelle relazioni familiari) – misura che ai sensi del comma sesto può essere disposta anche al di fuori dei limiti di pena previsti dall'art. 280, anche con le modalità di controllo previste dall'art. 275-*bis* c.p.p. (come il cd. braccialetto elettronico) – e art. 282-*ter* c.p.p. (divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa), introdotto dalla l. 38 del 2009 (di conversione del d.l. 11 del 2009, il cd. "pacchetto sicurezza"). Il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa può essere disposto anche con l'applicazione del braccialetto elettronico (art. 282 *ter* c.p.p. mod. dalla L. n. 69 del 2019).

Infine, tra le misure interdittive vi è quella della «sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale», cumulabile ai sensi dell'art. 275, co. 3, c.p.p., come novellato dalla l. 47 del 2015, con una misura coercitiva; su questi temi cfr. F. ZACCHE', *Il sistema cautelare a protezione della vittima*, cit., *passim*; l'ordinamento interno è stato chiamato ad adeguarsi all'art. 18 Direttiva 2012/29/UE, per cui gli Stati membri dovrebbero assicurare la sussistenza di «misure per proteggere la vittima e i suoi familiari da vittimizzazione secondaria e ripetuta, intimidazioni e ritorsioni, compreso il rischio di danni emotivi o psicologici (...). Se necessario, tali misure includono anche procedure istituite ai sensi del diritto nazionale ai fini della protezione fisica della vittima e dei suoi familiari», e alla Convenzione di Istanbul, che – all'art. 53 – parla di ordinanze di ingiunzione o di protezione e – all'art. 56 – di misure di protezione (tra le quali rientrano gli oneri informativi sullo *status liberatis* dell'autore delle violenze, sui diritti e i servizi spettanti alla vittima, sullo *status* del procedimento – esito della denuncia, capi di accusa, andamento generale delle indagini, sul proprio ruolo nel procedimento e sulla conclusione del giudizio; nonché le prerogative partecipative e le modalità di ascolto protette).

²⁵ Il co. 4 dell'art. 9 della l. 69/2019 è intervenuto sull'art. 4 comma 1, lettera i-*ter* del D.Lgs. n. 159/11 (Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione), estendendo al reato di cui all'art. 572 c.p. la disciplina già prevista per quello di cui all'art. 612-*bis* c.p. Per effetto di questa modifica sarà applicabile anche all'indiziato del delitto di maltrattamenti la sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, cui può essere aggiunto, se le circostanze del caso lo richiedano, il divieto di soggiorno in uno o più comuni, diversi da quelli di residenza o di dimora abituale o in una o più regioni. Quando le altre misure di prevenzione non siano ritenute idonee può essere imposto all'indiziato l'obbligo di soggiorno nel comune di residenza o di dimora abituale. Infine, anche all'indiziato di questo delitto, con il consenso dell'interessato, potrà essere applicato il c.d. braccialetto elettronico, una volta che ne sia stata accertata la disponibilità (art. 6 del D.Lgs. n. 159/2011). L'ulteriore modifica ha riguardato l'art. 8, comma 5, prevedendo che, con l'applicazione della misura di prevenzione, il Tribunale può imporre agli indiziati dei reati di cui agli art. 572 e 612-*bis* c.p. la prescrizione del "divieto di avvicinarsi a determinati luoghi frequentati abitualmente dalle persone cui occorre prestare protezione o da minori".

dalla recente vicenda Corte Edu *Talpis c. Italia*²⁶, per la quale lo Stato italiano è stato condannato per violazione degli obblighi positivi di protezione delle persone vulnerabili (tra le quali rientrano le vittime di violenza domestica)²⁷, derivanti dagli artt. 2 e 3 della Convenzione in relazione al diritto alla vita e al divieto di trattamenti inumani e degradanti, nonché al divieto di discriminazione (art. 14 CEDU)²⁸.

La Corte Edu chiarisce che la presenza nell'ordinamento italiano di un apparato astrattamente idoneo a contrastare fenomeni criminosi riconducibili alla violenza di genere o domestica²⁹ non soddisfa di per sé gli obblighi positivi derivanti dalla CEDU e dalla Direttiva 2012/29/UE; è necessario che l'autorità nazionale sia in grado di riconoscere un rischio reale e imminente e adotti le misure protettive del caso³⁰. Allo stesso tempo, sorgono una serie di oneri procedurali per la polizia giudiziaria e l'autorità giurisdizionale, tra i quali vi è quello di avviare il procedimento penale con tempestività³¹.

Già nel maggio del 2019 il Consiglio Superiore della Magistratura³² aveva sottolineato l'esigenza di una "sollecitudine definitiva" riguardo alle linee guida in tema di organizzazione e buone prassi per la trattazione dei procedimenti relativi ai reati in questione, invitando i dirigenti degli uffici giudiziari ad adottare le misure idonee a tal fine e a favorire la specializzazione dei magistrati ed il coordinamento con Enti locali, strutture sanitarie, centri antiviolenza, ecc.³³.

Nella stessa circolare si dedica una particolare attenzione alla valutazione del rischio, ossia all'opportunità di individuare dei criteri che consentano di riconoscere e valutare il pericolo a cui è sottoposta la vittima e che fungano da guida per la polizia giudiziaria nell'adozione di misure pre-cautelari o per il pubblico ministero e il giudice

²⁶ Corte E.D.U., Sez. I, ricorso n. 41237/14, sent. 2 marzo 2017, *Talpis c. Italia*. Per un'analisi dettagliata del caso M. G. RUO, *Caso Talpis: Stereotipi e sottovalutazioni, un'Italia senza politiche*, in *Guida al Diritto*, n. 37 del 7 settembre 2019, 59 e ss.

²⁷ A. MARANDOLA, *L'obbligo di immediata comunicazione della notizia di un reato da codice rosso*, cit., 17.

²⁸ Per la reiterata tolleranza nei confronti di condotte contraddistinte da violenza di genere, cioè da un'attitudine discriminatoria nei confronti della donna. Omettendo di intervenire, le autorità italiane avrebbero di fatto sottovalutato la gravità delle condotte autorizzandone la prosecuzione.

In quel caso, alla denuncia della vittima per maltrattamenti familiari, lesioni e minacce, con la quale si era richiesta altresì l'adozione di misure protettive urgenti per sé e per i suoi figli, non era seguita alcuna risposta, né si era compiuto alcun atto di indagine. Solo dopo sette mesi, la persona offesa veniva sentita dalla Polizia Giudiziaria e rettificava le dichiarazioni rese in sede di denuncia. Il pubblico ministero, ignorando l'esistenza di episodi di violenza in quel frangente temporale, chiedeva l'archiviazione. Tuttavia, dopo aver ricevuto l'atto di citazione dinnanzi al giudice di pace per le lesioni, l'uomo uccideva il figlio e tentava di uccidere la donna; v. R. CASIRAGHI, *La Corte di Strasburgo condanna l'Italia per la mancata tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, in *Dir. Pen. Cont.*, 3/2017, 378 e ss.;

²⁹ Con misure di contrasto alla violenza sessuale, l'introduzione del delitto di atti persecutori e degli obblighi informativi in favore della vittima, con la possibilità di entrare in contatto con centri antiviolenza, ecc.

³⁰ A. MARANDOLA, *L'obbligo di immediata comunicazione della notizia di un reato da codice rosso*, cit., 16-17.

³¹ F. CASSIBBA, sub art. 3, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. UBERTIS - F. VIGANÒ, Torino, 2016, 84 e ss.

³² Consiglio Superiore della Magistratura, Risoluzione del 9 maggio 2018.

³³ G. AMATO, *Colpo di acceleratore sulla trattazione delle notizie di reato*, in *Guida al Diritto*, 37/2019, 66.

nell'applicazione di misure cautelari o misure di sicurezza provvisorie e altri provvedimenti di protezione (come gli ordini di protezione del giudice civile e l'accoglienza nelle case di rifugio)³⁴.

Un ulteriore supporto nell'interpretazione del fenomeno criminoso è fornito dai documenti ufficiali³⁵, ove si esplica la distinzione tra violenza e conflittualità. L'elemento discriminante è dato dall'asimmetria dei poteri, cioè dall'esistenza di posizioni di forza che consentano la sopraffazione di una parte sull'altra (di natura economica, sociale, relazionale, culturale). In presenza di indici sintomatici, quali l'isolamento del *partner* dal suo mondo sociale (familiari e amici), gelosia eccessiva, denigrazione e svilimento della donna nelle scelte familiari, gestione tirannica delle risorse economiche, ludopatia, alcool dipendenza e tossicodipendenza, non responsabilizzazione rispetto alla famiglia, non collaborazione all'interno della stessa, rifiuto alla richiesta di separazione, se la persona offesa non si presenta a rendere dichiarazioni anche se citata, la polizia giudiziaria, che interviene nell'immediatezza del fatto, sarà orientata ad escludere la lite familiare e a comunicare immediatamente la notizia di reato.

In sede di riforma, poi, si è optato per un intervento sulla regola generale dettata dall'art. 347 c.p.p., in base al quale la *notitia criminis* andrebbe trasmessa dalla polizia giudiziaria per iscritto e "senza ritardo" al pubblico ministero. Si è estesa la deroga dettata dal terzo comma della stessa norma per i delitti di cui all'art. 407 comma 2 lett. a) n. 1-6 c.p.p. (tra i quali omicidio, rapina, estorsione, strage e i reati di associazionismo mafioso o con finalità di terrorismo)³⁶ ai delitti di violenza di genere e domestica. L'operazione si fonda sulla matrice comune di tali reati: ancora la logica emergenziale³⁷.

La *ratio* della deviazione dall'*iter* ordinario, con la restrizione del termine della comunicazione dal "senza ritardo" all'*immediatamente* e la forma orale (cui segue l'informativa scritta), è quella di garantire un pronto intervento del pubblico ministero nella direzione delle indagini a fronte di reati di estremo allarme sociale, alcuni dei quali richiedono indagini complesse e/o coordinate affidate alle procure distrettuali territorialmente competenti³⁸.

Da una prospettiva socio-giuridica, il fenomeno della violenza di genere ha destato un forte allarme sociale per la massiccia diffusione e per la recrudescenza e l'efferatezza che caratterizzano le condotte criminose integranti tali reati³⁹. Ciò ne

³⁴ A. MARANDOLA, *L'obbligo di immediata comunicazione della notizia di un reato da codice rosso*, cit., 19.

³⁵ Proposte di coordinamento e buone prassi tra gli uffici – report dei gruppi di lavoro - Scandicci 13 – 15 maggio 2019, consultabile su http://www.procura.tivoli.giustizia.it/documentazione/D_7565.pdf.

³⁶ Più volte richiamati da numerose disposizioni per individuare una particolare e più rigorosa disciplina a conferma del particolare rilievo ad essi attribuiti (artt. 301, co. 2-bis, 303, 307, 335, co. 3, 405 co. 2, ecc. c.p.p.).

³⁷ Dalla riscoperta della vittima agli interventi di natura emergenziale, v. F. CASSIBBA, *Le vittime di genere alla luce delle Convenzioni di Lanzarote e di Istanbul*, in *Vittima di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, a cura di M. BARGIS, H. BELLUTA, Torino, 2017, 68.

³⁸ Si pensi ai delitti commessi in forma associativa di cui all'art. 51 comma 3-bis c.p.p. o avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis c.p. o al fine di agevolare l'attività di tali associazioni, di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope ex art. 74 D.P.R. n. 309/90 o al contrabbando di tabacchi lavorati esteri ex art. 291-quater D. lgs. n. 43/73.

³⁹ C. CORRADI, *Il femminicidio in Italia. Dimensioni del fenomeno e confronti internazionali*, in F. CIMAGALLI (a cura di), *Le politiche contro la violenza di genere nel welfare che cambia. Concetti, modelli e servizi*, Franco Angeli,

spiegherebbe la sua inclusione nella deroga.

Si è, tuttavia, osservato come la novella si sia limitata a fornire una risposta in termini repressivi-protezionistici, non valorizzando, la dimensione culturale della questione⁴⁰. L'intervento panpenalistico "a costo zero", invero, non apporta alcun potenziamento delle strutture, come i Centri Antiviolenza e le Case Rifugio, essenziali per il realizzarsi delle "precondizioni" per la tutela penale della vittima, ossia per la presa di consapevolezza del torto subito, per l'elaborazione degli accadimenti e la maturazione dell'autodeterminazione a (re)agire, nonché la fondamentale protezione in luoghi protetti; allo stesso modo rimangono invariate le risorse per le strutture pubbliche, come i Servizi Sociali e i Consultori delle Asl. Si è anche osservato che sarebbe stata opportuna la costituzione di Corpi di polizia giudiziaria specializzati, come avviene per altre forme di criminalità (criminalità organizzata, antidroga, polizia postale e ferroviaria, antisofisticazione etc.)⁴¹.

V'è da chiedersi quale sia la portata innovativa della modifica apportata dall'art. 1 della l. 69/2019. L'espressione "senza ritardo", operante per la generalità dei casi, è stata letta nel senso di voler consentire alla polizia giudiziaria il compimento di attività di indagine anche oltre le quarantotto ore (termine originariamente previsto prima della modifica apportata dal d.l. n. 306/1992), ma senza indugio eccessivo, cioè in modo tale da non compromettere la persecuzione del reato⁴².

Fermo restando un certo margine di discrezionalità sulle tempistiche in capo alla polizia giudiziaria, chiamata ad una minima attività di "approfondimento" sulle modalità del fatto, sulla condotta dell'agente e sull'evento⁴³, l'inerzia ingiustificata renderebbe contestabile all'organo il reato di omessa denuncia da parte del pubblico ufficiale (art. 361 c.p.)⁴⁴.

La novella elimina, invece, per i reati inseriti nel terzo comma, ogni forma di discrezionalità della polizia giudiziaria sulla valutazione delle "ragioni di urgenza" (art. 347 comma 3 c.p.p.) introducendo una presunzione assoluta, non espressamente sanzionata, ma pur sempre riconducibile alla prescrizione contenuta nell'art. 124 c.p.p., in base al quale sussiste l'obbligo (in capo ai magistrati, agli agenti di polizia giudiziaria, gli ufficiali giudiziari, ai cancellieri e agli ausiliari del giudice) di osservanza delle norme del codice di rito anche in assenza di una comminatoria di nullità o altra sanzione

Milano, 2014, 157 e ss.

⁴⁰ G. MOSCHELLA, *La disciplina legislativa sulla violenza di genere nell'ordinamento italiano: luci ed ombre*, in M. A. COCCHIARA (a cura di), *Violenza di genere, politica e istituzioni*, Milano, 2014.

⁴¹ Attualmente esistono sezioni dedicate presso le Squadre Mobili della Questura e i Comandi Provinciali dei Carabinieri, ma presso i servizi di polizia giudiziaria del territorio è rimesso alla concreta organizzazione territoriale l'individuazione del personale addetto alla materia; su tutti questi punti v. *Prime linee guida per l'applicazione della legge n. 69/2019 (cd. Codice Rosso)*, Prot. N° 1229/19 del 31 luglio 2019, della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Tivoli.

⁴² A. GIARDA – G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2017, II, 389.

⁴³ L. D'AMBROSIO – P. L. VIGNA, *La pratica di polizia giudiziaria*, Padova, 2003, 176.

⁴⁴ Le espressioni "senza ritardo" e "immediatamente", pur non imponendo termini precisi e determinati, indicano attività da compiere in un margine ristretto di tempo, e cioè non appena possibile, tenuto conto delle normali esigenze di un ufficio pubblico onerato di un medio carico di lavoro (Cass., Sez. I, 19 marzo 2007, n. 18457, *Orlandi ed a.*, CED 236501).

processuale⁴⁵.

Stante, infatti, la presenza di una clausola di apertura nel terzo comma dell'art. 347 c.p.p., per la quale si procede nelle forme accelerate “in ogni caso, quando sussistono ragioni di urgenza”, la previsione specifica del novero dei delitti di cui agli artt. 572, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies, 612-bis e 612-ter del codice penale, ovvero dagli artt. 582 e 583-quinquies c.p. nelle ipotesi aggravate ai sensi degli artt. 576, primo comma, numeri 2, 5 e 5.1, e 577, primo comma, numero 1, e secondo comma c.p., non potrebbe che voler sancire una presunzione assoluta di urgenza rispetto a fenomeni criminosi in cui l'attesa, anche minima, comporta spesso un aggravamento delle conseguenze dannose o pericolose.

Ciò non escluderebbe, comunque, una selezione dei casi che presentano maggiori criticità, che tenga conto della fattispecie di reato, della gravità dei fatti risultante in concreto e della limitatezza delle risorse disponibili. La comunicazione indiscriminata *ad horas* senza ulteriori approfondimenti finirebbe per tradire lo stesso spirito della normativa⁴⁶, provocando – nelle sue applicazioni pratiche – un effetto contrario a quello voluto, cioè un flusso indiscriminato di notizie di reato che avrebbe richiesto una pur minima attività di indagine e, quindi, un *ping-pong* tra il pubblico ministero assegnatario e la polizia giudiziaria⁴⁷.

Alla luce di tali considerazioni la Procura presso il Tribunale di Tivoli ha confermato la diversa tempistica specificata nella direttiva alla polizia giudiziaria n. 2 del 29 aprile 2019, adottata prima dell'entrata in vigore del c.d. Codice Rosso, stabilendo:

a) *immediata comunicazione* al pubblico ministero di turno per i delitti di violenza sessuale e per quelli che richiedono immediate direttive;

b) *immediato* deposito della comunicazione della notizia di reato qualora la polizia giudiziaria ravvisi l'opportunità di adottare una misura cautelare, con contestuale contatto della stessa polizia giudiziaria col pubblico ministero assegnatario al fine di esporre i fatti e le ragioni dell'urgenza;

c) *tempestivo* deposito delle altre comunicazioni di notizie di reato contenenti l'esito di tutte le attività predeterminate nella direttiva adottata.

In sintesi, acquisita la notizia di reato, la polizia giudiziaria avrà sempre il dovere di porre in essere tutti gli atti necessari a verificare la situazione di pericolo, a stabilire l'urgenza del caso e dare attenzione a quelli più meritevoli, ma con la maggiore rapidità possibile. Deve trattarsi comunque di una comunicazione che consenta al pubblico ministero di determinarsi, di dare le prime direttive e di procedere all'ascolto della vittima⁴⁸.

Nei reati procedibili a querela, la mancanza della condizione di procedibilità non

⁴⁵ Con risvolti sul piano della responsabilità disciplinare, cfr. A. MARANDOLA, *L'obbligo di immediata comunicazione della notizia di un reato da codice rosso*, cit., 23.

⁴⁶ Cfr. Procura della Repubblica presso il Tribunale di Cuneo, *Legge 19/07/2019 n. 69*, cit., 7.

⁴⁷ Secondo una delle linee interpretative fornite alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Tivoli, *Prime linee guida per l'applicazione della legge n. 69/2019 (cd. Codice Rosso), Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere del 31 luglio 2019*, 24; cfr. G. AMATO, *Colpo di acceleratore sulla trattazione delle notizie di reato*, cit., 67.

⁴⁸ Cfr. Procura della Repubblica presso il Tribunale di Cuneo, *Legge 19/07/2019 n. 69*, cit., 10.

farà venir meno l'obbligo di immediata comunicazione per la polizia giudiziaria.

Infatti, nonostante il difetto di coordinamento, dovrebbe valere ugualmente la regola generale dettata dall'art. 112 disp. att. c.p.p., in base al quale in presenza dei delitti di cui all'art. 407 comma 2 lett. a) n. 1-6 c.p.p. o quando sussistono ragioni di urgenza, la polizia giudiziaria riferisce immediatamente ed in forma orale sulle attività di indagine compiute ai sensi dell'art. 346 c.p.p., cioè in mancanza di una condizione di procedibilità. L'assenza di quest'ultima non preclude, in ogni caso, il compimento degli atti necessari ad assicurare le fonti di prova fin tanto che essa possa ancora sopravvenire. Fermo restando, che dovrà poi essere trasmessa anche l'informativa scritta con la documentazione relativa alle attività investigative compiute prima⁴⁹ e dopo la comunicazione orale della *notitia criminis* (art. 348 c.p.p.). Né tanto meno osta all'instaurazione del procedimento e, quindi, all'iscrizione della notizia di reato nell'apposito registro da parte del pubblico ministero⁵⁰, il quale potrebbe anche ritenere di iscrivere a modello 45, come atto non costituente notizia di reato, un'eventuale pseudo-notizia che postuli il compimento di atti di accertamento per la sua compiuta qualificazione.

Secondo le regole generali, la garanzia di tipicità dell'informativa assicura il rispetto del requisito minimo della comunicazione della *notitia criminis*: consente di delineare gli elementi essenziali del reato seppur nei limiti rigorosi della mera descrizione di dati cognitivi relativi all'esistenza di un fatto penalmente rilevante. Il *fumus* di rilevanza penale del fatto fa sorgere l'obbligo di informare il pubblico ministero⁵¹ e, allo stesso tempo, circoscrive i contenuti stessi dell'informativa (modalità del fatto, condotta, evento, identità delle persone informate sui fatti).

Per quanto riguarda la comunicazione orale, non può dirsi tale - ai sensi dell'art. 347 comma 3 c.p.p. - un mero contatto telefonico tra la polizia giudiziaria e il pubblico ministero se non vengono riferiti tutti gli elementi richiesti dal primo comma (gli elementi essenziali del fatto e gli altri elementi sino ad allora raccolti, indicando le fonti di prova e le attività compiute).

Dunque, il riferimento agli elementi essenziali del fatto contenuto nell'art. 347 comma 1 c.p.p. e l'esigenza di evitare che la polizia giudiziaria esprima una valutazione sulla qualificazione giuridica dello stesso inducono ad escludere che la sussistenza della condizione di procedibilità sia un pre-requisito della comunicazione della notizia di reato. Solo a seguito della qualificazione giuridica del fatto è possibile stabilire il regime di procedibilità del reato oggetto di investigazione, quindi l'obbligo di informativa

⁴⁹ Pacificamente si ravvisa, prima dell'apertura delle indagini, di un momento pre-procedimentale, in cui l'attività del pubblico ministero e degli organi ausiliari è finalizzata alla ricerca della notizia di reato (D. POTETTI, *Attività del pubblico ministero diretta all'acquisizione della notizia di reato e ricerca della prova*, in *Cass. Pen.*, 1995, 137; A. ZAPULLA, *Le indagini per la formazione della notizia criminis: il caso della perquisizione seguita da sequestro*, in *Cass. Pen.*, 1996, 1878; M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni per gli studenti*, Bologna, 1989, 112; R. APRATI, *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, Napoli, 2010, 6; A. MARANDOLA, *I registri del pubblico ministero fra notizia di reato ed effetti procedurali*, Padova, 2001, 379).

⁵⁰ G. CONSO - V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, CEDAM, Milano 2016, 476.

⁵¹ G. CONSO - V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, cit., 482.

riguarda tutti i reati indistintamente, a prescindere dalla procedibilità d'ufficio⁵². In questa prospettiva, qualora si ritenga di dividerne i presupposti⁵³, la risposta al quesito già postosi *ante-riforma* non varia.

Si è osservato, inoltre, che la disposizione dettata dall'art. 1 della l. 69 del 2019 introduce una prima previsione legislativa dei criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale, che, implicando scelte di politica criminale, prerogativa dell'organo legislativo, sarebbe auspicabile rispetto alla consolidata prassi per cui ciascuna Procura della Repubblica si dota del proprio ordine di urgenza⁵⁴.

3. Tre giorni per l'assunzione di informazioni da parte del pubblico ministero.

L'art. 2 della l. 69 del 2019 interviene sull'art. 362 c.p.p. introducendo un comma *1-ter*, in base al quale, per i delitti di violenza di genere e domestica, il pubblico ministero deve assumere informazioni dalla persona offesa o da chi ha denunciato i fatti di reato⁵⁵ entro tre giorni dall'iscrizione della *notitia criminis*. La norma dà attuazione agli artt. 10 e 20 della Direttiva 2012/29/UE, che prevedono il diritto della vittima ad essere sentita nel corso del procedimento penale e a fornire elementi di prova e il diritto alla protezione

⁵² A. GIARDA – G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, cit., 391.

⁵³ Nel senso dell'imprescindibilità della qualificazione giuridica del fatto (sottratta alle valutazioni della polizia giudiziaria) per stabilire il regime di procedibilità LA MARCA, sub *Art. 347 c.p.p.*, in *Comm. Chiavario IV*, 124, SCAGLIONE, *L'attività ad iniziativa della polizia giudiziaria*, Torino, 2000, 52; *contra* AMATO – D'ANDRIA, *Organizzazione e funzioni della polizia giudiziaria nel nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1990.

⁵⁴ P. FERRUA, *I criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale*, in *Cass. Pen.*, 1/2020, 13.

Più indietro nel tempo, si potrebbe individuare come possibile criterio normativo quello dettato dall'art. 227, d.lgs. 19 febbraio 1988, n. 510 (istitutivo del giudice unico in primo grado), che individua tra i criteri di priorità che dovrebbero seguire gli uffici giudiziari nello stabilire un ordine nell'esame dei procedimenti pendenti: l'interesse della persona offesa insieme alla gravità, alla concreta offensività dell'illecito ed al pregiudizio che può arrivare dal ritardo per la formazione della prova e per l'accertamento dei fatti. Da un lato, dunque, si è inteso dare un ordine per la rapida definizione dei processi, dall'altro si riconosce la necessità di garantire l'intervento dell'offeso, come già era avvenuto in sede di opposizione al decreto penale di condanna; cfr. T. BENE, *La persona offesa tra diritto di difesa e diritto alla giurisdizione: le nuove tendenze legislative*, in *Arch. Pen.*, 2/2013, 487 e ss.; richiama A. SCALFATI, *Le nuove prospettive del decreto penale*, in *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di PERONI, Milano, 2000, 521; C. IASEVOLI, voce *Persona offesa dal reato*, in *Enc. Giur. Treccani*, 2007, 3.

Più deciso, invece, è stato l'intervento sull'art. 132-*bis* disp. att. ad opera della l. 119 del 2013, che ha introdotto la lett. a-*bis* inserendo i delitti di maltrattamenti familiari, di violenza sessuale (anche di gruppo) e di atti persecutori tra le priorità nell'ordine di formazione dei ruoli di udienza e di trattazione dei processi. In realtà tali delitti rientravano già nel campo di applicazione della lett. b), che riguarda i «delitti puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni» e, potenzialmente, nella lett. d) nel caso in cui «l'indagato sia stato sottoposto ad arresto o fermo di indiziato di delitto, ovvero a misura cautelare personale, anche revocata o la cui efficacia sia cessata», A. MARANDOLA, *L'obbligo di immediata comunicazione della notizia di un reato da codice rosso*, cit., 15.

⁵⁵ La norma dispone che «il pubblico ministero assume informazioni dalla persona offesa e da chi ha presentato denuncia, querela o istanza». Il termine «istanza» andrebbe letto nel senso di «segnalazione» proveniente dal Centro antiviolenza o qualsiasi altro presidio quale Servizi sociali, Servizi di neuropsichiatria infantile o servizi ospedalieri in genere e simili (Procura della Repubblica presso il Tribunale di Cuneo, Legge 19/07/2019 n. 69, cit., 14).

durante le indagini, il cui corollario è che gli Stati membri provvedano affinché l'audizione della vittima si svolga senza indebito ritardo, dopo la presentazione della denuncia, e che l'atto non sia ripetuto se ciò non sia strettamente necessario ai fini dell'indagine.

Segue, quindi, alla previsione delle modalità di ascolto speciali (con ausilio dell'esperto), dettate dal comma 1-*bis* della stessa norma per la vittima minorenni di un delitto a sfondo sessuale o per quella maggiorenne in stato di particolare vulnerabilità (ai sensi dell'art. 90-*quater* c.p.p.), l'imposizione di un termine stringente, che è stato definito ordinario nelle sue prime applicazioni e letture, vista l'assenza di una comminatoria di nullità o inutilizzabilità dell'atto compiuto oltre il termine⁵⁶. Ciò non giustifica l'elusione della norma, che andrebbe comunque intesa in termini di "tassativa necessità"⁵⁷.

Sul punto il Consiglio Superiore della Magistratura⁵⁸ ha osservato come l'eccessiva rigidità del termine leda l'autonomia investigativa riconosciuta al pubblico ministero in base all'art. 327 c.p.p., in modo che l'organo inquirente non riesca in concreto nemmeno a valutare la sussistenza delle ipotesi di deroga dettate dalla stessa norma o la superfluità dell'atto che risulti inutile *prima facie*⁵⁹.

"Le imprescindibili esigenze di tutela di minori di anni diciotto" richiamano presumibilmente le modalità di ascolto protette per la vittima in stato di particolare vulnerabilità, che implicano l'ausilio di un esperto in psicologia e psichiatria la cui presenza potrebbe non essere compatibile con il brevissimo termine di tre giorni per il compimento dell'atto⁶⁰.

Un'altra possibile ipotesi di deroga potrebbe sorgere in presenza dell'esigenza di disporre una consulenza tecnica che accerti l'attitudine del minore a testimoniare, ossia della sua capacità di 'dire il vero' in quelle circostanze, che assume una funzione prodromica rispetto alla successiva valutazione giudiziale di attendibilità delle dichiarazioni⁶¹.

Il motivo di deroga connesso alla riservatezza delle indagini⁶² potrebbe

⁵⁶ Anche in questo caso ferma restando la possibilità di una responsabilità disciplinare in virtù dell'art. 124 c.p.p. In questo senso A. MARANDOLA, *La norma cardine del sistema processuale: l'assunzione delle informazioni da parte della persona offesa*, cit., 35; G. AMATO, *Spazio alla delega dell'obbligo di sentire la persona offesa*, in *Guida al Diritto*, 37/2019, 71; Procura della Repubblica presso il Tribunale di Cuneo, *Legge 19/07/2019 n. 69*, cit., 15; Parere del Consiglio Superiore della Magistratura, delibera 8 maggio 2019, 15.

⁵⁷ Procura della Repubblica presso il Tribunale di Tivoli, *Prime linee guida per l'applicazione della legge n. 69/2019 (cd. Codice Rosso)*, cit., 26.

⁵⁸ Parere del Consiglio Superiore della Magistratura, delibera 8 maggio 2019, 15.

⁵⁹ L'assunzione di informazioni potrebbe risultare non urgente o del tutto inutile; si pensi al caso in cui la denuncia sporta dalla vittima sia perfettamente esaustiva e dettagliata.

⁶⁰ Cfr. G. AMATO, *Spazio alla delega dell'obbligo di sentire la persona offesa*, cit., 71; Procura della Repubblica presso il Tribunale di Cuneo, *Legge 19/07/2019 n. 69*, cit., 19.

⁶¹ v. *Relazione sulla Legge 19 luglio 2019, n. 69, Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione, n. 62/19, in *www.cortedicassazione.it*, 5; (sul tema v. C. IASEVOLI, *Il minore "fonte di prova"*, *Tra assiologia ed effettività*, Napoli, 2012, 136).

⁶² G. AMATO, *Spazio alla delega dell'obbligo di sentire la persona offesa*, cit., 72.

riguardare la scelta del pubblico ministero di far ricorso a mezzi di ricerca della prova “a sorpresa”, come delle intercettazioni, o l’eventualità che la notizia di reato sia sorta nel corso di un altro procedimento per reati diversi, i cui gli atti siano ancora coperti dall’obbligo di segreto, o, ancora, la mancanza di volontà della vittima di collaborare nell’immediatezza dei fatti⁶³.

Oltre a ciò, la necessità di preservare la riservatezza delle indagini “anche nell’interesse della persona offesa” dovrebbe consentire al pubblico ministero di disporre, ad esempio, del tempo materiale per valutare l’opportunità di una citazione della vittima presso il proprio domicilio.

Quanto all’ambito applicativo della disposizione, va evidenziata l’asimmetria rispetto all’elencazione di delitti contenuta nel novellato art. 347 comma 3 c.p.p. Non è prevista l’accelerazione nel compimento dell’atto per il reato di “revenge porn” (art. 612-ter c.p.) e quello di deformazione permanente del volto (art. 583-quinquies c.p.).

Tuttavia, come già osservato in riferimento all’omessa previsione dei delitti di tentato omicidio e di costrizione o di induzione in matrimonio (art. 558-bis c.p.) all’interno del comma terzo dell’art. 347 c.p.p., l’ambito applicativo delle disposizioni introdotte dalla l. 69 del 2019 andrebbe determinato tenendo conto delle disposizioni nel loro complesso, alla luce della *ratio* dell’intervento normativo e, di conseguenza, esteso a qualsiasi delitto commesso in un contesto familiare o affettivo che presenti in concreto il carattere di urgenza e non rinviabilità dell’ascolto della vittima⁶⁴.

Alla tradizionale funzione di consentire al pubblico ministero l’assunzione di informazioni utili per le indagini, cioè “per le determinazioni inerenti all’esercizio dell’azione penale” ex art. 326 c.p.p., si somma quella di rendere possibile la “valutazione del rischio”⁶⁵ di reiterazione e di *escalation* della violenza, già rimessa – in prima battuta – alla polizia giudiziaria (o al presidio ospedaliero eventualmente intervenuto in soccorso della vittima⁶⁶) e di evitare la ritrattazione delle dichiarazioni rese in sede di denuncia.

La formulazione della norma (“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”) sembrerebbe voler riservare esclusivamente al

⁶³ Parere del Consiglio Superiore della Magistratura, delibera 8 maggio 2019, 15. È un dato noto che le donne vittima di duraturi e reiterati maltrattamenti familiari versino in uno stato di prostrazione psicologica tale da assumere un atteggiamento omertoso e diffidente se ascoltate nell’immediatezza dei fatti.

⁶⁴ Procura della Repubblica presso il Tribunale di Tivoli, *Prime linee guida per l’applicazione della legge n. 69/2019 (cd. Codice Rosso)*, cit., 26. D’opinione contraria G. AMATO, *Spazio alla delega dell’obbligo di sentire la persona offesa*, in *Guida al Diritto*, 37/2019, 71, secondo cui il legislatore ha ritenuto autosufficiente in questi casi la denuncia e non necessaria l’immediata assunzione di informazioni.

⁶⁵ A. MARANDOLA, *La norma cardine del sistema processuale: l’assunzione delle informazioni da parte della persona offesa*, cit., 32.

⁶⁶ *Ivi*, 28; gli operatori sanitari svolgono due funzioni cruciali nel prestare il primo soccorso ad una vittima di violenza di genere o domestica. In primo luogo, sono chiamati ad effettuare il *Brief Risk Assessment for the Emergency Department – DA5*, che consente di valutare il rischio di re-vittimizzazione mediante la valutazione delle risposte date ad un questionario standardizzato. In secondo luogo, durante la visita dovranno redigere una descrizione accurata del quadro clinico della vittima, delle sue lesioni corporee (in modo che sia possibile valutarne i tempi e le modalità della loro commissione), raccogliere campioni biologici e documentazione fotografica; il tutto potrà costituire elemento di prova all’interno del processo.

pubblico ministero il compimento dell'atto (a sua volta delegabile ai sensi dell'art. 370 c.p.p.⁶⁷), escludendo una previa assunzione di informazioni da parte della polizia giudiziaria. Se così fosse, al momento dell'acquisizione della notizia di reato, la polizia giudiziaria non potrebbe assumere informazioni dal denunciante o dal querelante se questi non coincidesse con la persona offesa⁶⁸. Al contrario, si considera tutelato lo scopo della norma anche quando, al momento dell'acquisizione della *notitia criminis*, polizia giudiziaria e pubblico ministero concordino sulla necessità dell'atto e la prima provveda all'ascolto della vittima o del denunciante/querelante/segnalante ancor prima dell'iscrizione della stessa⁶⁹.

Nelle sue prime applicazioni, la disposizione è stata letta nel senso di voler attribuire al pubblico ministero un obbligo di ascoltare tempestivamente la vittima e, dunque, iscrivere immediatamente la notizia di reato, senza che ciò precluda quelle attività di accertamento indispensabili da parte della polizia giudiziaria ai fini dell'informativa⁷⁰. Piuttosto, in virtù dell'esigenza di evitare il fenomeno di vittimizzazione secondaria⁷¹, cioè il trauma della sottoposizione reiterata della vittima ad assunzione di informazioni, è auspicabile che vi sia un confronto con il pubblico ministero sull'effettiva urgenza di raccogliere le dichiarazioni con immediatezza, esclusa la quale l'atto dovrebbe essere compiuto direttamente dal magistrato assegnatario⁷². In alternativa, adempiuta la comunicazione immediata e orale della *notitia criminis*, l'attività potrebbe essere compiuta dalla stessa polizia giudiziaria come atto delegato ai sensi dell'art. 370 c.p.p.⁷³.

Se l'obiettivo della novella è quello di impedire stasi procedurali che ritardino gli interventi cautelari o preventivi in favore della vittima, potrebbe escludersi la necessità dell'assunzione delle sommarie informazioni nel termine di tre giorni qualora

⁶⁷ Procura della Repubblica presso il Tribunale di Tivoli, *Prime linee guida per l'applicazione della legge n. 69/2019 (cd. Codice Rosso)*, cit., 26.

⁶⁸ Procura della Repubblica presso il Tribunale di Cuneo, Legge 19/07/2019 n. 69 "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere" (Prot. 2509/19), in www.procura.cuneo.it, 11.

⁶⁹ *Ivi*, 18. Non sarà necessario ripetere l'atto se si accerta che a) siano state richieste dalla p.g. tutte le circostanze utili individuate preventivamente dal p.m. per consentire a questi una rapida decisione sulla tutela della vittima e sul prosieguo del procedimento; b) la notizia di reato, corredata di tutte le informazioni richieste, sia esaminata dal PM immediatamente (prima dei tre giorni dall'iscrizione) per assumere le relative determinazioni.

⁷⁰ G. AMATO, *Colpo di acceleratore sulla trattazione delle notizie di reato*, cit., 69.

⁷¹ Nel rispetto del diritto alla protezione sancito nell'art. 18 della Direttiva 2012/29/UE («Fatti salvi i diritti della difesa, gli Stati membri assicurano che sussistano misure per proteggere la vittima e i suoi familiari da vittimizzazione secondaria e ripetuta, intimidazione e ritorsioni, compreso il rischio di danni emotivi o psicologici, e per salvaguardare la dignità della vittima durante gli interrogatori o le testimonianze. Se necessario, tali misure includono anche procedure istituite ai sensi del diritto nazionale ai fini della protezione fisica della vittima e dei suoi familiari»)

⁷² G. AMATO, *Colpo di acceleratore sulla trattazione delle notizie di reato*, cit., 69.

⁷³ Secondo la direttiva alla polizia giudiziaria n. 2 del 2019, adottata dalla Procura di Tivoli, tale attività si dovrebbe intendere in concreto delegata in via generale dal pubblico ministero ai sensi degli artt. 370 e 362 c.p.p. (art. 4.3); la stessa direttiva indica esattamente quali sono le informazioni che il pubblico ministero ritiene utili e necessarie per assumere le sue determinazioni.

si sia proceduto all'arresto in flagranza o al fermo di indiziato di delitto⁷⁴. In questa specifica circostanza sarebbe assolutamente opportuno che, onde ridurre al minimo la vittimizzazione secondaria, si proceda all'assunzione delle dichiarazioni in sede di incidente probatorio cristallizzando la prova e neutralizzando il rischio di ritrattazioni⁷⁵.

Si è detto che la disposizione potrebbe essere letta nel senso di voler sancire un obbligo di immediato ascolto e, conseguentemente, di tempestiva iscrizione della notizia di reato in capo al magistrato assegnatario. Ferma restando la tendenziale insindacabilità, sul piano dell'utilizzabilità degli atti di indagine, delle tempistiche di iscrizione della notizia di reato nel registro ai sensi dell'art. 335 c.p.p.⁷⁶, la prescrizione dettata nel comma 1-ter dell'art. 362 c.p.p. potrebbe essere letta in una duplice direzione: per un verso, determina un effetto acceleratorio comprimendo lo iato temporale tra l'acquisizione della notizia di reato e l'iscrizione nel registro e contrastando qualsiasi forma di inerzia non giustificabile; per altro verso, rende più flessibile il termine di tre giorni per l'ascolto della vittima, consentendo quantomeno una rapida valutazione sull'opportunità di procedere, dal momento che il termine inizia a decorrere

⁷⁴ Al contrario non viene meno l'applicabilità dell'art. 362 comma 1-ter c.p.p. nel caso di applicazione della misura cautelare dell'allontanamento d'urgenza dalla casa familiare ex art. 384-bis c.p.p.

⁷⁵ In tema di *favor* per l'incidente probatorio ai sensi dell'art. 392 comma 1-bis c.p.p. v. Cass., Sez. III, 16 maggio 2019 (dep. 26 luglio 2019), P., Rv. 277686 – 01, sull'abnormità dell'ordinanza del Gip «che, in ragione dell'assenza di motivi di urgenza che non consentano l'espletamento della prova nel dibattimento, respinga l'istanza del p.m. di incidente probatorio ai sensi dell'art. 392, comma 1-bis, c. p. p., per l'assunzione della testimonianza della vittima di violenza sessuale, con ciò sostanzialmente disapplicando una regola generale di assunzione della prova, prevista in ottemperanza agli obblighi dello Stato derivanti dalle convenzioni internazionali per evitare la vittimizzazione secondaria delle persone offese di reati sessuali».

⁷⁶ Ripercorrendo brevemente le tappe, si ricordino le questioni di legittimità costituzionale sollevate riguardo alla disciplina dei termini di durata delle indagini “*ove questa non prevede la possibilità di far retroagire la decorrenza degli stessi nei casi di indebito ritardo o di omissione nella iscrizione ex art. 335 c.p.p.*”, conclusesi in due ordinanze di inammissibilità per “*ambiguità del petitum*” (cfr. Corte cost., ordinanze n. 306/2005 e n. 400/2006).

Nella giurisprudenza di legittimità si è riconosciuta la discrezionalità del pubblico ministero in ordine all'*an* e al *quando* dell'iscrizione, ferma restando la configurabilità di una responsabilità disciplinare (Cass., Sez. Un., Sent., 21 giugno 2000, n. 16, *Tammaro*, Rv 216248 - 01). Un orientamento minoritario ha, poi, contemplato la possibilità che, in caso di tardiva iscrizione, il giudice ridetermini il *dies a quo* tenendo conto del momento in cui si sarebbe dovuta effettivamente iscrivere la notizia *criminis*, con conseguente inutilizzabilità degli atti compiuti dopo la scadenza del termine di durata massima delle indagini come rimodulato, fatti salvi gli atti compiuti prima dell'iscrizione (Cass. pen., Sez. V, 21 settembre 2006, n. 1410, *Boscarato*, Rv 236029).

Le Sezioni Unite qualificano, poi, in termini di obbligo per il pubblico ministero: a) l'attività di iscrizione della notizia di reato quando quest'ultimo riscontri la corrispondenza di un fatto ad una fattispecie di reato, cioè sia in possesso di elementi non di mero sospetto ma indiziati; b) di iscrivere altrettanto tempestivamente il nome del soggetto qualora siano pervenuti elementi obiettivi di identificazione; negano, però, la possibilità per il Gip di far retroagire la data dell'iscrizione determinando l'inutilizzabilità degli atti compiuti oltre il termine di durata massima delle indagini (come ricalcolato in seguito all'operazione) ai sensi dell'art. 407 c.p.p. Resta ferma la responsabilità disciplinare del magistrato che abbia ingiustificatamente ritardato l'iscrizione (Cass., Sez. Un., 24 settembre 2009, n. 40538, *Lattanzi*, Rv 244378 – 01, 244376 – 01).

Cfr. Cass., Sez. Un., 24 settembre 2009, *Lattanzi*, in *Cass. Pen.*, 2019, 513, con nota di R. APRATI, *Confermata l'insindacabilità della data di iscrizione del nominativo dell'indagato nel registro delle notizie di reato* e A. ZAPPULLA, *L'attuale disciplina non consente di sindacare le tardive iscrizioni nel registro delle notizie di reato*, *ivi*, 523 e ss.

dall'iscrizione della notizia nel registro e non dall'immediata comunicazione da parte della polizia giudiziaria.

L'ascolto tempestivo consentirà di effettuare una valutazione individuale delle vittime per individuarne le specifiche esigenze di protezione⁷⁷ applicando metodologie quali "il protocollo SARA" (*Spousal Assault Risk Assessment*), che nella prassi ha consentito agli operatori giuridici, alle forze di polizia, agli psicologi e assistenti sociali di valutare il rischio di recidiva dell'autore della violenza sulla base delle circostanze soggettive del caso (precedenti penali dell'aggressore, modalità e durata dell'aggressione, tipo di relazione intercorrente tra agente e vittima, *status* mentale dei due soggetti)⁷⁸.

A tal fine si è inaugurata, già prima dell'entrata in vigore del "Codice rosso", la prassi per cui le Procure elaborano schemi di domande da porre alle vittime di violenza di genere o domestica (specifici a seconda dei singoli delitti)⁷⁹, cui la polizia giudiziaria si atterra onde raccogliere tutti gli elementi necessari per presentare un quadro completo al magistrato assegnatario, affinché questi assuma le proprie determinazioni ai fini di un intervento cautelare e di una tempestiva assunzione della testimonianza della vittima in sede di incidente probatorio⁸⁰.

In ogni caso, al di fuori delle due ipotesi di deroga, si può ritenere che l'assunzione di informazioni non sia atto dovuto nel caso in cui il pubblico ministero ritenga di adottare un provvedimento di immediata trasmissione in archivio in caso di iscrizione a modello 45 della pseudo-notizia di reato o di richiedere l'archiviazione per manifesta infondatezza della stessa o per altra causa, fermo restando che la persona offesa – nei cui confronti v'è l'obbligo di dare avviso della richiesta al Gip – potrà interloquire qualora proponga opposizione⁸¹.

4. Il compimento di atti diretti e delegati alla polizia giudiziaria.

Un'accelerazione procedimentale è stata impressa anche nell'ambito dell'attività delegata alla polizia giudiziaria in presenza di delitti di violenza domestica e di genere. L'assunzione immediata della gestione delle indagini da parte del pubblico ministero va letta in combinato con la modifica dell'art. 370 c.p.p. ad opera dell'art. 3 della l. 69/2019, dal momento che consente all'organo di accusa di impartire rapidamente direttive e deleghe alla polizia giudiziaria, che a sua volta procederà *senza ritardo* al compimento degli atti d'indagine delegati e all'invio della relativa documentazione.

La modifica dell'art. 370 c.p.p. mutua l'indefinito termine temporale previsto dal

⁷⁷ Art. 21 della Direttiva 2012/29/UE.

⁷⁸ A. MARANDOLA, *La norma cardine del sistema processuale: l'assunzione delle informazioni da parte della persona offesa*, cit., 38-39

⁷⁹ La persona offesa sarà sentita da una donna in caso di violenza sessuale (art. 609-bis c.p.).

⁸⁰ Procura della Repubblica presso il Tribunale di Tivoli, *Prime linee guida per l'applicazione della legge n. 69/2019 (cd. Codice Rosso)*, cit., 30.

⁸¹ Cfr. G. AMATO, *Colpo di acceleratore sulla trattazione delle notizie di reato*, cit., 72.

primo comma dell'art. 347 c.p.p. (*“senza ritardo”*), ancora nel senso di voler garantire il necessario raccordo tra pubblico ministero e polizia giudiziaria in un sistema investigativo in cui è andata nel tempo ampliandosi la sfera di autonomia riconosciuta a quest'ultima⁸² e la valenza probatoria degli atti investigativi da essa compiuti (anche in assenza di delega)⁸³.

La riforma non muta il quadro delle attività delegabili alla polizia giudiziaria, da cui continuano a rimanere escluse solo l'interrogatorio di garanzia e gli atti di esclusiva competenza del pubblico ministero, quali l'informazione di garanzia *ex art. 369 c.p.p.* e l'avviso di conclusione delle indagini *ex art. 415-bis c.p.p.*

È evidente che la ristrettezza del termine di tre giorni dettato per l'ascolto della vittima, del denunciante, querelante o istante mal si concilia con le tempistiche minime di predisposizione di una delega articolata, di trasmissione della stessa al comando di polizia, di convocazione della persona da cui assumere le informazioni ed il suo ascolto. Ciò non implica che siano da considerarsi di per sé legittime le deleghe preventive e generali in ragione della ristrettezza dei tempi. Proprio la sussistenza di ipotesi di deroga all'assunzione di informazioni entro tre giorni (art. 361 comma 1-*ter* c.p.p.) impone una previa valutazione da parte del pubblico ministero delle circostanze del caso e

⁸² G. ICHINO, *L'attività di polizia giudiziaria*, M. G. AIMONETTO, *Indagini preliminari ed instaurazione del processo*, coordinato da), in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, M. CHIAVARIO – E. MARZADURI (diretta da), Torino, 1999, 122. Nel senso di una forte riduzione dell'autonomia investigativa spettante alla polizia giudiziaria (*“un ritorno al passato”*) in virtù del neo art. 370 comma 1-*bis* e 2-*ter* c.p.p. v. A. MARANDOLA, *Il sollecito invio dei risultati delle attività delegate al p.m.*, in B. ROMANO – ID (a cura di), *Codice rosso. Commento alla l. 19 luglio 2019, n. 69, in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, Pisa, 2020, 45-46.

⁸³ D. MANZIONE, *L'attività del pubblico ministero*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, M. CHIAVARIO – E. MARZADURI (diretta da), Torino, 1999, V, 231, citato in A. GIARDA – G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, cit., 688; da attività endoprocessuale e finalizzata, in modo prevalente se non esclusivo, ad indirizzare le prime investigazioni, ha visto successivamente riconosciuto un valore di prova (per atti compiuti anche in assenza o all'insaputa del p.m.) attraverso i meccanismi delle contestazioni e delle letture dibattimentali, che raggiunge il suo apice nella *“stagione”* dell'affermazione del principio di non dispersione della prova; v. Corte cost. 24/1992 sulla deposizione indiretta della p.g. in ordine a dichiarazioni rese da persone informate sui fatti (art. 195 comma 4, poi modificato nuovamente dalla l. 63/2001 sul giusto processo che reintroduce il divieto di testimonianza indiretta per la p.g.); Corte cost. 254/1992 e 255/1992 sul meccanismo contestativo – in funzione di recupero – di atti delle indagini preliminari *ex artt.* 500 comma 1 e 5, 503 comma 3 e 5 c.p.p.); Corte cost. 60/1995 sull'utilizzazione delle dichiarazioni rese dall'indagato in sede di interrogatorio delegato alla p.g. (art. 513 comma 1 c.p.p.); si pensi, inoltre, ai plurimi interventi di riforma sull'art. 500 c.p.p.

Successivamente, ulteriore riconoscimento di margini di autonomia alla p.g. si è avuto con le modifiche apportate dalla l. 128 del 2001 (cd. pacchetto sicurezza) ad alcune norme del Libro V del codice; a) all'art. 327 c.p.p. si è previsto che, anche dopo la comunicazione della notizia di reato, essa svolge attività di propria iniziativa secondo le modalità indicate dagli articoli successivi; b) con la sostituzione dell'art. 348 comma 3 c.p.p. è stato soppresso l'inciso *“anche nell'ambito delle direttive impartite”* consentendo alla p.g. *“di svolgere di propria iniziativa (informandone prontamente il p.m.) tutte le altre attività di indagine per accertare i reati ovvero richieste da elementi successivamente emersi e assicura le nuove fonti di prova”*; c) all'art. 354 comma 2 c.p.p. si contempla il potere-dovere della p.g. di compiere i necessari accertamenti e rilievo sullo stato dei luoghi e delle cose quando vi è il pericolo che le cose, le tracce e i luoghi si alterino o si disperdano o comunque si modifichino e il p.m. non possa intervenire tempestivamente o comunque *“non abbia ancora assunto tempestivamente la direzione delle indagini”*.

dell'opportunità di delegare quello specifico atto⁸⁴.

La norma pone il problema di individuare un delicato punto di equilibrio tra la rapidità perseguibile attraverso la predisposizione da parte delle Procure di direttive alla polizia giudiziaria, in cui indicare in modo puntuale e dettagliato gli elementi conoscitivi da assumere indispensabilmente, altresì mediante schemi di quesiti da porre alla persona offesa, e la valutazione di convenienza (anche in termini di economia processuale) e opportunità dell'atto, per la quale è necessaria un'interlocuzione con il magistrato assegnatario.

5. La trasmissione degli atti al giudice civile.

La novella ha previsto un istituto di raccordo tra organi della giurisdizione penale e civile disponendo che al giudice civile siano comunicati gli atti più significativi del procedimento penale, qualora siano sussistenti competenze concorrenti in relazione al medesimo nucleo familiare.

Il legislatore ha incluso nell'elencazione dei provvedimenti da trasmettere "senza ritardo" al giudice civile, dettata dal nuovo art. 64-bis disp. att. c.p.p., le ordinanze che applicano misure cautelari personali o ne dispongono la sostituzione o la revoca, l'avviso di conclusione delle indagini preliminari, il provvedimento che dispone l'archiviazione e la sentenza, emessi nei confronti di una delle parti del contenzioso civile, in relazione ai delitti di cui agli artt. 572, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies, 612-bis, 612-ter, 582, 583-quinquies c.p. e nelle ipotesi aggravate ai sensi degli artt. 576 primo comma n. 2,5, 5.1 e 577 primo comma n. 1. e secondo comma.

Si è osservato che la disposizione, irragionevolmente, non contempla tra i provvedimenti da trasmettere gli atti intermedi tra l'avviso di conclusione delle indagini e la sentenza, quali la richiesta di rinvio a giudizio, il decreto di citazione o che dispone il giudizio e l'ordinanza di imputazione coatta, altrettanto rilevanti al fine di monitorare lo stato del procedimento⁸⁵.

Con specifico riguardo alle ordinanze cautelari si è posta la problematica dell'omessa previsione del termine entro il quale inviare l'atto, dal momento che queste ultime divengono ostensibili ai terzi solo dopo il loro deposito nella cancelleria del giudice che le ha emesse, da effettuare a seguito di esecuzione o notificazione delle stesse. Nei casi in cui la misura non sia eseguibile per la condizione di irreperibilità dell'indagato/imputato, peraltro, intercorrerebbe un lasso temporale considerevole tra il momento dell'emissione dell'ordinanza e quello del suo deposito. Infatti, solo dall'adozione del decreto di latitanza (nei casi in cui la misura applicata sia una di quelle previste all'art. 296 c.p.p.) o del decreto di irreperibilità (se le misure emesse siano quelle residue di cui agli artt. 282, 282-bis e 282-ter c.p.p.) si procederà al deposito. La

⁸⁴ Procura della Repubblica presso il Tribunale di Cuneo, Legge 19/07/2019 n. 69 "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., 16.

⁸⁵ Parere del Consiglio Superiore della Magistratura, delibera 8 maggio 2019, 18.

trasmissione delle ordinanze cautelari dovrebbe, quindi, avvenire a seguito del deposito in tutti i casi. Tuttavia, la locuzione “*senza ritardo*” induce a ritenere che il momento della comunicazione, nelle intenzioni del legislatore, coincida con l’esecuzione della misura⁸⁶.

Il meccanismo di trasmissione opera, peraltro, solo per i procedimenti pendenti di separazione personale dei coniugi o delle cause relative ai figli minori d’età o all’esercizio della potestà (*rectius* responsabilità) genitoriale.

Onde velocizzare le operazioni, nella prassi si è previsto che venga posto alla vittima, in sede di assunzione delle sommarie informazioni, il quesito relativo alla pendenza di un procedimento di separazione, divorzio e relativo all’affidamento dei figli e che, in caso positivo, si acquisisca il numero del procedimento e il Tribunale ove pende.

Lo scambio di informazioni consentirà al pubblico ministero di esercitare il potere di azione civile ai sensi dell’art. 69 c.p.c. nei casi previsti dalla legge, ivi compresa l’esistenza di condotte violente ai danni del coniuge (pregiudizievoli anche per i figli) e/o del figlio. In tal sede potrà essere richiesta: a. la decadenza della responsabilità genitoriale del genitore violento (artt. 330-336 c.p.c.); b. l’adozione dei provvedimenti consentiti (art. 330 e 336 c.p.c.). Eserciterà, inoltre, il dovere di intervento, previsto dall’art. 70, co. 1, nn. 1 e 2, c.p.c., nelle cause matrimoniali, comprese quelle di separazione personale e divorzio dei coniugi oltre che di affidamento dei minori⁸⁷.

La disposizione è stata applicata attribuendo al magistrato assegnatario del procedimento penale l’onere di trasmettere a) nella fase delle indagini preliminari, gli atti che ritenga ostensibili, eventualmente anche su richiesta delle parti; b) in ogni caso, l’ordinanza applicativa di misura cautelare personale (dopo la sua esecuzione), l’ordinanza del Tribunale del riesame di modifica o revoca della misura; c) in ogni caso, l’avviso di conclusione delle indagini; d) in ogni caso, la richiesta di rinvio a giudizio. Al Procuratore della Repubblica spetterebbe la trasmissione al Tribunale civile dei provvedimenti successivi all’esercizio dell’azione penale (decreto che dispone il giudizio, verbali di prova dibattimentali) se non sono previste delle modalità di trasmissione da parte dello stesso Tribunale penale⁸⁸.

Sarà, invece, il giudice a trasmettere i provvedimenti con il quale è disposta l’archiviazione e le sentenze. Infine, i provvedimenti che dispongono la sostituzione o la

⁸⁶ Questa è la linea seguita, ad esempio, dalla Procura presso il Tribunale di Tivoli, v. *Scheda di sintesi delle linee guida e provvedimenti esecutivi contenuti 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*, 14 ottobre 2019, http://www.procura.tivoli.giustizia.it/documentazione/D_7725.pdf, 7.

Un’integrazione della norma che preveda anche l’autorizzazione per il giudice civile a non depositare agli atti il provvedimento, tenendolo riservato finché esso non sia eseguito, formalizzerebbe una prassi già invalsa presso quegli uffici giudiziari che, come si è dato conto nella Risoluzione del 9 maggio 2018, hanno spontaneamente attivato detti canali comunicativi, soprattutto nei casi in cui dall’esecuzione del provvedimento cautelare possano derivare problemi di affidamento dei minori.

⁸⁷ Procura della Repubblica presso il Tribunale di Tivoli, *Linee guida operative per la cooperazione col Tribunale di Tivoli per la protezione e tutela delle vittime di violenza domestica*, (Aggiornate con le modifiche derivanti dalla l. 25 luglio 2019 n. 69, Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere), in www.procura.tivoli.giustizia.it/documentazione/D_7662.pdf, 10.

⁸⁸ *Ivi*, 11-12.

revoca della misura cautelare dovrebbero essere trasmessi dal Giudice che provvede direttamente alla loro esecuzione⁸⁹.

È evidente la necessità che ciascun ufficio giudiziario si doti di proprie linee guida di coordinamento che chiariscano le modalità di trasmissione degli atti tenendo conto delle risorse disponibili⁹⁰.

Sul piano teorico, pur accogliendo positivamente l’iniziativa di istituire un meccanismo di interazione tra le diverse giurisdizioni coinvolte (che era già stato avviato in parte nella prassi), va rilevato che la *ratio* di evitare decisioni contrastanti non giustifica un sacrificio della presunzione d’innocenza. Il novero dei provvedimenti per i quali si impone la trasmissione contempla, infatti, atti endoprocedimentali e per le sentenze non si richiede l’irrevocabilità.

Si è osservato che, non essendo fornito alcun criterio valutativo cui il giudice civile dovrebbe attenersi nel coordinare la propria decisione, non si comprende quanto possano essere indicativi e determinanti gli elementi emergenti dagli atti trasmessi ai fini della sua decisione; né può ritenersi che quest’ultimo sia obbligato a conformarsi alle decisioni del giudice penale per il principio di autonomia tra le giurisdizioni⁹¹.

6. Il sistema degli obblighi informativi.

Ancora in attuazione dell’art. 4 della Direttiva 2012/29/UE, la riforma accresce il flusso di informazioni a tutela della persona offesa su diversi piani⁹².

In primo luogo, attraverso l’interpolazione della lett. *p*) dell’art. 90-*bis* c.p.p. (modificato dall’art. 14 della l. 69 del 2019) si è previsto che, oltre alle strutture sanitarie presenti sul territorio, alle case famiglia, ai centri antiviolenza e alle case rifugio, la persona offesa sia edotta altresì dei servizi di assistenza alle vittime di reato⁹³, ossia di tutte le associazioni sul territorio nazionale che forniscono un’assistenza "integrata" (emotiva, psicologica, economica, medica, legale, linguistica etc.) e risultanti dagli albi dell’Agenzia delle entrate e da quelli regionali.

In attuazione della Direttiva 2012/29/UE si è, peraltro, avviato un processo di coordinamento a livello nazionale dei centri di assistenza alle vittime di reato presenti sul territorio italiano, dal momento che non esiste, ad oggi, un’associazione nazionale

⁸⁹ Procura presso il Tribunale di Tivoli, *Scheda di sintesi delle linee guida e provvedimenti esecutivi contenuti nelle prime linee guida per l’applicazione della legge*, cit., 7.

⁹⁰ Cfr. G. SPANGHER, *In sede di separazione il giudice va informato degli esiti del «penale»*, in *Guida al Diritto*, 2019, n. 37, 101, prospetta la possibilità che possa provvedere anche la parte interessata al deposito degli atti in sede civile.

⁹¹ A. MARANDOLA, *I rapporti tra il procedimento penale e il procedimento civile, le nuove informazioni e l’estensione totale ai “minori” del regime ex art. 190-bis c.p.p.*, in B. ROMANO – ID (a cura di), *Codice rosso. Commento alla l. 19 luglio 2019, n. 69, in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, Pisa, 2020, 157-158.

⁹² Sul tema G. SPANGHER, *In sede di separazione il giudice va informato degli esiti del «penale»*, cit., 102.

⁹³ Per la maggiore Rete DAFNE, un servizio specifico, pubblico e gratuito per l’assistenza alle persone vittime di reato, offerto grazie alla collaborazione tra amministrazioni locali, azienda sanitaria, autorità giudiziaria, forze dell’ordine e associazioni del privato sociale.

sul modello inglese⁹⁴ o olandese⁹⁵, ma solo delle realtà locali che variano da Regione a Regione, riconducibili principalmente ad attività di volontariato.

Nella fase iniziale del procedimento la vittima dovrà, quindi, essere tempestivamente informata delle misure di protezione che possono essere adottate nei suoi confronti (lett. f) e dei luoghi istituzionali presso i quali ricevere supporto morale e sanitario; all'interno dell'avviso saranno, cioè, indicate gli strumenti che il sistema può mettere a disposizione "attraverso" e "al di fuori" del processo⁹⁶.

Come già anticipato, all'interno del procedimento gli obblighi informativi si intensificano con riguardo alla richiesta di archiviazione, all'avviso di conclusione delle indagini e della richiesta di revoca o sostituzione *in melius* della misura cautelare (ex art. 299 comma 3) e del provvedimento che decide su di esse (ex art. 299 comma 2-bis)⁹⁷.

In ultima battuta, la l. 69 del 2019 intervenendo sugli art. 90-ter, 299 comma 2-bis c.p.p., 282-quater, 659 (mediante l'inserimento del comma 1-bis) c.p.p. estende gli obblighi di avviso ivi previsti in favore della persona offesa anche al suo difensore, qualora ne abbia nominato uno. Il nuovo comma 1-bis dell'art. 90-ter c.p.p. rende, inoltre, "sempre" doverosa in presenza di delitti di violenza di genere o domestica l'immediata comunicazione alla persona offesa dei provvedimenti di scarcerazione e di cessazione della misura di sicurezza detentiva o dell'evasione dell'imputato in stato di custodia cautelare o del condannato, nonché della volontaria sottrazione dell'internato all'esecuzione della misura di sicurezza detentiva con la sola eccezione della sussistenza di un pericolo di azioni ritorsive contro l'imputato, desumibile da elementi concreti⁹⁸.

Si ripropone, in modo ancor più intenso, la compatibilità di un'informazione obbligatoria a fronte della volontarietà richiesta dalla normativa europea. Il sesto comma dell'art. 6 direttiva n. 29 del 2012, infatti, subordina le informazioni sulle vicende cautelari (scarcerazione e evasione) alla previa domanda dell'interessato; più in generale, l'art. 6 comma 4 dispone che la «volontà della vittima di ottenere o di non ottenere informazioni vincola l'autorità competente», a meno che queste non siano funzionali al diritto dell'offeso a «partecipare attivamente al procedimento penale». Si è parlato al riguardo di un «diritto all'oblio della vittima» nel contesto sovranazionale⁹⁹.

In questa prospettiva l'obbligatorietà dovrebbe essere connessa ad uno *ius postulandi* della persona offesa dal reato e ad un corrispondente obbligo del giudice di tenere conto delle sue richieste. Allo stato potrebbe tutt'al più ipotizzarsi che la doverosità della comunicazione, a prescindere alla richiesta della persona offesa, sia

⁹⁴ Il *National Assistance Victims Service*, istituito nel 1974, oggi *Victim Support* (con 370 Centri sul territorio), cui aderiscono Inghilterra, Galles e Irlanda del Nord.

⁹⁵ Il *Verenging Landelijke Organisatie Slachtofferhulp* istituito nel 1984 con 25 diramazioni sul territorio olandese.

⁹⁶ F. ZACCHE', *Il sistema cautelare a protezione della vittima*, cit., 10.

⁹⁷ Inoltre, l'art. 282-quater c.p.p. attribuisce al giudice il compito di comunicare gli ordini di protezione di cui agli artt. 282-bis e 282-ter c.p.p. alla «parte offesa», oltre che all'«autorità di pubblica sicurezza» e ai «servizi socioassistenziali del territorio» per le relative determinazioni.

⁹⁸ A. MARANDOLA, *I nuovi obblighi informativi e le altre novelle*, in B. ROMANO – ID (a cura di), *Codice rosso*, cit., 164.

⁹⁹ F. ZAZZCHÈ, *Le cautele fra prerogative dell'imputato e tutela della vittima di reati violenti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 675.

funzionale ad una sua interlocuzione in sede di rivalutazione delle esigenze cautelari (art. 299 c.p.p.) o nei casi di scarcerazione, qualora, ad esempio, sia stata disposta per la concessione di una misura alternativa.

Sarebbe, tuttavia, da escludersi, alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia, un diritto della vittima ad influire sulla determinazione della pena da irrogare. La questione si era posta sul ruolo della persona offesa nel procedimento penale, così come definito nella decisione quadro 2001/220/GAI, e in particolare con riguardo al suo potere di incidere sulle scelte punitive dello Stato. Interrogata dall'autorità giudiziaria spagnola, la Corte di Lussemburgo negava la possibilità per la vittima di opporsi all'applicazione di una sanzione, essendo riconosciute a quest'ultima, in base alla normativa europea, solo delle prerogative di natura processuale e non di natura sostanziale¹⁰⁰. Ed è un'acquisizione ormai piuttosto pacifica che in ambito sovranazionale rientri nel campo del diritto sostanziale tutto ciò che ha in qualche modo incidenza sul trattamento sanzionatorio¹⁰¹.

In questa prospettiva andrebbe letto anche l'obbligo di avviso imposto dall'art. 299 comma 2-bis e 3 c.p.p., dimodoché, sebbene il legislatore abbia previsto l'intervento della persona offesa nella dinamica del procedimento *de libertate*, lo ha fatto esclusivamente nell'ambito della revoca o della sostituzione delle misure e non intaccando l'iniziativa esclusiva della parte pubblica in ordine all'applicazione delle stesse. È opinione maggioritaria, infatti, che le garanzie spettanti alla persona offesa in quel segmento processuale si esauriscano nella possibilità di presentare memorie, il cui contenuto non è affatto vincolante per il giudice, il quale potrebbe anche non prendere in considerazione le ragioni addotte dalla parte¹⁰².

7. Allineamenti e disallineamenti.

È cristallina la linea di politica criminale seguita dal legislatore attraverso l'adozione del Codice rosso: da un lato, mira a completare il processo di attuazione alla Direttiva 2012/29/UE, dall'altro a rimediare alle violazioni riscontrate in sede sovranazionale per le carenze applicative della disciplina dettata a protezione della vittima nell'ambito della violenza di genere e domestica.

L'incidenza effettiva dell'intervento di riforma sulle norme concernenti l'avvio del procedimento assume nella sostanza una valenza programmatica, affinché gli uffici giudiziari intraprendano quel percorso di ri-organizzazione secondo il criterio di specializzazione degli organi investigativi e di priorità assoluta nell'istruzione dei

¹⁰⁰ Corte di Giustizia, 15 settembre 2011, Cause C-483 e C-1/10, *Gueye e Sanchez*.

¹⁰¹ *Ex multis*, sul tema v. F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, in *Dir. pen. cont.*, 5 aprile 2017.

¹⁰² In questo senso A. MARANDOLA, *Nuove norme in materia di violenza di genere: aspetti processuali*, in *Studium Iuris*, 2014, n. 5, 530; O. MAZZA, in *Atti parlamentari, XVII Legislatura, Commissioni Riunite (I e II), Indagine Conoscitiva*, re. sten. seduta 10 settembre 2013, p. 25, in www.camera.it; F. ZACCHÈ, *Il sistema cautelare a protezione della vittima*, cit., 435; ID., *Le cautele fra prerogative dell'imputato e tutela della vittima di reati violenti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 676.

procedimenti all'interno del settore delle "fasce deboli"; un *iter* già avviato in alcune Procure italiane, ma che richiede un approccio uniforme sul territorio nazionale perché le garanzie non siano diseguali a seconda del *locus commissi delicti*.

I rilievi processuali non potrebbero che essere marginali. L'*humus* della riforma è il dato culturale, la presa d'atto che il sistema non ha compreso la gravità e l'intensità di un fenomeno primordiale¹⁰³, che si scontra con l'evoluzione della vittimologia moderna e con la funzione sociale del diritto.

È proprio la natura culturale della questione a far pensare che la sinergia dei mezzi abbia un ruolo cruciale per l'eradicazione del fenomeno; è richiesta, cioè, la corretta funzionalità della "rete antiviolenza", istituita dal DPCM 151840 del 2017¹⁰⁴, per la tempestività degli interventi e, dunque, la responsabilizzazione di tutti i soggetti coinvolti. Basti pensare all'importanza assunta dalle segnalazioni degli operatori sanitari e dei verbali contenenti le descrizioni accurate delle lesioni corporee, dalle quali poter accertare le tempistiche e le modalità della loro produzione, la cui trasmissione rappresenta un contributo essenziale vista l'immediatezza entro cui deve essere comunicata la notizia di reato¹⁰⁵; o, ancora, all'assoluta indispensabilità di un'intermediazione del centro antiviolenza nell'altissima percentuale di casi in cui la vittima non è consapevole delle violenze subite o rifiuta di esternare la sua condizione per il timore di non avere i mezzi per affrontarne le conseguenze.

Viene, tuttavia, da chiedersi quanta rilevanza sia attribuita al terzo settore¹⁰⁶ nell'operazione di riforma, vista la clausola di invarianza finanziaria posta a chiusura della legge¹⁰⁷.

Nella prospettiva reo-centrica, permane la lacuna già segnalata a seguito del primo intervento di attuazione della Direttiva 2012/29/UE: la mancata previsione dell'obbligo di registrazione integrale con mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva anche in sede di sommarie informazioni assunte ai sensi dell'art. 351 comma 1-ter e 362 comma 1-bis c.p.p. e dell'estensione dell'obbligo prescritto nel comma 5-bis dell'art. 398 per l'assunzione, in sede di incidente probatorio, della testimonianza del minore vittima di maltrattamenti familiari o di un delitto a sfondo sessuale anche alle

¹⁰³ Per una disamina del tema v. G. DALIA, *La risposta del sistema processuale penale per la tutela delle vittime di violenza di genere*, cit., 1

¹⁰⁴ "Linee guida nazionali per le Aziende sanitarie e le Aziende ospedaliere in tema di soccorso e assistenza socio-sanitaria alle donne vittime di violenza"; la rete antiviolenza è costituita dai Servizi sanitari (a livello nazionale e territoriale), dai centri antiviolenza e le Case rifugio, dalle Forze dell'Ordine e dalle Forze di Polizia locali, dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario e presso il Tribunale per i minorenni, dal Tribunale civile, penale e per i minorenni e gli Enti territoriali, che devono collaborare per la tempestività degli interventi in questo settore.

¹⁰⁵ A. MARANDOLA, *L'obbligo di immediata comunicazione della notizia di un reato da codice rosso*, cit., 28-29.

¹⁰⁶ Il settore costituito da enti *no profit*, il cui fine consiste nell'esercizio di attività con finalità civiche o di utilità sociale.

¹⁰⁷ Definita "un tallone d'Achille della nuova legge" in S. COLELLA – V. CASALNUOVO, *Il Codice rosso. Guida operativa alla L. n. 69 del 2019*, Piacenza, 2019, 4; in senso conforme F. FIORENTIN, *Sul bianco di prova l'offerta territoriale dei trattamenti*, in *Guida al diritto*, 37/2019, 111; B. ROMANO, *La clausola di invarianza finanziaria*, in ID – A. MARANDOLA (a cura di), *Codice rosso. Commento alla l. 19 luglio 2019, n. 69, in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, Pisa, 2020, 195.

ipotesi di particolare vulnerabilità (subordinata, altrimenti, alla previa richiesta delle parti ed alla decisione del giudice)¹⁰⁸.

Non si è recuperata, dunque, la dimensione di immediatezza sacrificata in virtù della preclusione probatoria di cui all'art. 190-*bis* c.p.p., né si è voluto garantire il controllo sul corretto compimento dell'atto e sulla genuinità delle dichiarazioni rese in sede di sommarie informazioni, che pure potrebbero finire per confluire nella piattaforma probatoria su cui si forma il libero convincimento del giudice nelle ipotesi di irripetibilità sopravvenuta dell'atto per impossibilità di natura oggettiva, non prevedibile al momento del suo compimento, o qualora la decisione venga assunta "allo stato degli atti".

Si è persa nuovamente l'occasione di equilibrare l'accelerazione procedimentale e processuale con le garanzie del giusto processo.

Anche l'operazione ermeneutica di chiarificazione della categoria dei "*delitti commessi con violenza alla persona*" finisce per essere contraddetta dalle incoerenze sistematiche.

Se si guarda, infatti, al novero dei destinatari dell'avviso di cui all'art. 90-*ter* c.p.p., prima della modifica apportata dalla l. 69 del 2019 la comunicazione sulla liberazione o evasione del prevenuto sarebbe spettata alle vittime di un "*delitto commesso con violenza alla persona*" che ne avessero fatto richiesta. La previsione specifica al comma 1-*bis* di un'informazione obbligatoria per i delitti da Codice rosso finisce per reintrodurre un dubbio che l'evoluzione interpretativa aveva cercato di fugare contraddicendo la corrispondenza tra la categoria di cui al primo comma e i delitti di violenza domestica e di genere delineata dalla giurisprudenza.

¹⁰⁸ Sul tema C. IASEVOLI, *Il minore "fonte di prova"*, Tra assiologia ed effettività, Napoli, 2012, *passim*.

Editore

ASSOCIAZIONE
**"PROGETTO GIUSTIZIA
PENALE"**